

## **PROBAR LA DISCRIMINACIÓN. UNA MIRADA A LAS NORMAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA LEY DE IGUALDAD**

JULIO PÉREZ GIL

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Burgos

### **I. ¿DISCRIMINAR EN LA PRUEBA PARA PROBAR LA DISCRIMINACIÓN?**

La Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante LOIEMH) reparte la carga de la prueba matizando las normas generales. Ello se hace, además, de manera desligada de situaciones jurídicas concretas, con una capacidad de infiltración por el ordenamiento jurídico que una somera lectura de la citada Ley nos pondrá fácilmente de manifiesto. Parece que de esta forma se nos vendría a hablar de un privilegio procesal al hilo de la introducción por los intersticios de todo el ordenamiento jurídico de medidas de acción positiva destinadas al fomento de la igualdad entre mujeres y hombres. La especial sensibilidad social que la materia requiere se pondría así explícitamente ante los ojos del juez para que éste, en aplicación de normas aparentemente definitorias, estampara el marchamo igualitario en su sentencia.

El establecimiento de normas que generan un diferente trato procesal en virtud del objeto litigioso no debería conducir a la consecución de privilegios procesales carentes de justificación objetiva y razonable. Por ello resulta ciertamente complejo el encaje en el ámbito procesal de medidas de “acción positiva” o de “derecho desigual igualatorio” (en los términos de la célebre STC 229/1992). Habilitar la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes, con el objeto de lograr una sustancial y efectiva equiparación entre mujeres y hombres, pareciera chocar abiertamente con las esencias del proceso tal y como lo conocemos en la actualidad. Y ello por cuanto es consustancial a éste no permitir situaciones de prevalencia de una de las posiciones procesales sobre la otra (principio de igualdad de armas).

Cuestión diferente será que las normas de derecho sustantivo sobre las que se soporta el enjuiciamiento sí contengan diferencias de trato entre diferentes situaciones jurídicas a las que, como lógico corolario, habrá que dar respuestas jurisdiccionales disímiles. Es el legislador material el que deslinda las conductas que considera dignas del reproche propio de la antijuridicidad y será él mismo quien fije cuáles son los datos con los que puede quedar acreditada su existencia. Sobre esa base lo que hará será determinar las consecuencias legalmente asignadas a unos hechos para el supuesto de que éstos resulten acreditados en el proceso.

En el ámbito procesal aquellas acciones positivas se han corporeizado en mecanismos de señalización de pautas para la valoración jurisdiccional de la prueba. Ese es el punto en el que encuentra su origen esta comunicación, la cual ha de ser contemplada además con la vista puesta en el art. 217.6 LEC (hasta la LOIEMH, EL 217.5). En virtud de él, las normas de la carga de la prueba se aplicarán “siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes”. Puesto que esos criterios especiales se han hecho colgar de normas especiales, pero también se han engarzado en la propia norma procesal común, no estará de más que pongamos

sobre la mesa algunas cuestiones para el debate. La hipótesis de partida será que para probar la discriminación no hay por qué discriminar con la prueba. Se tratará de asignar, aliviar, etc., pero ello habrá de ser comprendido desde el ámbito material objetivo (el de las normas que regulan los hechos objeto de la prueba) y no desde el procesal subjetivo (el relativo a las partes procesales) que condujera a una supuesta “inversión de la carga de la prueba”.

La cuestión, sin embargo, encuentra otra lectura si nos planteamos abiertamente qué es lo que aportan disposiciones de esta naturaleza. O bien, en otras palabras, ¿qué perderíamos si mañana desapareciera del ordenamiento jurídico? La respuesta radica a mi juicio a que se trata de normas potencialmente clarificadoras en el momento final del ejercicio de la función jurisdiccional, ciertamente útiles para marcar el camino por el que ha de desarrollarse el razonamiento judicial y la senda que ha de transitar su motivación. Pero un adecuado entendimiento de los principios de disponibilidad y facilidad probatorias, a los cuales sin duda habrá que acudir a pesar de todo para integrar las parcas previsiones de la ley, hubiera podido ser otra de las fórmulas para incorporar medidas de lucha contra la discriminación. El principal mérito de este conjunto de normas radica así en clarificar, poner de manifiesto y hasta ejemplificar los generales principios de facilidad y disponibilidad probatoria descritos en el apartado 7 del mismo art. 217 LEC.

