

GUILLERMO ORMAZABAL SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Procesal

**DISCRIMINACIÓN Y CARGA
DE LA PRUEBA
EN EL PROCESO CIVIL**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS MÁS FRECUENTES	7
INTRODUCCIÓN	9
1. EL ASÍ LLAMADO DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO. INTEN- TO DE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y SUCINTA EXPOSICIÓN DE SUS RASGOS FUNDAMENTALES.....	13
2. EL ORIGEN NORTEAMERICANO DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO	21
3. EL CARÁCTER PROBLEMÁTICO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR ENTRE PARTICULARES.....	23
4. LA UNIÓN EUROPEA COMO PRINCIPAL IMPULSOR DE LA EXTENSIÓN DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO AL ÁMBITO DE LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.....	29
5. LA DISCRIMINACIÓN ENTRE PARTICULARES EN DERECHO ESPAÑOL. BREVE EXPOSICIÓN DE ALGUNOS ASPECTOS FUNDAMENTALES	33
A) ¿Existe un derecho fundamental de los particulares a no ser discriminados frente a otros particulares?.....	33
B) Ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Referencia al Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación (ALIT) de 2011	40
C) Discriminación directa e indirecta.....	44
D) Las consecuencias jurídicas del acto discriminatorio en las relaciones jurídico-privadas	46

	Pág.
a) La nulidad de pleno derecho.....	46
b) Responsabilidad por daños y perjuicios	47
E) En particular: la relevancia de la culpa y de la intención discriminatoria en relación con la invalidez de los negocios jurídicos y con la responsabilidad derivada de actos discriminatorios. El correlato probatorio de la cuestión.....	50
F) La «laboralización» del Derecho privado en materia de discriminación. Particular referencia a la prueba	57
6. LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN EN DERECHO PRIVADO.	61
A) Las disposiciones probatorias como pieza clave del Derecho antidiscriminatorio	61
B) La inversión de la carga probatoria basada en indicios en la jurisprudencia federal norteamericana en casos relativos a la discriminación entre particulares. Ideas fundamentales.....	63
a) La jurisprudencia que aplica la § 1981 del título 42 USC (<i>United States Code</i>)	67
b) La jurisprudencia que aplica la § 2000d del título 42 USC, introducida por la <i>Civil Rights Act</i> de 1964.....	71
c) La jurisprudencia que aplica la § 1982 del título 42 USC	74
d) La jurisprudencia que aplica la <i>Fair Housing Act</i> de 1968 (§§ 3601 y ss. del título 42, capítulo 45 USC)	75
e) Consideraciones conclusivas.....	76
C) La prueba de la discriminación en el Derecho de la Unión Europea	77
a) Legislación aplicable y sus antecedentes.....	77
b) El mecanismo de facilitación probatoria introducido por las directivas antidiscriminatorias, ¿se pone en marcha mediante la acreditación de ciertos hechos o basta realizar meras afirmaciones?	82
c) ¿Inversión de la carga de la prueba, presunción o rebajamiento del grado de certeza?.....	84
D) La prueba de la discriminación entre particulares en el Derecho español.....	90
a) Normativa aplicable.....	90
b) Carga de la prueba en materia de no discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas. Los arts. 32 y 36 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.....	93

	Pág.
<i>c)</i> Carga de la prueba en materia de no discriminación en razón de la discapacidad: 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	99
<i>d)</i> Carga de la prueba en materia de no discriminación en razón del sexo: art. 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	101
<i>e)</i> El art. 28 del Anteproyecto de Ley Integral de Igualdad de Trato de 2011 (ALIT). La inversión de la carga de la prueba ocasionada por un principio de prueba	107
E) Conclusiones.....	109
<i>a)</i> La autonomía privada como libertad para actuar en la esfera jurídico-privada sin necesidad de argumentar de un modo racionalmente plausible y frente a nadie las propias decisiones.	109
<i>b)</i> La necesidad de fijar la carga de la prueba en los estadios iniciales del proceso.....	111
<i>c)</i> La importación de las instituciones probatorias norteamericanas al Derecho de la Unión Europea y de sus Estados miembros. ¿Es razonable que rijan las mismas reglas probatorias para el tratamiento de la discriminación en Alabama y en la Toscana?.....	115
<i>d)</i> A modo de reflexión final. Las presunciones y la inversión de la carga probatoria atendiendo a los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria como forma idónea para afrontar los problemas probatorios en materia de Derecho antidiscriminatorio	117
BIBLIOGRAFÍA	121
APÉNDICE NORMATIVO. DISPOSICIONES SOBRE PRUEBA EN MATERIA DE DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO	125

