

La acción civil para la defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación

Sumario

-
Este trabajo tiene como objetivo el análisis de las garantías procesales para la protección de la igualdad de trato y la no discriminación. Partiendo de una breve introducción sobre las Directivas antidiscriminatorias y su influencia en nuestra legislación, se analizan los cambios operados en la Ley de Enjuiciamiento Civil por las Leyes 15/2022, de igualdad de trato y no discriminación y 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

El nuevo régimen legal conlleva un importante avance en la regulación de los derechos de igualdad de trato y la no discriminación, sin embargo, muchos de los aspectos introducidos por las nuevas disposiciones generan no pocos problemas interpretativos y de aplicación. En ese sentido, se presta especial atención a la ampliación de la legitimación, a la distribución probatoria y, con el ánimo de contribuir a la reflexión, se valora la idoneidad de la tramitación de las demandas de tutela antidiscriminatoria a través del juicio declarativo ordinario.

Abstract

-
The aim of this paper is to analyse the procedural guarantees for the protection of equal treatment and non-discrimination. Starting with a brief introduction on the anti-discrimination directives and their influence on our legislation, it analyses the changes made to the Spanish Law on Civil Procedure by Spanish Laws 15/2022, on equal treatment and non-discrimination, and 4/2023, for the real and effective equality of transgender individuals and to guarantee the rights of LGBTI people.

The new legal framework represents an important step forward in the regulation of the rights to equal treatment and non-discrimination, however, many of the aspects introduced by the new provisions generate a number of problems in terms of interpretation and application. In this sense, particular attention is paid to the extension of legal standing, the distribution of evidence and, in an attempt to encourage reflection, the suitability of processing anti-discrimination protection claims through an ordinary court action for declaratory judgment is assessed.

Title: Civil action for the defence of rights arising from equal treatment and non-discrimination

-
Palabras clave: Derechos fundamentales, Derecho Antidiscriminatorio, pretensión de cesación, legitimación colectiva, desplazamiento de la carga de la prueba.

Keywords: Fundamental rights, Antidiscrimination Law, claim for injunctive relief, collective standing, shifting the burden of proof.

-
DOI: 10.31009/InDret.2023.i4.04

4.2023

Recepción
06/07/2023

-

Aceptación
05/09/2023

-

Índice

-

1. Introducción

- 1.1. Directivas europeas antidiscriminatorias : revisión del marco normativo. «Hacia una Unión de la Igualdad»
- 1.2. La influencia del Derecho de la Unión Europea en la legislación interna

2. La tutela procesal civil frente a prácticas discriminatorias

- 2.1. Aspectos conceptuales
- 2.2. Alcance subjetivo de la prohibición de discriminación. La discriminación entre particulares
- 2.3. Contenido de la tutela: pretensiones que pueden ejercitarse
- 2.4. Cauce procesal apropiado

3. Legitimación y llamamiento al proceso de las personas afectadas por la discriminación

- 3.1. La defensa de intereses colectivos y difusos
- 3.2. Publicidad e intervención en el proceso

4. Reglas especiales sobre la carga de la prueba de la discriminación

- 4.1. Regulación legal
- 4.2. Distribución probatoria
- 4.3. Informe o dictamen de los organismos públicos competentes

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción

La defensa y protección de los derechos fundamentales constituye, sin lugar a duda, uno de los principales objetivos de la política social europea encaminada a asegurar una convivencia basada en la tolerancia, la justicia y el respeto en todo el territorio de la Unión. No obstante, situaciones de crisis humanitaria sin precedentes a nivel mundial como la acaecida en los inicios de la tercera década del siglo XXI, han exigido de las instituciones y los Estados miembros de la Unión Europea la toma de decisiones de indudable trascendencia en los derechos fundamentales. Algunas de estas decisiones han supuesto, incluso, el cuestionamiento de valores esenciales del funcionamiento de la Unión Europea lo que ha generado una mayor atención y vigilancia de los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales¹.

En el caso específico de la protección del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación, no podemos desconocer que la Unión Europea ha realizado avances muy significativos en los últimos lustros constituyendo una de sus prioridades legislativas². Por eso, aunque este estudio se centre en el ámbito del proceso civil, procede efectuar una breve referencia a la evolución de la regulación legal del derecho a la igualdad de trato y la interdicción de la discriminación. En primer lugar, a través de las denominadas «Directivas antidiscriminatorias», normativas que con una sistemática reguladora muy similar desarrollan las disposiciones generales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en esta materia. Pero, al mismo tiempo, las mejores y más convincentes propuestas pueden resultar baldías si los Estados miembros no las incorporan a sus ordenamientos jurídicos y las aplican convenientemente. Por esa razón, en segundo lugar, abordaremos la transposición de estas Directivas al ordenamiento jurídico español.

Estamos, pues, ante uno de los grandes desafíos a los que se enfrentan actualmente la Unión Europea y sus Estados miembros.

1.1. Directivas europeas antidiscriminatorias : revisión del marco normativo. «Hacia una Unión de la Igualdad»

El compromiso de la Unión Europea con la tutela antidiscriminatoria queda patente en los textos que integran su ordenamiento jurídico. El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) reconoce el derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación como fundamento de la Unión y el artículo 3 apartado 3, hace expresa alusión al ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres. Por su parte, el TFUE reconoce iniciativa normativa a las instituciones europeas para la adopción de cuantas medidas sean necesarias para luchar contra la discriminación «por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Estrategia para reforzar la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales en la UE», Bruselas, 2.12.2020 COM (2020) 711 final. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en 2000, conforma el conjunto de valores europeos y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. No se incorporó directamente al Tratado de Lisboa, pero el artículo 6.1 del TUE le atribuye el mismo valor jurídico que los Tratados de donde se infiere su carácter jurídicamente vinculante.

² En pleno proceso de recuperación pospandemia, la Unión Europea y sus Estados miembros acordaron impulsar una Europa Social en torno al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia previsto en el Reglamento (2021/241) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021 que contiene referencias a los derechos fundamentales, en relación con la igualdad de género y de trato entre los distintos Estados miembros.

orientación sexual» (art. 19.1)³. En la misma línea y en clave constitucional, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) prohíbe toda discriminación «por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual» en el artículo 21 y el artículo 23 afirma que «la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución».

Con esta base jurídica como telón de fondo, el ordenamiento de la Unión Europea en la materia que nos incumbe ha transcurrido en paralelo a las demandas de una ciudadanía cada vez más sensibilizada con sus derechos y obligaciones. De esta forma nos encontramos un conjunto de Directivas que han ido perfilando los contornos de la tutela antidiscriminatoria en el ámbito europeo ampliando paulatinamente el alcance de sus fundamentos normativos.