Puesto que su objetivo radica esencialmente en el ánimo de mitigar los efectos perversos de la indisponibilidad probatoria, resulta cuando menos dudoso que, al margen del valor admonitivo, ejemplificativo o directamente propagandístico de la ley, tales previsiones incorporen algo que no estuviera ya en manos de los jueces. A mi juicio este tipo de preceptos encuentra sus méritos fundamentales en el ámbito de lo simbólico y su presencia en el ordenamiento no sería imprescindible para el logro de los loables objetivos pretendidos, si no fuera porque en algunas ocasiones un razonamiento judicial extravagante puede (procesalmente) dar al traste con los más denodados esfuerzos (fuera del proceso) en la lucha por la igualdad.

## II. PANORAMA NORMATIVO

### 1. El derecho comunitario antidiscriminatorio

La LO 3/2007 pretendió dar respuesta en nuestro ordenamiento a las exigencias del derecho comunitario, el cual deberemos tomar como referente no sólo para encontrar el origen, sino también muchas de las pautas que nos permitan la idónea interpretación de los preceptos relativos a la carga de la prueba. Corresponde por ello referirse sobre nuestra materia en primer lugar a la pionera Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Su art. 1 nos situaba directamente frente a la cuestión, vinculando la distribución de la carga procesal de probar con la posibilidad de invocar en vía jurisdiccional los derechos de las personas que se vieran perjudicadas por la no aplicación del principio de igualdad de trato.

La materia se encuentra hoy por hoy absorbida por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Bajo el título “carga de la prueba”, y recogiendo el art. 4 de la anterior, establece en su art. 19.1

que: “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”<sup>1</sup>. Deja además abierta la puerta para una eventual “mejora” por parte de los Estados del régimen probatorio, algo que debemos entender como menos oneroso para quien desea acreditar el haber sido discriminado.

No debemos pasar por alto algunas otras cuestiones que, sin abordar ahora con la profundidad deseada, debemos al menos hacer constar. Por un lado la natural exclusión de los procesos penales de la aplicabilidad de cualquier régimen especial en materia probatoria (apartado 5), justificada en la rotundidad con la que ha de ser enunciada la presunción de inocencia<sup>2</sup>. Por otro lado la citada Directiva permite la asignación a los Estados de la facultad de abstenerse de aplicar esas excepciones a “(...) los procedimientos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales (...)”. Sin dejar de resaltar ahora lo deseable de que esta redacción no adoleciera de tal imprecisión técnica, con ello se nos está presentando una evidente diferencia de fondo entre los procesos civiles (y contencioso-administrativos) en los que se deposita en plenitud sobre las partes la responsabilidad de aportación de la prueba, frente a aquellos otros que contemplan alguna modalidad de iniciativa probatoria en manos de los órganos jurisdiccionales<sup>3</sup>.

Por último ha de destacarse que a tenor de lo dispuesto en el apartado 4, las disposiciones relativas a la materia probatoria sobrepasan el ámbito laboral para desplegarse por el vasto horizonte del ordenamiento jurídico en su conjunto, con la reseñada salvedad de los procesos penales. De ahí que tales previsiones sean también aplicables a las situaciones cubiertas por el artículo 141 del TCE (igualdad de retribuciones) y, en la medida en que exista discriminación por razón

---

<sup>1</sup> Asimismo las podemos encontrar en el art. 9 de la Directiva 2004/113/CE del Consejo de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Constituye también una de las fuentes de inspiración (y así se deduce de su preámbulo) de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

<sup>2</sup> Ello nos habrá de llevar a entender incluidos aquí también los procedimientos administrativos sancionadores y los contenciosos derivados de éstos, en tanto también constituyen expresión del poder punitivo del Estado. Así ITUREN I OLIVER, A., en SALA FRANCO, T. et. al. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, 2008, pp. 263 y ss.