INTRODUCCIÓN *

El derecho a no sufrir discriminación por parte de los poderes públicos forma parte indiscutida del acervo jurídico del mundo civilizado, afirmación que por supuesto no pretende minusvalorar la gran diversidad de matices y grados que el reconocimiento y efectividad de tal derecho conoce en los diferentes países. En cualquier caso, es indudable que el así llamado Derecho antidiscriminatorio ha desarrollado en este campo un conjunto razonablemente completo de técnicas e instrumentos destinados a proteger a los ciudadanos frente a discriminaciones provenientes del aparato estatal. El de las relaciones entre particulares, en cambio, es un ámbito en el que la prohibición de discriminar incide de un modo más problemático. La cuestión del alcance y extensión del derecho de los particulares a no ser discriminados por otros particulares resulta, en efecto, altamente polémica en la doctrina científica, hasta el punto de haberse puesto en tela de juicio la propia vigencia o validez de tal derecho.

Ello no obstante, la Unión Europea, inspirada en la dilatada tradición del Derecho antidiscriminatorio norteamericano, ha promulgado un abigarrado número de directivas dirigidas a hacer frente a la discriminación en el ámbito del Derecho privado. Y uno de los aspectos por los que dicha legislación muestra una especialísima predilección es el de los mecanismos o medios para facilitar a la persona agraviada la carga de probar la discriminación ante los tribunales. El legislador español, por su parte, ha

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación *Las Reformas Procesales: un análisis comparado de la armonización como convergencia y remisión de los procesos civil y penal* (DER 2010-15919, subprograma JURI), financiado por el MEC, y en el Grupo de Investigación Consolidado (GRC), «Cuestiones actuales de derecho procesal» (2009 SGR 762), financiado por la Generalitat de Catalunya.

secundado con entusiasmo la obra emprendida por el legislador europeo y ha generado una extraordinaria floración de normas procesales encaminadas a facilitar al actor el levantamiento de su carga probatoria cuando acciona con fundamento en la discriminación. Una de ellas, aunque no la única, es nada menos que el apartado 5.º del art. 217 LEC.

Como se ve, el legislador, tanto el español como el europeo, está seriamente empeñado en proporcionar a las víctimas de la discriminación una vigorosa tutela judicial, que en ocasiones podría verse frustrada por dificultades probatorias. Se trata de uno de los problemas más candentes a los que se está enfrentando el legislador de muchos Estados en la actualidad y, previsiblemente, seguirá haciéndolo en los años inmediatamente futuros. La pasión y vehemencia dialéctica de los debates que precedieron a la promulgación de la ley alemana de igualdad de trato, de 2006 (la denominada AGG, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*), son buena prueba de la relevancia e interés que la cuestión está suscitando en los países de la Unión Europea.

Sin embargo, tanto la discriminación entre personas privadas en general, como las reglas probatorias en dicho ámbito en particular, han sido objeto de una escasa atención por parte de la doctrina, aunque hay, por supuesto, aportaciones de indudable interés que han servido de gran utilidad para redactar este trabajo. Se echa en falta, en efecto, un tratamiento general y extenso de la cuestión, frecuentemente centrado de modo exclusivo en el ámbito laboral, y se requiere muy especialmente un estudio detenido de la cuestión probatoria.

La presente obra se dirige a dicho fin. Partiendo de un análisis de los aspectos fundamentales del Derecho antidiscriminatorio, sobre todo en el campo de las relaciones entre particulares, se lleva a cabo un breve estudio del tratamiento de la discriminación en Derecho privado español. A continuación se analiza la cuestión probatoria en tres fases. En primer lugar se da cuenta de la jurisprudencia desarrollada por los tribunales norteamericanos en materia de distribución de la carga de la prueba. Dicha jurisprudencia es la principal fuente de inspiración de la legislación europea y española en la materia. Seguidamente, la atención se centra en el estudio de los preceptos probatorios contenidos en las directivas antidiscriminatorias europeas. Y finalmente se acomete el análisis de la profusa legislación española relativa a la prueba en los procesos civiles que versan sobre discriminación y se formulan una serie de consideraciones conclusivas en las que —quiero avanzar en este momento— se defiende la conveniencia de no apartarse de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba para hacer frente a los problemas probatorios del actor en los procesos civiles relativos a la discriminación entre particulares.

En el trabajo no falta, por supuesto, la referencia al Anteproyecto de Ley Integral de Igualdad de Trato, recientemente presentado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad en enero de 2011, que también incide en cuestiones relativas a la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil.