En términos más concretos deben destacarse las Directivas 2000/43/CE, sobre igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la 2000/78/CE, para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad y de orientación sexual en el ámbito del empleo y en la ocupación y a fin de establecer un marco general para la aplicación del principio de igualdad de trato por los Estados miembros. Ambos textos completan los motivos o causas de discriminación del artículo 19 del TFUE superando el marco tradicional desarrollado, hasta ese momento, en torno a la discriminación por razón de sexo. Debe citarse en ese sentido las «Directivas sobre igualdad de género» que son la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación que compendia las primeras Directivas de los años 70 y 80 del siglo pasado⁴, al tiempo que incorpora las novedades planteadas por la doctrina del TJUE; la Directiva 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro y, por último, la 2010/41/UE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma⁵.

Por tanto, a resultas de lo expuesto, la normativa antidiscriminatoria en el contexto europeo ha ido evolucionando desde una primera etapa centralizada en la discriminación por cuestiones de género -y centrada básicamente en el ámbito de laboral⁶- para, con posterioridad, enfocar la regulación hacia otras manifestaciones: el origen racial o étnico, religión o convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual. Ahora bien, una breve pero detenida reflexión conduce a considerar que, en rigor, todas estas manifestaciones no implican una protección genérica frente a cualquier motivo de discriminación⁷. Las causas son taxativas, su régimen jurídico diverso y

³ No obstante, la prohibición de discriminación ya aparece contenida en la versión original del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica de 1957 instando a los Estados miembros a trabajar en la integración y el crecimiento económico sin discriminación debida a la nacionalidad y abogando por la igualdad en materia de empleo.

⁴ Directivas 75/117, 76/207/, 97/80 y 86/378/CEE

⁵ Estas Directivas se completan con la propuesta de Directiva sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica COM (2022)105 final, 2022/006 (COD).

⁶ BALLESTER PASTOR, «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011, p. 207.

⁷ De hecho, en los distintos textos normativos la prohibición de discriminación se halla referida a un conjunto de motivos más o menos amplio y sólo la CDFUE permite entrever una prohibición genérica. En su apartado 1 el

también difiere el ámbito de aplicación⁸. Todo ello desemboca en un panorama legislativo poco sistemático y muy dividido lo que impide o, cuando menos, dificulta un tratamiento integrador de la igualdad y la prohibición de discriminación.

Este ámbito material tan heterogéneo ha sido objeto de atención por parte de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) en su Informe de 2021. Tomando como base el artículo 19 del TFUE y las Directivas antidiscriminatorias que lo desarrollan, concluye que algunas de las características protegidas que se recogen en dicho precepto (en concreto, género y origen racial o étnico) gozan de una protección en esferas esenciales de la vida como el empleo y la ocupación, la protección social y la accesibilidad y el suministro de bienes y servicios para el público, incluida la vivienda, mientras que otras (como religión o convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual) se circunscriben únicamente al empleo y la ocupación. Los diferentes ámbitos sobre los que discurre la protección contra la discriminación -más limitados en el segundo caso- ha llevado al FRA a alertar sobre la implantación de una jerarquía artificial de motivos protegidos⁹. En realidad, la organización o distribución jerarquizada de las causas de discriminación no es nueva. Incluso, por la doctrina, se apunta a su origen en una opción del legislador de la Unión que se proyecta tanto en el distinto alcance material de las discriminaciones prohibidas como en los diferentes niveles de justificación en los que las diferencias de trato resultan admisibles¹⁰.

Las instituciones europeas son conscientes de esta realidad. De hecho, la Comisión trabaja desde hace años en la potenciación de la igualdad de trato a fin de promover un abordaje integral contra la discriminación¹¹. En todo caso, en periodos de crisis global -financiera, sanitaria, energética- como los que se vienen sucediendo en Europa en el transcurso de estos años, la jerarquización de motivos de discriminación cobra especial relevancia en tanto que evidencia un nuevo perfil de la víctima de discriminación y ello, por sí mismo, obliga a replantear el enfoque y la estrategia para combatirla¹². El legislador europeo, en su propósito de consolidar la «Unión de la Igualdad», debe responder a esa realidad no sólo reforzando instrumentos y estrategias ya consolidados sino también explorando otros modos de reacción frente a formas de desigualdad y discriminación que hasta ahora no se habían manifestado.

artículo 21 señala que «se prohíbe toda discriminación» antes de particularizar ámbitos concretos sobre los que se proyecta esta prohibición.

⁸ PRECIADO DOMENECH, Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea, ed. Bomarzo, 2016, p.28.

⁹ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) Informe de 2021, p. 7.

¹⁰ REQUENA CASANOVA, «La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, 2011, p.791. Concretamente la Directiva 2000/78 contempla en su artículo 6 diferencias de trato por motivos de edad que no constituyen causa de discriminación si se cumplen con las exigencias del propio precepto. Véase la doctrina jurisprudencial del TJUE citada por el autor que delimita esta excepción.

¹¹ Hay que hacer referencia a la lejana propuesta de Directiva de 2008 que plantea la ampliación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

¹² La utilización de los servicios en línea aumentó de manera exponencial durante el confinamiento impuesto por la pandemia de covid-19 introduciendo un cambio de hábitos en la vida de los ciudadanos. Algunos cambios han sido meramente coyunturales, sobre todo los vinculados a la situación sanitaria, pero otros han sido claramente estructurales como los relacionados con la transformación digital. Un ejemplo se encuentra en la digitalización del sector bancario que ya venía materializándose desde la crisis económica de 2008. La banca digital ha tenido un impacto muy negativo en el colectivo de personas mayores a quienes se coloca en una situación social desfavorable respecto al resto de clientes lo que entraña una forma de discriminación por razón de edad que desborda el ámbito material de la Directiva 2000/78.

1.2. La influencia del Derecho de la Unión Europea en la legislación interna

Una buena parte de las reformas operadas en nuestro sistema procesal provienen precisamente de la transposición de Directivas europeas en materia de igualdad y prohibición de discriminación. Por esa razón debemos volver a las Directivas 2000/43 y 2000/78 antes citadas. La transposición a la legislación española de ambas normas ha sido muy prolija y se ha realizado escalonadamente. Una primera etapa se inició con la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuyo Capítulo III, del Título II se rubrica como «Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato» y, en su Sección 3ª se regulan «Medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo». Pero esta transposición se reveló decididamente deficiente y fue objeto de duras críticas por las propias instituciones europeas. También mereció el reproche doctrinal, no sólo por la metodología empleada -utilizar una ley de acompañamiento que regula materias múltiples-, sino porque se limitó a realizar una transposición de mínimos renunciando a impulsar cualquier iniciativa contra la discriminación¹³.