<sup>3</sup> Sobre la cuestión es necesario remitirse a los clásicos y muy particularmente a ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, traducción de la 3ª edición (de 1951) por KROTOSCHIN, E., Buenos Aires 1956, pp. 25 y ss.

de sexo, por las Directivas 92/85/CEE (embarazo y lactancia) y 96/34/CE (permiso parental). Asimismo, el apartado b) se refiere con una amplitud en la que es perceptible el ánimo de extender el ámbito de aplicabilidad de las excepciones probatorias a “cualquier procedimiento civil o administrativo relativo a los sectores público o privado que prevea un recurso con arreglo al Derecho nacional en aplicación de las disposiciones contempladas en la letra a), con excepción de los procedimientos extrajudiciales de carácter voluntario o previstos en el Derecho nacional”<sup>4</sup>.

## **2. Ley de Igualdad y normas conexas**

Bajo el genérico epígrafe “Prueba”, el artículo 13 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, establece lo siguiente:

“1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. (.) A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.”

Por otra parte, el apartado 3 de su DA 5ª ha encajado esta misma materia en el corazón de la norma procesal común, confiriendo una nueva redacción al número 5 del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y desplazando los preexistentes a los números 6 y 7). Frente a la norma general relativa a la carga de la prueba contemplada en el 217.2 LEC se viene a establecer aquí un criterio distintivo en los siguientes términos:

“5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. (.) A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.”

Asimismo, la DA 6ª LOIEMH ha modificado la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa añadiéndole un nuevo apartado 7 al artículo 60, que por tener idéntica redacción al reseñado nuevo art. 217.5 LEC no reiteraremos ahora.

Nuestro ordenamiento laboral conocía desde hace tiempo normas de acción positiva dirigidas hacia el fomento de la igualdad, las cuales habían dejado

---

<sup>4</sup> Tales previsiones habían sido recogidas prácticamente en idénticos términos por el art. 8 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y en el art. 10 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

ya un polimórfico reflejo en las normas procesales propias de este orden jurisdiccional. De hecho, el inmediato precedente de la alteración de las normas de la carga de la prueba en materia antidiscriminatoria ha de buscarse en la Ley de Procedimiento Laboral (Texto Refundido aprobado por RDLeg. 2/1995, de 7 de abril) en la versión redactada por el art. 40 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. El art. 96 viene estableciendo que “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

En el mismo sentido contamos además con el 179.2 LPL: “En el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. No obstante su aparente concreción, el precepto es aplicable a todas las demandas de tutela de derechos fundamentales, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso por mor del art. 181 LPL tras las reformas operadas primero por el art. 40.2 de la Ley 62/2003 y, en último término, por la DA 13.7 de la LOIEMH.

Diversas normas se refieren a medidas equiparables a las aquí presentadas, pero sin perjuicio de su relevancia, ahora nos fijaremos únicamente en algunas específicas del llamado derecho antidiscriminatorio. Así, en materia de discapacidad nos debemos referir al art. 20 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En materia de discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual de las personas, la cuestión de la carga de la prueba en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso administrativo fue abordada también por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (arts. 32 y 36)<sup>5</sup>. Establece en este sentido el art. 36 que “En aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Obsérvese que tanto en este precepto como en los referidos en los dos párrafos anteriores (de los cuales cabe decir que ya han sido depurados por la jurisprudencia del TC) se alude a que el demandante habrá de aportar indicios, un detalle no menor que queda omitido en el régimen aplicable a las demandas de tutela frente a la discriminación por razón de sexo a raíz de la LOIEMH.

---

<sup>5</sup> Algo que por otra parte hay que conectar con el art. 4.2.c) ET en la redacción otorgada por el art. 37 de esta misma norma, referido al derecho de los trabajadores a no ser discriminados en función de los criterios que allí se citan.

### III. ¿QUÉ ES LO QUE HAY QUE ACREDITAR?

Comencemos por el final del proceso, planteándonos la forma en que deberá el juzgador valorar la prueba practicada de forma que le conduzca a estimar una pretensión en la que se invoque una discriminación por razón de sexo, algo que deberá motivar de forma razonada. En primer lugar lo importante será determinar qué es lo que ha de acreditarse, para después plantearnos a quién le corresponde la responsabilidad de hacerlo en el juicio, asumiendo las cargas que conlleve el no hacerlo.