1. EL ASÍ LLAMADO DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO. INTENTO DE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y SUCINTA EXPOSICIÓN DE SUS RASGOS FUNDAMENTALES

La expresión «Derecho antidiscriminatorio», proveniente del término norteamericano «Antidiscrimination Law»¹, ha comenzado a ser un lugar común en la literatura jurídica europea de los últimos años. Las complejas y variopintas cuestiones que dicha expresión compendia no son, sin embargo, totalmente novedosas, sino que se remontan décadas atrás, cuando menos a los años inmediatamente posteriores al final de la segunda conflagración mundial.

El denominado Derecho antidiscriminatorio posee un marcado carácter multidisciplinar o —por utilizar una expresión que viene haciendo fortuna— transversal, pues incluye tanto una vertiente privatista como otra de Derecho público y, dentro de cada una de dichas clasificaciones tradicionales, afecta prácticamente a la totalidad de las disciplinas jurídicas que las integran (Derecho procesal, laboral, civil, etc.)².

El Derecho antidiscriminatorio abarca una amplia diversidad de fenómenos o situaciones sociales. Las diferentes clases de discriminación de

¹ El mimetismo entre la terminología empleada en casi todos los países del mundo pone de manifiesto de modo inequívoco el origen norteamericano de la expresión: *Diritto Antidiscriminatorio*, *Antidiskriminierungsrecht*, *Droit Antidiscriminatoire*, *Direito Antidiscriminatorio*, etc.

² Véase al respecto la exposición de JAESTEDT, en su ponencia sobre el tema: «Diskriminierungsschutz und Privatautonomie» («Protección frente a la discriminación y autonomía privada»), *VVDStRL* 64 (2004), pp. 311 y ss.

las que se ocupa, pongamos por caso, en razón de la edad, del sexo o de la etnia, aunque pueden presentar similitudes entre sí, constituyen fenómenos bien diversos desde el punto de vista histórico, sociológico, cultural, etc., lo que hace preciso, cuando menos, argumentar y justificar que quepa afrontarlas, desde el punto de vista jurídico, con un tratamiento, técnicas o instrumentos comunes. De lo que no cabe duda es que el legislador, principalmente el europeo, ha asumido la posibilidad de dar a tan heterogéneo cúmulo de cuestiones un tratamiento unitario, tal como se manifiesta en múltiples productos e iniciativas normativas que han visto la luz en fechas recientes y a los que más adelante iremos haciendo referencia³.

El concepto de discriminación que se maneja en estas páginas, como es obvio, no se identifica con un distinguir o separar neutro y aséptico, sino más bien con la acepción de deferir/dispensar a determinadas personas o colectividades un trato de inferioridad en razón de cierta cualidad que poseen. Implica pues una connotación negativa, un diferenciar ilegítimo, injusto, reprehensible y, en todo caso, contrario a Derecho, que ha sido conceptualizado por el Derecho positivo con fórmulas diversas⁴.

Se ha discutido sobre si la razón de dicha ilegitimidad o antijuridicidad radica en el puro quebranto de la igualdad o ínicua distribución de oportunidades que dicha asimetría comporta; o además —o incluso en su lugar— en motivos diferentes como, señaladamente, el agravio a la dignidad humana que padece la persona discriminada. De la igualdad, en efecto, se ha dicho que no es un principio o valor neutro, dando a entender que su invocación encierra el propósito de defender diferentes valores⁵. En cual-

³ El tratamiento es único porque la regulación sobre cada tipo de discriminación es casi idéntica aunque materialmente aparezca en diferentes directivas. En España, como se verá, las diferentes clases de discriminación reciben un tratamiento separado, a diferencia de la ley alemana, que se ocupa unitariamente de todos los fenómenos discriminatorios (la denominada *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, de 2006). El Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación (ALIT) presentado en enero de 2011 por la ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad da asimismo un tratamiento unitario a todos los tipos de discriminación. En la doctrina española, AGUILERA RULL se muestra firme partidaria de dicho tratamiento conjunto. Cfr. «Discriminación directa e indirecta...», cit., p. 2.

⁴ El art. 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, define discriminación directa en razón del sexo «la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable». La definición proviene de las directivas antidiscriminatorias europeas sobre las que más adelante trataremos, que la aplican también en relación con la discriminación racial.