Casi veinte años después se procede a completar la transposición de las citadas Directivas con ocasión de la promulgación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, a la que volveremos después. No obstante, a lo largo de todo ese período de tiempo se han producido en España importantes avances normativos y de políticas públicas para promover la igualdad de género y combatir la violencia contra las mujeres. De especial trascendencia en este contexto son las Leyes Orgánicas 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que supuso un gran impulso en la búsqueda de una respuesta integral y coordinada frente a la violencia contra las mujeres como manifestación de discriminación, y la 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres a través de la que se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico dos directivas en materia de igualdad de trato, la Directiva 2002/73, de modificación de la Directiva 76/207, 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; y la Directiva 2004/113, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Asimismo, siguiendo las directrices europeas, se promulga la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que supone la incorporación al derecho español de los artículos 3, apartados 2 a 4, 6 y 9, letras a), b) y g) de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Entre sus fines se

¹³ ARAMENDI SÁNCHEZ, «La tutela judicial de personas con discapacidad. Un análisis de la aplicación a este colectivo de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, una vez transpuesta al derecho español la Directiva 2000/78», *IUSLabor* 1/2006, p. 6. La deficiente transposición a nuestro ordenamiento interno ha obligado a nuestros tribunales a recurrir en no pocas ocasiones al auxilio interpretativo del Tribunal de Justicia planteando cuestiones prejudiciales. Especialmente problemático ha sido el alcance y delimitación del marco general establecido por la Directiva 2000/78. Referente de esta circunstancia es la Sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas/Eurest Colectividades SA, C-13/05 (ECLI:EU:C:2006:456) que delimitó el concepto de discapacidad en el contexto de una relación laboral rechazando su extensión a la enfermedad como causa de despido.

encuentra «la erradicación y la protección frente a cualquier tipo de discriminación y la superación de los estereotipos de carácter sexista, racista, homofóbico, bifóbico, transfóbico o por razones estéticas, de discapacidad, de enfermedad, de aporofobia o exclusión social o por cualquier otra circunstancia o condición personal, familiar, social o cultural» (art. 3 j).

En la misma línea hay que situar la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual entre cuyos principios rectores se halla la prohibición de discriminación (art. 2)¹⁴. En su Exposición de Motivos declara que esta Ley pretende «impulsar la prevención de las violencias sexuales y garantizar los derechos de todas las víctimas», poniendo las bases para la eliminación de los obstáculos añadidos que algunas encuentran por la interrelación o conexión entre distintos factores de discriminación (el género, la discapacidad, el origen racial o étnico, la orientación sexual, la identidad sexual, la clase social, la situación administrativa, el país de procedencia, la religión, la convicción u opinión o el estado civil).

Finalmente, este listado se cierra hasta la fecha con la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI¹⁵, que se encuadra en la estrategia de igualdad y refuerzo de la protección jurídica de las personas LGBTIQ de la Unión Europea¹⁶.

Este marco de medidas legislativas en continuo dinamismo evidencia no sólo una creciente sensibilidad social hacia el trato igualitario, sino también un progresivo interés de los poderes públicos en dotarlo de un régimen jurídico de referencia¹⁷. A fin de cuentas, el mantenimiento del estado de bienestar y la preservación de la paz social están en buena medida comprometidos con las políticas que se adoptan tanto en la lucha contra las desigualdades -que pueden responder a factores muy variables y diversos-, como en la realización efectiva de la no discriminación¹⁸.

2. La tutela procesal civil frente a prácticas discriminatorias

Las reformas legales reseñadas han afectado también de manera decisiva a nuestras leyes procesales. En concreto, la atribución de la carga probatoria junto a la legitimación para demandar en juicio la defensa del derecho vulnerado, han sido las cuestiones procesales que con mayor incidencia han obligado a realizar las correspondientes adaptaciones en las leyes de enjuiciamiento.

¹⁴ En su apartado d) esta norma dispone: «Las instituciones públicas garantizarán que las medidas previstas en esta ley orgánica se apliquen sin discriminación alguna por motivos de sexo, género, origen racial o étnico, nacionalidad, religión o creencias, salud, edad, clase social, orientación sexual, identidad sexual, discapacidad, estado civil, migración o situación administrativa, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»

¹⁵ Sobre el encuadramiento de la norma en su enclave internacional y europeo, CALAZA LÓPEZ, «Lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGTBI): libertad, igualdad y fraternidad», *Actualidad civil*, núm. 3, 2023.

¹⁶ Comisión europea. Unión de la Igualdad. Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025 Bruselas, 12.11.2020 COM (2020) 698 final. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) Informe de 2022, p.6.

¹⁷ En este aspecto deben ser citados dos preceptos constitucionales: el artículo 9.2 al proclamar la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y el artículo 10.1 que establece que el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

¹⁸ Sobre los planteamientos ideológicos que subyacen en la lucha contra las distintas clases de discriminación ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p.27.

Nuestro interés en este estudio se centra precisamente en las reformas procesales impulsadas por las leyes de igualdad -principalmente la Ley 15/2022 (en adelante LITND) y, en menor medida, la Ley 4/2023 ambas reseñadas en el anterior epígrafe.

2.1. Aspectos conceptuales

En el contexto europeo el concepto jurídico de discriminación se encuentra en las Directivas europeas antidiscriminatorias. Estas disposiciones normativas son especialmente interesantes a la hora de precisar una noción jurídica de discriminación a la que tienden a equiparar con el principio de igualdad de trato. Así se observa en la Directiva 2000/43/CE y también en la 2000/78/CE que en su artículo 2.1 declara: «se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1».

En nuestro ordenamiento jurídico la norma de referencia es el artículo 14 de la Constitución: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

De la norma constitucional se ha destacado su doble vertiente: por un lado, la declaración general de igualdad ante la ley y, por otro, la prohibición de discriminación apoyada en unas circunstancias específicas¹⁹. Pues bien, al efecto de lograr su efectividad, la LITND declara que no pretende reconocer nuevos derechos y sí, por el contrario, convertirse en garantía del cumplimiento de las normas que regulan la igualdad de trato y la no discriminación, en cuanto principio informador de todo nuestro sistema jurídico (art. 4.3). En esa línea, la Ley -en su Preámbulo (I. Marco regulatorio)- señala dos aspectos conceptuales de la prohibición de discriminación que debemos subrayar y que evidencian su concordancia con el artículo 24 de la Constitución: a) constituye un complemento del derecho a la igualdad y b) es una garantía del disfrute de todos los derechos fundamentales y libertades públicas²⁰.