Con el ánimo de máxima síntesis que preside esta comunicación, parece claro que lo que el órgano sentenciador deberá apreciar para estimar una pretensión en la que se invoque una discriminación son básicamente tres elementos:

1. La existencia de una diferencia de tratamiento que genera o ha generado un perjuicio para los intereses o expectativas de un sujeto. Esto es, que el sujeto A es tratado de manera diferente a X, Y, Z, etc. y ello le origina una lesión que considera antijurídica.
2. La existencia de una situación de distinción de carácter objetivo que toma por base alguna cualidad ligada al sexo, entendida en el sentido del art. 3 LOIEMH. Esto es, que el sujeto A es objetivamente diferente a X, Y, Z, etc. en virtud de una cualidad vinculada a su condición de varón o de mujer (especialmente en este caso las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil).
3. Una relación causal entre la situación de distinción y la diferenciación en el trato generadora del perjuicio lo cual en definitiva, constituirá el soporte de la existencia de una conducta discriminatoria y condicionará el sentido de la resolución judicial.

De estos elementos será en este tercero en el que debemos reparar para comprender la reubicación del onus probandi a la que voluntariamente aspira nuestra ley, pues lo que de verdad está haciendo es proporcionar al juez unas pautas sobre las que asentar su convencimiento en el momento de dictar sentencia. No deberíamos hablar tanto desde un plano subjetivo para referirnos a una reasignación entre los sujetos procesales de la carga de la prueba, como de la determinación objetiva de los elementos que han de acreditarse y, sólo secundariamente, de quién ha de hacer cada cosa<sup>6</sup>. Lo que está haciendo el legislador es estipular en abstracto cuándo ha de entenderse existente esa relación causante de la discriminación antijurídica: en aquellas circunstancias en las que queden acreditados los apartados 1) y 2) (que han de ser entendidos como los hechos constitutivos), sin que se justifique idóneamente la razonabilidad o proporcionalidad en el trato desigual (que, de existir, serían hechos excluyentes). La relación de causalidad que permitirá la estimación de la pretensión quedará subordinada precisamente a la justificación del carácter razonable de la diferencia.

Desde este punto de vista cabe advertir que nos encontraremos ante hipótesis normativas cuya finalidad no es regular la actividad de las partes en el

---

<sup>6</sup> Sobre la carga subjetiva y objetiva de la prueba, vid. una vez más ROSENBERG, L., *La carga de la prueba...*, cit. pp. 11 y ss.

proceso<sup>7</sup>, sino que vienen a asignar un valor probatorio preponderante a unos datos frente a lo que ocurre con otros<sup>8</sup>. Son pues normas puramente materiales de las que depende el que unos hechos puedan o no puedan considerarse acreditados y serán ellas las que vengán a marcar las pautas valorativas al juez. Tal fijación, ajena a la disponibilidad de las partes procesales, será apta para que el juzgador active la regla de juicio que se contiene a lo largo del art. 217 LEC, dando pie a la aplicación sobre la resolución judicial de las consecuencias derivadas de una eventual falta de prueba<sup>9</sup>.

Las acciones de discriminación positiva irrumpen así en el proceso como un mero reflejo del derecho material. Sin alterar la estructura procesal, serán aptas para determinar el resultado final al que el litigio llegará, pues son las que insuflan el ánimo a las pautas argumentativas que soportan en su momento la resolución judicial.

#### IV. PROBAR LA DISCRIMINACIÓN: ¿QUIÉN?

##### 1. La perspectiva del actor

###### A) *Inexistencia de una presunción de discriminación*

Es conocido que el régimen ordinario sobre la carga de la prueba viene establecido para el conjunto de nuestro ordenamiento procesal en el art. 217.2 LEC, al asignar al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. Es la expresión legal de los aforismos *actori incumbit probatio* o *ei incumbit probatio qui dicit*, piedras angulares sobre la que se asienta el derecho probatorio. En el ámbito que ahora abordamos ello implicaría que la parte actora debiera acreditar necesariamente la existencia de conductas discriminadoras por razón de sexo (con arreglo a la normativa específica de que se trate), constituyendo éstas la razón de ser de la demanda de tutela jurisdiccional a la que se refiere el art. 12 LOIEMH. La ausencia de prueba de los enunciados sobre los hechos que se afirmen debería llevar consecuentemente a la desestimación de la pretensión (*actore non probante reus absolvitur*).