⁵ En este sentido, P. WESTEN, «The Empty Idea of Equality», *Harvard Law Review*, vol. 95, enero 1982, núm. 3 [recogido en MCCRUDDEN, *Anti-Discrimination Law*, Dartmouth (Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney), 1991, pp. 199 y ss.]. Según el autor, la invocación de la igualdad es un instrumento que permite defender valores con una especial energía y contundencia, con una carga moral y legal de la que en verdad podrían en ocasiones carecer. Los argumentos defendidos al amparo de la igualdad situarían invariablemente los argumentos contrarios en la defensiva. Por dicho motivo, por ejemplo, los promotores de la denominada ERA (*Equal Rights Amendment*),

quier caso, no veo inconveniente alguno en sostener que tratar en modo diferente a ciertos seres humanos pueda resultar ilegítimo simultáneamente por más de una razón. Así, por ejemplo, negar un puesto de trabajo por el solo motivo del color de la piel o del sexo supone privar ilegítimamente de oportunidades, de una merecida promoción personal o social a quien pretende acceder al mismo, e implica también lesionar su dignidad humana. Podría, además, infligirle un daño económico evaluable, perjudicar el buen funcionamiento del mercado e incluso distorsionar gravemente la vida y la paz sociales.

No parece, pues, que la igualdad en sí misma, como tal, la pura paridad o tratamiento simétrico (aunque no exento de justificadas excepciones), sea el único valor o principio protegido por la prohibición de discriminar. Probablemente la identificación precisa de los valores o principios lesionados dependa en gran medida de la concreta clase de discriminación (en razón del sexo, de la raza, de la edad, etc.) ante la que nos hallemos y de las propias peculiaridades del caso concreto. Consideración que invita nuevamente a cuestionarse la procedencia de otorgar a todas las clases de discriminación un tratamiento jurídico unitario, es decir, a reflexionar hasta qué punto sea preciso «discriminar entre discriminaciones».

Es preciso reparar, no obstante, que la desigualdad de trato que, en todo caso, entraña cualquier fenómeno discriminatorio, en su acepción de trato inicuaamente desigual, puede asimismo tener lugar en innumerables supuestos de la vida social que en modo alguno encuadraríamos en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio o, por decirlo de otro modo, no consideraríamos parificables a los supuestos clásicos de discriminación en razón del sexo, de la raza, etc. Cuando al proveer un empleo público se prefiere a quien reúne menos méritos y capacidad, se discrimina —en el sentido de dispensar un tratamiento ilegítimamente distinto— a los aspirantes que superaban en mérito y capacidad a quien, por amistad, se granjeó el favor de la autoridad o funcionario que resolvía al respecto. No parece, sin embargo, que se trate del tipo de supuestos que interesan al así llamado Derecho antidiscriminatorio. Para empezar, a éste sólo le interesa la discriminación

una enmienda a la Constitución de los Estados Unidos propuesta en 1972, pero que pese a haber sido aprobada por el Congreso no llegó a prosperar a falta de ratificación, redactaron el texto de la misma al amparo de la igualdad. Se trataba de que ningún ciudadano norteamericano sufriese vulneración de sus derechos en razón del sexo, pero —siempre según el autor— poniendo las cosas en conexión con la igualdad, dicho imperativo cobraba una fuerza singular. El texto rezaba así: «La igualdad de derechos ante la ley no puede ser menoscabada ni negada por los Estados Unidos o por cualquier Estado de la Unión en razón del sexo» (*Equality of rights under the law shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex*). En realidad, argumenta el autor, los autores del texto podrían haber escrito con mayor claridad y propiedad, que los derechos reconocidos por las leyes no podían ser negados o menoscabados en razón del sexo por las autoridades de los Estados Unidos o por las de cualquier Estado de la Unión.

fundada en ciertas notas, rasgos o características de los discriminados, es decir, cuando concurre una cierta «tipicidad», que históricamente se inició con la pertenencia a un grupo racial o étnico, posteriormente al sexo y, más recientemente, viene extendiéndose a la ideología o creencias, a la edad y a la capacidad.

Es importante observar, en este sentido, que la evolución norteamericana en materia de Derecho discriminatorio es exactamente la inversa que en el caso europeo. Si consideramos la discriminación por motivos de raza y la discriminación en razón del sexo como los dos supuestos de discriminación que principalmente ocupan al Derecho antidiscriminatorio, es interesante observar cómo el nacimiento de esta rama jurídica en Norteamérica tuvo lugar en relación con la conflictividad racial, y sólo después se extendió a la discriminación sexual, mientras que en Europa el Derecho antidiscriminatorio se ha ocupado inicial y predominantemente de las desigualdades en razón del sexo y sólo recientemente ha comenzado a interesarse por la discriminación racial⁶, sobre todo desde que, en fechas no precisamente remotas, el viejo continente ha experimentado una fabulosa entrada de flujos humanos desde África, Asia y Sudamérica. Se trata, en todo caso, de una observación que puede resultar útil a la hora de juzgar hasta qué punto resulta adecuado injertar en los Derechos europeos y en el de la Unión Europea el bagaje jurídico antidiscriminatorio acrisolado en los Estados Unidos. Más adelante habrá ocasión de retomar ampliamente esta cuestión, principalmente en relación con el tratamiento probatorio de la cuestión.