Sin embargo, no podemos obviar que manejamos conceptos que se hallan en constante evolución exigiendo de los tribunales una continua evaluación de su contenido y significado²¹. En este sentido, a la hora de abordar la justificación de la LITND, el legislador explica que no se trata de una nueva ley que reconozca derechos sociales sino que, por el contrario, está llamada a ser una norma de derecho antidiscriminatorio y aunque lo califica de «específico», su intención declarada es, a nuestro entender, mucho más generalista: dar cobertura a las discriminaciones presentes y a las que están por llegar «ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en

¹⁹ SUÁREZ PERTIERRA/AMERIGO, «Comentario al artículo 24 de la Constitución», ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, editorial Edersa, 2006, p. 256.

²⁰ En tal sentido, según doctrina asentada por el Tribunal Constitucional, el artículo 14 de la Constitución configura la igualdad como un verdadero derecho fundamental vinculante y directamente aplicable por jueces y tribunales, que no es simplemente instrumental a los demás derechos fundamentales, sino que adquiere un contenido propio (STC 91/2019, de 3 de julio).

²¹ GONZÁLEZ TREVIANO SÁNCHEZ, «Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado», Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Unidad Biblioteca de Derecho Comparado. PE 659.297- octubre, 2020, p. 72.

consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas» (Preámbulo. II. Justificación de la ley).

Por tanto, las manifestaciones o causas de discriminación no forman en esta Ley un conjunto cerrado o terminado. De hecho, el artículo 2.1 enumera los motivos específicos de discriminación aludiendo también de forma genérica a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»²². Así pues, la nueva Ley establece un sistema de cláusula abierta en correspondencia con su carácter de Ley integral. En todo caso, las razones o motivos de discriminación tienen sus propias particularidades y la casuística es muy variada, por lo que su alegación en juicio va a requerir de los tribunales un reexamen a la luz del nuevo marco normativo²³.

Finalmente, como ha puesto de relieve la jurisprudencia constitucional no toda desigualdad de trato ha de conllevar o suponer necesariamente una infracción del artículo 14 de la Constitución. La infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una «diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable» (STC 61/2013, de 14 de marzo). El actual escenario legal derivado de la LITND también admite la diferencia de trato, pero lo hace manteniendo la misma la doctrina constitucional. Por tanto, siempre que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (arts. 2.2 y 4.2)²⁴.

2.2. Alcance subjetivo de la prohibición de discriminación. La discriminación entre particulares

Aunque tradicionalmente la aplicación del derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación se ha vinculado al ámbito de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, no podemos obviar que, paralelamente, ha existido un intenso debate doctrinal entre quienes han defendido la necesidad de extenderlo también a las relaciones entre particulares y quienes, por el contrario, han sostenido que esa extensión podría restringir el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad²⁵.

²² El Tribunal Constitucional viene sosteniendo que la referencia expresa a ciertos motivos o razones de discriminación en el artículo 14 (raza, sexo, religión...) representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona (STC 145/1991, de 1 de julio que, a pesar de tener ya una cierta antigüedad, sus criterios se vienen reproduciendo).

²³ Los tribunales manejan ya una visión más amplia de algunas causas de discriminación como es el caso de la discriminación por razón de enfermedad en el ámbito de las relaciones laborales. En este sentido se ha pronunciado la reciente Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada, de 15 de febrero de 2023, rec. 753/2022: «En definitiva, hasta ahora como consecuencia de la prohibición de discriminación contenida en la Directiva comunitaria 2000/78 para los casos de discapacidad, los Tribunales venían entendiendo que si se producía el trato discriminatorio por dicha discapacidad el despido debería ser calificado como nulo. Con la Ley 15/2022 este espacio se amplía, y la nulidad no requiere de una existente o previsible discapacidad, sino que también queda protegido el trabajador ante actuaciones discriminatorias motivadas por la simple enfermedad», *Diario la ley*, n.º 10250, de 17 de marzo de 2023 y LÓPEZ HORMEÑO «Los despidos de los trabajadores en situación de baja médica ¿nulidad o improcedencia?», *Diario la ley*, núm. 10288, de 17 de mayo de 2023, <https://diariolaley.laleynext.es>.

²⁴ No podemos detenernos en los distintos tipos de trato discriminatorio o desigual prohibidos por la Constitución, cuestión que suscita no pocas dificultades y que nos aparta del objetivo propuesto en este trabajo. Pero es importante, a nuestro parecer, atender a las definiciones del artículo 6 de la nueva LITND que dan buena cuenta de la transversalidad de esta materia.

²⁵ Las principales corrientes de opinión han propuesto distintas soluciones a la aplicabilidad de la prohibición de discriminación entre sujetos privados. Se ha planteado una primera vía indirecta que parte de la intervención de

En este contexto, la actual LITND se presenta como una norma integral no sólo en lo que respecta a los motivos de discriminación, como ya se ha tenido ocasión de señalar en el apartado anterior, sino también en lo concerniente a los ámbitos en los que se persigue erradicar las conductas discriminatorias²⁶. Con este propósito, el legislador introduce una serie de obligaciones que vinculan tanto a las administraciones públicas como al sector privado. Por tanto, la prohibición de discriminación no tiene como único destinatario a los poderes públicos, sino que alcanza también a los particulares²⁷.

No obstante, se advierte una tendencia a diferenciar el modo en que esas obligaciones se imponen a unos y otros. Dice la Ley en su Preámbulo que será «incondicionadamente» - o, de manera más exacta, sin sujeción a ninguna condición- cuando se trata de las administraciones públicas y, en la forma «que la Ley establece», en el caso de las relaciones entre particulares.

En la misma línea parece apuntar el artículo 1.2 al señalar que la ley regula derechos y obligaciones de las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, a la vez que establece «principios de actuación de los poderes públicos» y prevé «medidas destinadas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, en los sectores público y privado».

Llegados a este punto, la interpretación más razonable de estas disposiciones legales parte, una vez más, del artículo 14 de la Constitución y de su tenor literal que impide que prevalezca discriminación alguna. A nuestro juicio, la fuerza de ese mandato permite establecer un marco legal adecuado para combatir todas las formas de discriminación, provengan de los poderes públicos o de las relaciones jurídico privadas. Solo de esa manera puede entenderse operativo el derecho fundamental a no ser discriminado.