---

<sup>7</sup> Sin entrar aquí en la crítica que la cuestión se merece, recuérdese que el art. 12.2 LOIEMH ha abierto la posibilidad de que la tutela judicial frente a la desigualdad sea invocada en el proceso civil, social y administrativo no sólo por quien sufre la discriminación, sino también por “las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos”. La excepción viene constituida por los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo, en los que la única legitimada será la persona acosada. El ejercicio de la acusación popular, tan singular de nuestro proceso penal, queda así vedado cuando se trate de uno de estos delitos, lo cual parece no sólo razonable, sino también plenamente justificado.

<sup>8</sup> Sobre el levantamiento o aligeramiento de la carga de probar, particularmente en el derecho de daños, vid. ampliamente ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, 2004.

<sup>9</sup> Sobre la cuestión vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil”, *Revista del Poder Judicial* nº 52, 4º trimestre 1998.

La realidad social nos demuestra, sin embargo, la enorme dificultad probatoria que presentan determinadas conductas contrarias al principio de igualdad, máxime cuando nos referimos al ánimo que preside la realización de actuaciones generadoras de discriminación directa y, particularmente, indirecta. El carácter oculto o disimulado en el que se produce la desigualdad pudiera convertirse en un caldo de cultivo idóneo para su consolidación en virtud de la imposibilidad de acreditarlo. Con el paso del tiempo, además, se abren nuevas vías que permiten la elusión de las normas de tutela de la igualdad, algo que muchas veces se reviste de maneras larvadas o enmascaradas y por ende son difícilmente reproducibles en el formalizado ámbito del proceso.

Al referirse a la tutela jurisdiccional en defensa del derecho a la igualdad, tanto el art. 13 LOIEMH como el nuevo art. 217.5 LEC o el 60.7 LJCA únicamente aluden a la formulación por la parte actora de unas alegaciones fundamentadas en actuaciones discriminatorias (por razón de sexo). De su literalidad pudiera deducirse por tanto una aparente quiebra del régimen del art. 217.2 LEC, pues pareciera suficiente la mera alegación de un estado de cosas, sin que tuviera que acreditarse nada más, para que se operase la alteración en la asignación de la carga de la prueba.

Ciertamente por un lado eso sería impensable en el procedimiento laboral (los arts. 96 y 179.2 LPL hablan de indicios) y por otro no encontraría aplicación cuando la discriminación se argumentara en motivos diversos a los contemplados en la LOIEMH, supuestos en los que también se exige la presencia de indicios. Ello ha dado pie a afirmar que mientras en el orden social se mantendría la traslación de la carga probatoria condicionada a la aportación de indicios por el demandante, en la jurisdicción civil y contenciosa se habría incorporado “una regla que parece ser de inversión total, automática e incondicionada”. A juicio de quienes esto defienden se habría producido una divergencia en la respuesta procesal en función de si la discriminación viene producida por razón de sexo o por otros motivos, originando una injustificable “parcelación de la tutela antidiscriminatoria”<sup>10</sup>.

Por mi parte, considero que esta interpretación no ha de ser válida tampoco para la invocación de discriminación por razón de sexo ante los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso administrativo (el penal ya ha quedado excluido por mor del apartado 2 del art. 13 LOIEMH). De otro modo se estaría generando una verdadera situación de privilegio injustificado al instaurar una especie de presunción de discriminación, que se resolvería a continuación mediante una verdadera inversión de la carga de la prueba. No me cabe duda pues de que de la parte actora será exigible una actividad que permita ser calificada de mínima actividad probatoria de los hechos constitutivos de su pretensión<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> En este sentido vid. CASTRO ARGÜELLES, MARÍA ANTONIA; ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Thomson Civitas, 2007, pp. 210 y ss.

<sup>11</sup> En este mismo sentido vid. MARTÍN DIZ, F., “Garantías procesales en materia de protección judicial del derecho de igualdad”, en FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA; IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M. LUISA; MERINO HERNÁNDEZ, ROSA M., *Igualdad ¿Para qué? (A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Granada 2007, p. 321.

Estamos por tanto ante otro claro fallo del legislador, únicamente interpretable como olvido o error, cuya relevancia no debe sobredimensionarse hasta permitir lo que constituirían verdaderas exoneraciones probatorias rayanas en la aberración procesal.