Según algunos autores, lo que caracteriza la discriminación relevante para el Derecho antidiscriminatorio es el hecho de tratarse de una discriminación que afecta a grupos o colectivos de personas⁷. El Derecho antidiscriminatorio se ocupa de actos discriminatorios que tengan su origen en factores o características definitorias de un grupo o colectivo. Por poner un ejemplo, cae dentro de la esfera del Derecho antidiscriminatorio la discriminación en razón de la pertenencia a un cierto grupo étnico, pues dicha raza o etnia define o caracteriza a un colectivo humano determinado, mientras que en el caso que se acaba de exponer, la discriminación de la que fue objeto el más capacitado o dotado de méritos en un concurso público no se

⁶ En este sentido, J. KANTOLA y K. NOUSIAINEN, «Institutionalizing Intersectionality in Europe», en la revista *International Feminist Journal of Politics*, 11:4, diciembre de 2009, pp. 459-477. Accesible en la dirección electrónica <http://www.informaworld.com/smpp/content~db=all?content=10.1080/14616740903237426>.

⁷ Véase BARRERE UNZUETA, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, 1997, pp. 23 y ss. Y de la misma autora, «Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico conceptual», pp. 7 y ss.; «Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades», pp. 2 y ss., todos ellos en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9/2003. Accesible a través de <http://www.uv.es/CEFD/>.

funda en características definitorias o identificadoras de un grupo, sino en una circunstancia intragrupal (amistad de la autoridad que resuelve sobre la provisión del empleo con otro aspirante menos capacitado). Es precisamente la característica a la que nos referimos la que suele esgrimirse para justificar una de las técnicas propias, quizá la más característica, del Derecho antidiscriminatorio, a saber, la denominada acción positiva⁸: dichas acciones pueden producir un trato formalmente asimétrico entre individuos, pero —según sus defensores— en verdad constituyen el único modo para erradicar la desigualdad estructural entre grupos o colectivos.

En el caso de la discriminación en razón de la raza, del sexo, de la discapacidad o de la edad (es decir, en todos los supuestos con excepción de los de la ideología, religión o creencia), las referidas adscripción o pertenencia no tienen carácter voluntario, sino que escapan por completo de la elección de las personas afectadas⁹.

Existe, por otra parte, una estrecha relación entre el Derecho antidiscriminatorio y la protección de las minorías. Aunque este último aspecto viene siendo objeto de atención preferente en los últimos tiempos, siempre ha estado muy presente en la tradición constitucional de los Estados Unidos, donde la propia Constitución y los derechos fundamentales, además de constituir valladares o diques destinados a contener el despotismo y la arbitrariedad de los poderes públicos, poseen otra dimensión fundamental de protección a los individuos y a los grupos minoritarios frente a una eventual tiranía por parte de las mayorías. De hecho, ya he referido más arriba que en los Estados Unidos de Norteamérica el Derecho antidiscriminatorio surgió como reacción a la situación de marginación de la minoría negra y sólo posteriormente pasó a ocuparse de otros grupos o colectivos.

Esta componente de protección a las minorías, aunque presente en el caso de la discriminación racial, en la referida a la capacidad y en la ideológica o por razón de las creencias, está completamente ausente en el caso de la discriminación por razón del sexo (no, sin embargo, en el supuesto de la discriminación motivada por la orientación sexual, como sucede en el caso de los homosexuales). En el caso de la discriminación en razón de la edad, la constante inversión de la pirámide demográfica en el mundo occidental relativiza cada vez más el carácter minoritario del grupo de personas potencialmente afectadas por la discriminación, aunque no por ello disminuye la necesidad de protección de dicho colectivo.

⁸ Véase, al respecto, de BARRERE UNZUETA, la obra ya citada *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*.

⁹ Al respecto, véase P. BREST, «In Defense of Antidiscrimination Principle», *Harvard Law Review*, vol. 90, noviembre 1976, núm. 1 (recogido en McCrudden, *Anti-Discrimination Law*, cit., p. 12).