Ahora bien, una necesaria reflexión sobre el tema evidencia la complejidad de intervenir la autonomía privada sin riesgo de desvirtuarla²⁸. Es evidente que no todos los comportamientos o conductas en el tráfico jurídico privado pueden ser objetivados. En ocasiones una determinada elección o decisión en el ámbito de las relaciones particulares obedece a reacciones puramente subjetivas que no encierran obligatoriamente un móvil discriminatorio. Aun así, hay prácticas o actuaciones reconocibles con facilidad en nuestro entorno que pueden debilitar la presencia de

los poderes públicos asegurando la ausencia de discriminación, bien mediante desarrollo legislativo o, en su caso, a través de la actuación de los Tribunales. Por este camino, una eventual inacción evitando conductas prohibidas daría lugar a una discriminación por omisión del poder público. Ahora bien, como explican RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, «el grado de intervencionismo necesario para que el actuar privado se acondicione al principio constitucional, obstaculizaría el libre ejercicio de la autonomía privada de forma similar a como sucedería si se reconociese sin más la eficacia horizontal del principio de igualdad», *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 265. Esta reflexión defiende, por el contrario, la aplicación directa de la prohibición de discriminación entre particulares «porque es rechazable comoquiera que surja y quienquiera que la ponga en práctica», *ibidem*, p. 270. Por otro lado, sobre los cambios que el Derecho antidiscriminatorio ha ido introduciendo en el Derecho privado, REY MARTÍNEZ, *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, 2020, p. 32.

²⁶ Como apunte de interés señalamos que dentro de los ámbitos de actuación se incluyen, entre otros, la contratación laboral, la educación, la vivienda, la atención sanitaria y los servicios públicos (art. 3). Además, a lo largo de todo su articulado, la Ley establece criterios específicos de protección para ciertos grupos vulnerables como las mujeres, personas con discapacidad o minorías étnicas.

²⁷ En lo que se refiere a la determinación de los sujetos -tanto activos como pasivos- de la discriminación véanse las consideraciones al hilo del comentario al artículo 14 de la Constitución en SUÁREZ PERTIERRA/AMÉRIGO, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, ALZAGA VILLAAMIL (dir.), t. II, p. 263.

²⁸ Para ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, p. 39, se trata de discernir qué reglas o imperativos morales resultan imprescindibles para asegurar una correcta convivencia social.

valores en las estructuras sociales. Nos referimos, a modo de ejemplo, al «edadismo» o discriminación por razón de edad que puede adoptar muchas formas pero que la reciente pandemia ha demostrado su especial incidencia en las personas de mayor edad, al «racismo inmobiliario» para describir prácticas discriminatorias que llevan a cabo tanto propietarios como agencias inmobiliarias dirigidas a imposibilitar el acceso a una vivienda a las personas extranjeras o los «antecedentes oncológicos» como dato a tener en cuenta a la hora de contratar productos financieros y aseguradores²⁹.

En relación con expuesto, la LITND prevé una serie de mecanismos para garantizar la aplicación efectiva de la prohibición de discriminación en el sector privado. Estos incluyen la creación de organismos especializados encargados de recibir y tramitar denuncias por actos de discriminación, la posibilidad de imponer sanciones económicas a los infractores y la promoción de la conciliación y la mediación como vías para resolver conflictos de manera ágil y efectiva. Además, la Ley implica directamente a los poderes públicos exigiendo la adopción de medidas para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación en las relaciones entre particulares³⁰.

A tenor de lo dicho, la LITND debe suponer un avance significativo en el desarrollo del artículo 14 de la Constitución, en línea con la propia doctrina constitucional y con los estándares europeos en materia de protección de derechos fundamentales³¹. Además, importa considerar que desde el punto de vista del proceso civil y de las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva se pueden ejercitar diversas pretensiones con el objetivo de garantizar la protección de estos derechos.

2.3. Contenido de la tutela: pretensiones que pueden ejercitarse

En efecto, dentro del marco de la acción civil para la defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación se contempla la adopción por el tribunal de «todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate» (art. 28 LITND). A tal fin se pretende que la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) ampare todo tipo de tutela antidiscriminatoria si bien dicha tutela puede concretarse en las siguientes pretensiones:

1ª Cesación de la conducta discriminatoria

El objeto específico de la pretensión de cesación es solicitar al tribunal que ordene a la parte demandada poner fin a la conducta discriminatoria. La Ley -en su artículo 28- se refiere concretamente al «cese inmediato de la discriminación» por lo que hay que entender que se trata

²⁹ La regulación del derecho al olvido oncológico se enmarca en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2022, sobre el refuerzo de Europa en la lucha contra el cáncer: hacia una estrategia global y coordinada (2020/2267(INI)).

³⁰ Dispone el apartado primero del artículo 33 de la LITND: «Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva por razón de las causas establecidas en esta ley e impulsarán políticas de fomento de la igualdad de trato y no discriminación real y efectiva en las relaciones entre particulares».

³¹ En tal sentido véase la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que señala que «la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales» y la amplísima jurisprudencia citada en BOU FRANCH «La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», ESPLUGUES MOTA/ PALAO MORENO/PENADÉS FONTS, (coords.), *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 867.

de una pretensión de cesación en sentido estricto, o sea, relativa a una conducta en curso. Siendo así, la tutela judicial reclamada por el actor persigue un fallo condenatorio al objeto de cesar o prohibir el comportamiento o práctica que vulnera la igualdad de trato.

Ahora bien, desde la propia acción de cesación se pueden plantear también otras pretensiones como la prohibición de reiterar en el futuro la conducta discriminatoria o la de ejecutar la que aún no se ha producido pero cuya ejecución puede suceder en un futuro muy próximo. La LITND se refiere «a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores» a cuyo fin plantea la adopción de medidas cautelares. Por consiguiente, aun siendo el objeto de la acción de cesación un pronunciamiento sobre el fondo que obligue al demandado a dejar de realizar un determinado comportamiento, nada impide que se insten medidas provisionales -cautelares- con el mismo fin. Es decir, cesar o prohibir una práctica o conducta para evitar que se produzcan nuevos daños o que se agraven los ya producidos mientras se halle pendiente la resolución³².

Además, dada la naturaleza de la pretensión principal para la que se solicitan las medidas cautelares, resulta de interés tener en cuenta el artículo 732.2 de la LEC, norma que permite proponer al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado de ello al demandado, se realicen las averiguaciones que resulten necesarias para resolver sobre la petición cautelar y que el solicitante no pueda aportar por sí mismo.

2ª Reparación para compensar los efectos de la discriminación

También puede pretenderse la reparación de los daños causados por una práctica que vulnere el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación. Aunque sobre este punto en particular nos vamos a extender porque nos desvía de nuestro objetivo principal, sí queremos al menos significar que el contenido de las medidas resarcitorias incorpora un amplio abanico de prestaciones. Entre ellas, la indemnización por daños y perjuicios, la reparación o el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho. En esta línea, es posible solicitar al tribunal que ordene medidas específicas para compensar los efectos de la discriminación tales como una compensación por pérdida de oportunidades o daño moral, el acceso a servicios o beneficios negados injustamente, o cualquier otra acción que restaure la igualdad de trato³³.

³² Conforme al apartado segundo del artículo 726 de la LEC: «con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte». Como medida cautelar específica resulta de aplicación el párrafo 7º del artículo 727: «la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo».