Un primer argumento que da fundamento a lo dicho lo hallamos en el propio derecho comunitario en el que tiene su origen este bloque normativo que, como hemos visto, se refiere siempre a “presentar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación”. El que se permita a los Estados miembros optar por regímenes probatorios más beneficiosos no puede ser leído de manera que origine una injustificable relevación absoluta en la necesidad de acreditar hechos<sup>12</sup>.

Desde una perspectiva de derecho comparado, esa necesidad de aportación preliminar de elementos que sustenten la existencia de una situación apta para la discriminación se halla presente, por ejemplo, en el derecho alemán. En efecto la Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz de 14 de agosto de 2006 (BGBl. I S. 1897) contiene la norma especial sobre la carga de la prueba en su § 22, requiriendo en primer lugar, como es normal, que la parte actora acredite indicios de haber sufrido desigualdad de trato<sup>13</sup>. En el derecho italiano, el art. 40 del Codice delle Pari Opportunità (Decreto Legislativo 11 abril 2006, n. 198) establece (en materia laboral) la necesidad de que el actor aporte elementos de hecho, incluso estadísticos, que sean idóneos para fundar la presunción de existencia de actos, pactos o comportamientos discriminatorios por razón del sexo<sup>14</sup>. Contamos incluso con jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que se aborda la relación entre el art.14 CEDH (prohibición de discriminación) y el

---

<sup>12</sup> Tales previsiones han sido interpretadas por la jurisprudencia del TJCE, ciertamente en relación con el derecho laboral y además con diversos matices, pero en cualquier caso apuntando invariablemente en la misma dirección. Fue el caso, por ejemplo, de la STJCE de 17 de octubre de 1989, asunto C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening acting on behalf of Danfoss*, en la que se aborda la cuestión de la desigualdad salarial. O bien de la STJCE de 8 de junio de 2004, C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten c. Wirtschaftskammer Österreich* en la que se establece con claridad la necesidad de que quien afirma la existencia de discriminación deberá acreditar en primer lugar que su posición es comparable (igual) (parág. 59). No será necesario acreditar el igual valor de los empleos comparados, cuando la diferencia (discriminación) venga causada directamente por la ley o el convenio colectivo: STJCE de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01, *Debra Allonby c. Acrington & Rossendale Collage, Education lecturing Services and Secretary for Education and Employment*.

<sup>13</sup> “Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.”

<sup>14</sup> 1. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione.

reparto de la carga de la prueba: SSTEDH de 6 de julio de 2005, en el asunto Nachova y otros c. Bulgaria o de 13 de diciembre de 2005, Timishev c. Russia<sup>15</sup>.

Sin ir tan lejos, estimamos que la más idónea justificación ha de buscarse en el propio art. 13 LOIEMH y, en concreto, en su inciso inicial al establecer expresamente que los desplazamientos del onus probandi se realizan “De acuerdo con las leyes procesales...”. Ello nos habilita para acudir a conceptos de ámbito más general, que serán los que nos proporcionarán los patrones para su interpretación. Así, el primero y definitivo será la vigencia del principio de aportación de parte en el proceso civil, que nos habla sin lugar a dudas de la asignación a los litigantes no sólo de la carga de afirmar los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, sino también la de acreditarlos.

Por último no creemos percibir en la mens legislatoris el ánimo de establecer un régimen diverso a lo que ocurre en el ámbito laboral, que le haría apartarse y por ende dilapidar una copiosa jurisprudencia antidiscriminatoria, tanto del TC como de la Sala 4ª del TS, en su análisis de todo tipo de supuestos<sup>16</sup>.

### ***B) Los indicios que han de acreditarse***

La aplicación de las normas procesales en su conjunto nos conduce a afirmar que quien invoque la existencia de una discriminación por razón de sexo no sólo tendrá que alegarla sino que, para obtener una resolución favorable a sus pretensiones, deberá acreditar indicios diversos, concomitantes entre sí y que permitan al órgano jurisdiccional realizar inferencias lógicas. Retomando ahora lo dicho supra, tales enunciados sobre hechos habrán de versar sobre: 1) la existencia de una diferencia objetiva de trato, generadora o apta para generar un perjuicio para un sujeto, y 2) una situación objetiva de desigualdad que encuentre su fundamento en el sexo (en el amplio sentido que permite la LOIEMH).