³³ Así, por ejemplo, se pronuncia la STS de 13 de febrero de 2023, rec. n.º 9494/2021 (ECLI:ES:TS:2023:350) en relación con la vulneración del derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 de la Constitución: «... la imposición del nudismo implica una lesión de los precitados derechos fundamentales, lo que determina que el recurso deba ser estimado, pues no cabe arbitrariamente, por actos de fuerza, mediante la contratación de servicios privados de seguridad, impedir a los demandantes el disfrute de los derechos que les corresponden en el régimen de propiedad horizontal sobre elementos comunes si no practican el nudismo, lo que es una opción personal perfectamente respetable y legítima, pero cuya práctica no cabe exigir sin base para ello. Y en cuanto a la acción de indemnización de daños y perjuicios sufridos, constatada la vulneración de tales derechos fundamentales, mediante actos de imposición, fundados en unos estatutos no aprobados, determina un evidente daño moral, considerándose que la cantidad postulada por tal concepto entra en el marco de un prudente resarcimiento». También resulta interesante la STJUE (Gran Sala) de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18 (ECLI:EU:C:2020:289): «Conciene al Derecho nacional establecer, con arreglo a los principios de equivalencia y de efectividad, los criterios para determinar si una asociación tiene un interés legítimo. Una asociación que tenga

2.4. Cauce procesal apropiado

La Exposición de Motivos de la LEC menciona dos ámbitos perfectamente delimitados en los que puede producirse un eventual acto de discriminación. Por un lado, se encuentran los derechos fundamentales cuya violación se produce fuera del proceso, lo que la Ley denomina «ámbito vital extrajudicial». Por otro lado, están aquellos derechos que, debido a su naturaleza y significado, sólo pueden ser infringidos en el seno de un proceso judicial. En relación con los derechos que se violan fuera del proceso, la Exposición de Motivos señala que pueden y deben ser llevados a un proceso y que dicho proceso debe tramitarse con preferencia para su rápida protección³⁴. De acuerdo con lo anterior, la LEC dispone que a través del proceso declarativo ordinario previsto en el artículo 249.1.2 ° se tramitarán las demandas que tengan por objeto la tutela de los derechos fundamentales. De esta norma nos interesa destacar los siguientes aspectos.

a) El primero, es que la norma alude expresamente a los derechos relativos al honor, la intimidad y la propia imagen, pero se hace extensiva también a «cualquier otro». En este grupo genérico se incluye el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación enmarcado en el artículo 14 de la Constitución. Como ya se ha indicado con anterioridad, esta norma establece una suerte de cláusula abierta al prohibir la discriminación no sólo por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión sino que comprende también «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Pues bien, al no exigir el constituyente una mención expresa de la circunstancia discriminatoria, se facilita en gran medida la protección de nuevas formas de discriminación como la edad, la condición de salud, el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, la identidad sexual, la expresión de género, la lengua o la situación socioeconómica. Estas causas conforman el ámbito subjetivo de aplicación de la nueva LITND como señala su artículo 2.1, norma que deja abierta la puerta a la aparición en el futuro de otras formas de trato discriminatorio al contener la misma cláusula general del artículo 14 de la Constitución.

b) El segundo aspecto que nos parece importante destacar es que la protección que la LEC brinda al derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación es de carácter ordinario y siempre previa al amparo constitucional, como señala expresamente el artículo 53.2 de la Constitución³⁵. Sin embargo, esto no ha impedido introducir en el propio artículo 249.1.2 ° de la LEC especialidades procesales tales como su tramitación preferente -de acuerdo con la exigencia del citado precepto constitucional- y la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en su posición de garante de la

un interés legítimo en entablar acciones podrá solicitar que una conducta discriminatoria se sancione de manera efectiva, proporcionada y disuasoria, incluso mediante la concesión de una indemnización, de conformidad con las condiciones establecidas en el Derecho nacional».

³⁴ «La eventual violación producida fuera del proceso se tutela a través del cauce procesal del art. 53.2 CE, hoy desarrollada a través del procedimiento declarativo ordinario al que remite el art. 249.1.2 LEC. En tanto, si se produjo en el seno del proceso, se articulará a través de los recursos, ordinarios o extraordinarios, y agotada la vía jurisdiccional ordinaria, recurriendo en amparo ante el Tribunal Constitucional», ARMENTA DEU, «Por el derecho a la igualdad de género: tutela procesal civil», *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 40, 2014, p. 22.

³⁵ Dispone el artículo 53.2 que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos fundamentales «ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». La preferencia implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos. Por sumariedad, cabe entender la exigencia constitucional de que los procesos de protección jurisdiccional sean sustancialmente rápidos o acelerados (STC 81/1992, de 28 de mayo).

legalidad. También la competencia territorial viene determinada por un fuero especial, el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate (art. 52.1 6º LEC)³⁶.

De esta forma nos hallamos ante lo que se ha venido a denominar «procesos ordinarios con especialidades», en contraste con los procesos propiamente especiales que integran el Libro IV de la LEC y que están destinados al enjuiciamiento de determinadas pretensiones³⁷.

c) Pues bien, tanto la LITND como la Ley 4/2023 aumentan las especialidades en la tramitación de la materia jurídica objeto de su tutela. Así, se modifican algunos preceptos de la LEC o directamente se introducen novedades procesales destinadas a la defensa y promoción de la igualdad de trato y no discriminación. En concreto, nos referimos a los artículos 11 bis, 11 ter, 15 ter, 15 quater y 217.5 de la LEC que regulan aspectos tales como la legitimación, la llamada al proceso o la carga de la prueba.

Sobre esta temática trataremos en los epígrafes siguientes con el ánimo de contribuir a la reflexión sobre su ajuste en nuestro sistema procesal. No obstante, antes de abordar estas cuestiones procesales, nos parece importante concluir este apartado valorando la tramitación de las demandas de tutela antidiscriminatoria a través del juicio ordinario.

Es evidente que nos hallamos ante una opción de política legislativa que busca reducir al máximo los procesos civiles especiales, «sin prescindir de particularidades justificadas, tanto por lo que respecta a presupuestos especiales de admisibilidad o procedibilidad como en lo relativo a ciertos aspectos del procedimiento mismo» (Exposición de Motivos, de la LEC apdo. XII). En este sentido, la normativa en materia de igualdad de trato y no discriminación ha encontrado acomodo en el marco general del declarativo ordinario. Dicho de otro modo, no se ha considerado necesario establecer un proceso especial y exclusivo para los casos de discriminación en el ámbito civil. Sin embargo, hay que hacer notar que la tutela judicial de los derechos fundamentales se encauza por los trámites de un proceso especial tanto en el orden contencioso administrativo como en el orden social³⁸. En consecuencia, con su opción para el orden jurisdiccional civil, el legislador ha renunciado a una regulación homogénea de la tutela antidiscriminatoria en el conjunto del ordenamiento jurídico procesal.