La jurisprudencia del TC en materia laboral ha establecido invariablemente que la mera alegación de la existencia de un elemento sobre el que sustentar la discriminación por razón de sexo, aunque se proyecte sobre unos hechos que se relatan, no puede ser considerada suficiente pues deberá ir acompañada de una mínima actividad probatoria. Si la demanda se fundase en alegaciones meramente retóricas o “faltase la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado” (STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; ATC 89/2000, de 21 de marzo y STC 111/2003, de 16 de junio, FJ 4)<sup>17</sup>. También el TJCE, en los supuestos de desigualdad salarial entre mujeres y hombres, ha sentado con claridad el criterio de que la carga de la prueba corresponderá al empleador, pero sólo una vez que el empleado que invoca

---

<sup>15</sup> Pudiera mencionarse también la STEDH de 7 de febrero de 2006, D.H. y otros c. República Checa referida a un supuesto de discriminación indirecta.

<sup>16</sup> Esta opinión es compartida con ITUREN I OLIVER, ALBERT, *Comentarios...*, op cit., pp. 256 y s.

<sup>17</sup> Vid. además, entre otras, SSTC 87/1998, de 21 de abril; 29/2000, de 31 de enero; 30/2002, de 11 de febrero; 49/2003, de 17 de marzo; 79/2004 de 5 de mayo y 41/2006, de 13 de febrero.

la discriminación hubiere acreditado la igualdad entre los dos trabajos por los que se percibe diferente remuneración<sup>18</sup>.

Las justificaciones del tipo “no hay ninguna otra razón por la cual haya podido sufrir un tratamiento distinto”, no pueden considerarse suficientes: el acento ha de ser puesto precisamente en la constatación de los extremos reseñados. Cabe destacar así que una de las formas en que mejor podrán acreditarse los indicios será mediante la llamada prueba estadística, esto es, la utilización de datos cuantitativos reveladores de un desfase entre las veces que se produce el trato diferente y las que se presenta una situación diferente por razón del sexo<sup>19</sup>. En el caso de la discriminación por este motivo la facilidad en el acceso a la información relevante puede facilitar este tipo de alegaciones, pues no será complejo elaborar estadísticas de contratación desglosadas entre mujeres y hombres<sup>20</sup>. Mayor dificultad, si no una absoluta imposibilidad, de utilizar este tipo de argumentos se presenta en otros tipos de discriminación como ocurrirá, por ejemplo, en el caso de que se alegue una discriminación por razón de la orientación sexual. Puesto que se tratará de un dato en principio ignorado u oculto al conocimiento público, podrá no haber jugado ningún papel en la constitución de la relación jurídica de que se trate o en las posteriores vicisitudes con que se desenvuelve ésta.

Desde mi punto de vista, la intensidad de esta prueba no deberá ser contemplada de manera meramente formal, buscando en el actor que acredite una mera probabilidad o una apariencia de verosimilitud, sino que debe alcanzar la suficiencia para articular el pleno convencimiento judicial<sup>21</sup>. En otras palabras,

---

<sup>18</sup> Es particularmente clara a este respecto la STJCE de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, Sussana Brunnhofer c. Bank der Österreichischen Postsparkasse AG, párrafos 51-62. En materia de discriminación por razón del embarazo vid. STJCE de 11 de octubre de 2007, asunto C 460/06, Nadine Paquay c. Sociéte d’architectes Hoet + Minne SPRL.

<sup>19</sup> Por servirnos de un ejemplo de la jurisprudencia comunitaria llamamos la atención sobre el párrafo 69 de la STJCE de 10 de marzo de 2005, C-196/2, Vasiliki Nikoloudi c. Organismos Tilepikinonion Ellados AE: “(...) cuando una medida que distingue a los empleados en función de su tiempo de trabajo afecte desfavorablemente, de hecho, a un número muy superior de personas de un sexo que del otro, corresponde al empresario demostrar que existen razones objetivas que justifican la diferencia de trato constatada (véanse las sentencias de 27 de octubre de 1993, Enderby, C-127/92, Rec. p. I 5535, apartados 13, 14 y 18, y de 26 de junio de 2001, Brunnhofer, C-381/99, Rec. p. I 4961, apartados 52, 53 y 60).