³⁶ Sobre las especialidades procesales véase GÓMEZ COLOMER, *Proceso Civil. Derecho Procesal II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 646.

³⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 37. De otra parte, la opción del juicio ordinario, en opinión de JIMÉNEZ CONDE, obedece a que es el proceso que ofrece mayores garantías, aunque no se caracteriza precisamente por la rapidez en sus trámites, *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*, Murcia, 2002, p. 19.

³⁸ En el primer caso, a través del procedimiento especial previsto en los artículos 114 a 122 quater de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que derogó el procedimiento que a tal fin que venía regulado en la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Por lo que se refiere al orden social, fue el Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 el que introdujo por primera vez una modalidad procesal específica para la tutela de derechos fundamentales de los trabajadores -antes se regía por el juicio laboral ordinario- que se mantiene como proceso especial en la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (arts. 177 a 184).

3. Legitimación y llamamiento al proceso de las personas afectadas por la discriminación

El artículo 11 bis de la LEC regula legitimación procesal para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, mientras el artículo 11 ter hace lo propio referido al colectivo de personas LGTBI³⁹. Ambas normas diferencian entre los supuestos en los que los afectados por el acto discriminatorio estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables (intereses colectivos) y aquellos otros en los que los perjudicados son indeterminados o de difícil determinación (intereses difusos)⁴⁰. Esa distinción compromete decididamente no sólo el modo de identificar a los afectados, sino que alcanza también a la transmisión de información y a su intervención en el proceso (art. 15 ter y quater LEC).

Se trata de cuestiones procesales esenciales porque están en clara relación con el derecho de acceso a la justicia (art. 24 CE y 7.3 LOPJ).

3.1. La defensa de intereses colectivos y difusos

Con carácter general, cualquier persona víctima de trato discriminatorio puede entablar la acción civil en defensa de sus derechos y legítimos intereses en el marco del juicio ordinario, ejercitando la reclamación que considere oportuna y procurando la obtención de una sentencia que le sea favorable. Sin embargo, esta actuación -que se presupone individual y concreta de una persona determinada- no excluye que la protección del derecho a la igualdad de trato pueda ser encomendada a persona distinta de quien afirma ostentar un derecho subjetivo.

Al permitir la representación legal y el interés legítimo se facilita el acceso a la justicia para aquellos que, de manera individual, puedan tener dificultades para iniciar o sostener un proceso judicial. Además, este enfoque contribuye a promover la economía procesal y la homogeneidad de soluciones que trascienden de la esfera individual.

A) Con relación a la defensa de igualdad de trato y no discriminación la LEC confiere legitimación a los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la LITND (arts. 11.1 bis LEC en relación con el 29.1 de la LITND). Es importante destacar que la legitimación que se otorga está relacionada específicamente con sus afiliados o asociados. En consecuencia, estas entidades están facultadas para actuar en nombre y representación de sus miembros en las cuestiones litigiosas relacionadas con la prohibición de discriminación. Por el contrario, cuando se trata de la defensa de los derechos de las personas LGTBI las entidades mencionadas anteriormente representan a la

³⁹ Los artículos 11 bis y 11 ter de la LEC recogen respectivamente lo dispuesto en los artículos 29 de la LITND y 65 de la Ley 4/2023.

⁴⁰ Como observa CORDÓN MORENO, esta diferenciación sigue el esquema del artículo 11 de la LEC que establece la legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. «Las normas procesales contenidas en la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación», Gómez Acebo & Pombo, 29 de septiembre 2022, <https://www.ga-p.com/publicaciones/>

totalidad de los afectados, incluso a los no afiliados o asociados a ellas, como se desprende de la lectura literal del artículo 11 ter 1 de la LEC.

Partiendo de las anteriores consideraciones, los requisitos exigidos por la ley para reconocer legitimación a estas entidades están vinculados a tres aspectos concretos: autorización expresa, tiempo de constitución y ámbito territorial de actuación.

Con respecto al primero de los requisitos la LEC no precisa que se requiera autorización «expresa» para actuar en representación de las personas afectadas a diferencia de lo establecido en el artículo 11. 1 ter -con relación a la defensa de la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI- y en el artículo 29.1 de la LIDTN. En ambos preceptos se menciona la autorización expresa de la parte. De la lectura del artículo 11. 1 bis de la LEC podría pensarse que la autorización de las personas afectadas puede considerarse concedida si se les ha comunicado la voluntad de la entidad de iniciar el pleito y no hay declaración expresa en contrario. Aún así, pensamos que no basta con acreditar la condición de afiliado o asociado y siempre será exigible algún tipo de acreditación o reconocimiento formal para actuar en representación de éstos.

El artículo 29.1 de la LIDTN establece otros dos requisitos para tener en cuenta. El primero de ellos va referido al tiempo de constitución de la entidad exigiendo que deben haberse constituido legalmente al menos dos años antes de la iniciación del proceso judicial y que vengán ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos. Sin embargo, se establece una excepción para aquellas entidades que ejerciten las acciones administrativas o judiciales en defensa de los miembros que la integran. Finalmente, el segundo de los requisitos tiene que ver con el ámbito territorial de actuación de la entidad señalando al respecto el «ámbito estatal o, en su caso, en un ámbito territorial que resulte afectado por la posible situación de discriminación».

B) Cuando se trate de la defensa de intereses difusos los partidos políticos, sindicatos y asociaciones nombradas anteriormente también podrán entablar acciones judiciales. No obstante, se contienen reglas específicas:

1º En el caso de las organizaciones de personas consumidoras y usuarias la legitimación activa se reduce a aquéllas que sean de ámbito estatal (art. 11 bis 2 LEC).

2º En el caso de sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos la legitimación activa se reconoce a los tengan la condición de más representativos (art. 11 bis 2 LEC)⁴¹.

3º En el caso de la defensa de los intereses difusos de las personas LGTBI la legitimación corresponde exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, sindicatos, partidos políticos, organizaciones empresariales, asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y organizaciones de personas consumidoras y usuarias que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas LGTBI o de sus familias (art. 11 ter 2 LEC).

C) Mención especial merece la legitimación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación prevista en el Título III de la LITND. Se trata de un organismo

⁴¹ Artículos 6 y 7 de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical y artículo 21 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

independiente, unipersonal y basado fundamentalmente en la auctoritas de su titular, con la función de ofrecer protección frente a la discriminación y promover el cumplimiento del derecho antidiscriminatorio. Los artículos 40 a 45 abordan diversos aspectos como la naturaleza, régimen jurídico, organización y funcionamiento que quedan al margen de la regulación procesal.