<sup>20</sup> Destacaba el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica (de fecha 26 de abril de 2006) que ligado a la prueba de esa discriminación está que la situación de desventaja de un sexo respecto del otro fuera susceptible de prueba mediante la llamada prueba estadística. Recordaba, no obstante, la doctrina del TJCE en el sentido de que no bastaría con estar al dato cuantitativo -número de mujeres afectadas- sino que, además, debe relacionarse con el número de trabajadores en activo existentes en el país, y con la proporción entre trabajadores masculinos y femeninos (Sentencia Regina/Secretary of Employment, de 9 de febrero de 1999).

<sup>21</sup> En sentido contrario vid. la citada STC 111/2003 que admite diversos “resultados de intensidad” en la aportación de la prueba por la parte actora. O bien

estimo insuficiente a este respecto lo que conocemos como “principio de prueba”, pues desde mi punto de vista será necesario entrar en el ámbito de la plenitud probatoria más allá de toda duda razonable si bien constreñido a unos concretos extremos fácticos. Naturalmente el objeto de la prueba no será el ánimo en la discriminación sino, tal y como hemos dicho anteriormente, aquellos dos aspectos cuya prueba incumbe al actor: la existencia de un tratamiento diferenciado y de una situación objetivamente diversa que esté relacionada con el sexo del afectado.

### ***C) Informes de organismos públicos competentes***

Las partes podrán instar del órgano jurisdiccional que éste recabe, si lo estimase útil y pertinente, informes o dictámenes de los organismos públicos competentes (segundo párrafo del art. 13.1 LOIEMH, con precedente en el art. 95.3 LPL). Se alude así a la intervención procesal en calidad de perito de determinadas instituciones tales como el Instituto de la Mujer o los organismos tuteladores de la igualdad en las Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales. Constituye ésta la vía más idónea para dar cabida a la incorporación al proceso de la prueba estadística o de las valoraciones realizadas desde ámbitos oficiales con un alto grado de especialización, contribuyendo a integrar las máximas de experiencia del tribunal.

Obsérvese además que si bien normalmente será el demandante quien promueva la participación activa de este tipo de organismos, no hay nada que impida que sea el demandado quien pueda servirse de sus informes. Además, en virtud del principio de adquisición probatoria, una vez aportada la prueba al proceso el juez habrá de tomarla en consideración a todos los efectos con lo que pudiera ser apta para sustentar los criterios tanto del demandante como del demandado.

Sin entrar ahora en un análisis profundo de la materia cabe decir que su encauzamiento procedimental deberá articularse a través del art. 381 LEC, relativo a las “respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas”.

## **2. La perspectiva del demandado**

Una vez acreditados los extremos reseñados por el actor, y sólo cuando esto ha ocurrido, incumbirá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad con el fin de eludir un pronunciamiento condenatorio. En realidad se tratará de aportar una justificación objetiva, razonable y de entidad suficiente de su actuación, de la cual pueda deducirse que o bien no ha existido discriminación o bien que ésta se hallaba amparada por la ley o contaba con una causa justificante.

La práctica procesal acredita que la alegación de este último extremo puede generar dudas en los órganos jurisdiccionales cuando previamente se hubiere afirmado que no ha existido en ningún caso la discriminación invocada, algo que ocurre con frecuencia en los supuestos de discriminación indirecta.

Es claro que la ley hubiera debido venir formulada en positivo, refiriéndose no a la prueba de ausencia de discriminación, sino a la de los hechos

---

la más reciente STC 17/2007, de 12 de febrero, en la que se habla de una “razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato”.

de los que se dedujera igualdad en el trato. Y ello por cuanto compeler a probar la “ausencia de discriminación” es tanto como obligar a probar hechos negativos (por ejemplo, que no se ha producido una conducta susceptible de ser tachada como discriminatoria). Si los órganos jurisdiccionales quisieren respetar a pie juntillas la dicción de la ley, estarían viéndose obligados a requerir de la parte demandada el que se sirviera de una probatio diabolica.