Por su parte, la LEC se centra en atribuir a la Autoridad Independiente legitimación extraordinaria por sustitución. Este mecanismo legal permite actuar en nombre e interés propio, pero por un derecho ajeno⁴². Por tanto, la Autoridad Independiente será parte en el proceso por discriminación a cuyo efecto deberá recabar la correspondiente autorización de las personas afectadas cuando se trate de la defensa de intereses colectivos (art. 11 bis LEC).

De igual modo, aunque el artículo 11 ter de la LEC no mencione específicamente la legitimación de la Autoridad Independiente para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, el artículo 62.4 de la Ley 4/2023 establece que la Autoridad Independiente podrá intervenir en todo caso con las competencias y funciones establecidas en la LITND.

D) La regulación de la legitimación se cierra en la LEC con el apartado relativo a la legitimación activa en caso de acoso discriminatorio por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales (art. 11 ter 3). Se trata de un supuesto específico que excepciona las reglas anteriores al reconocer como única legitimada a la persona acosada. De la literalidad del precepto se desprende que no pueden intervenir otros sujetos distintos de la propia víctima y que solo la persona que ha sufrido directamente la lesión será parte en el proceso. En ese orden, el uso del término «persona acosada» implica una mayor concreción y precisión que el de «personas afectadas» que utiliza el artículo 11 ter en sus apartados precedentes, resultando el predominio del interés individual sobre el colectivo⁴³. En todo caso, se trata de una fórmula que conecta con otras disposiciones similares en esta materia lo que proporciona coherencia y uniformidad en el tratamiento legal del acoso⁴⁴.

3.2. Publicidad e intervención en el proceso

De conformidad con el artículo 222.3 de la LEC los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso de tutela antidiscriminatoria se extienden a quienes han sido parte en el mismo, pero también pueden alcanzar a sujetos no litigantes en la posición activa, es decir, aquellos que sin participar directamente en el proceso tienen derechos que están fundamentando la legitimación de las partes.

En coherencia con lo anterior, los artículos 15 ter y 15 quater de la LEC establecen el régimen de publicidad e intervención en procesos para la defensa del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación, pues no de otra manera puede pretenderse un posicionamiento de la persona

⁴² MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 97.

⁴³ No obstante, señala LOUSADA AROCHENA que la norma «no impide la legitimación como parte principal de otros sujetos distintos a la propia víctima en los supuestos de vulneración simultánea de los aspectos individual y colectivo del derecho, y en los supuestos de prevalencia del interés colectivo sobre el derecho individual», *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, Laborum, Murcia, 2015, p. 362.

⁴⁴ Disposiciones similares pueden encontrarse en el artículo 12.3 de la Ley de igualdad LO 3/2007 y en el artículo 177.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

afectada respecto de una decisión que le vincula automáticamente. Ahora bien, la falta de sistemática interna de ambos preceptos genera no pocos problemas interpretativos.

En efecto, de acuerdo con las normas de referencia «se llamará al proceso a quienes tengan la condición de personas afectadas por haber sufrido la situación de discriminación que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual». El llamamiento se hará -con carácter imperativo- por el Letrado de la Administración de Justicia aunque el artículo 15 ter 1 omite cualquier referencia a este extremo, consecuencia quizá de una cierta improvisación. No existiendo tampoco previsión expresa respecto del régimen de publicidad en ninguno de los dos preceptos (pese a la rúbrica de ambas normas), la única manera que señala la LEC es la dispuesta en su artículo 15.1. Esta norma se refiere a la publicación de la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión del interés protegido.

Por otra parte, siguiendo el mismo enfoque establecido para regular la legitimación (art. 11 ter), el artículo 15 quater -obsérvese que en el artículo 15 ter no se hace mención expresa a este aspecto- establece un régimen de intervención en el proceso que varía dependiendo de si se trata de intereses colectivos y difusos⁴⁵. De esta forma, cuando se trate de un proceso en el que estén determinadas o sean fácilmente determinables las personas afectadas por la situación de discriminación, «el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, la persona afectada podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero solo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido» (art 15 quater 3). Por el contrario, cuando se trate de un proceso en el que la situación de discriminación perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, «el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que el Letrado de la Administración de Justicia determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de las personas afectadas. El proceso se reanudará con la intervención de todas aquellas que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de personas afectadas en un momento posterior, sin perjuicio de que éstas puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519» (art. 15 quater 4).

Es evidente, por lo tanto, que el legislador continúa sin afrontar la reforma de los intereses supraindividuales o colectivos. Como resultado, la protección de los derechos de igualdad de trato y no discriminación, sujeta a las mismas reglas de publicidad e intervención en el proceso que se establecen en la LEC para consumidores y usuarios, presentará en la práctica las mismas deficiencias que ya se evidenciaban con respecto al artículo 15⁴⁶.

⁴⁵ Sobre la intervención provocada por intereses colectivos y difusos, MARTÍNEZ GARCÍA, *Proceso Civil. Derecho Procesal II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p.124

⁴⁶ GARNICA MARTÍN/ FERRERES COMELLA/ DÍEZ PICAZO/AGUILERA MORALES, «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», *Diario La Ley*, núm. 9938, 2021, <https://diariolaley.laleynext.es>

Finalmente, el tribunal encargado de conocer los procesos antidiscriminatorios deberá comunicar su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación (art 15 ter 2 y 15 quater 2 en relación con el artículo 249.1.2 ° de la LEC)⁴⁷.

4. Reglas especiales sobre la carga de la prueba de la discriminación

4.1. Regulación legal

Finalizada la actividad probatoria en un proceso judicial, corresponde al juez o tribunal valorar los resultados de dicha prueba. Sin embargo, es posible aún que existan hechos controvertidos que no han sido probados de manera concluyente. En esta situación entran en juego las reglas sobre la carga de la prueba previstas en el artículo 217 de la LEC. Conforme a esta norma, corresponde al demandante probar los hechos constitutivos de su pretensión mientras que al demandado le corresponde los hechos que impidan, extingan o excluyan la pretensión del actor (art. 217.2 y 3). Hasta aquí la regla general sobre la carga de la prueba que constituye una regla de juicio y que sirve, además, para orientar al juzgador cuando los hechos permanecen inciertos. No obstante, debemos todavía añadir que el apartado séptimo del citado artículo 217 obliga a interpretar esta regla general teniendo en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria de cada una de las partes en litigio. Y es importante subrayar este aspecto porque como, veremos seguidamente, tiene un reflejo inmediato en la prueba de la discriminación.

En efecto, la discriminación -ya sea directa o indirecta- es un fenómeno complejo que, por lo general, no se manifiesta de una forma abierta, clara o evidente. Por esa razón, en aquellos supuestos en los que puede constatarse un desequilibrio en cuanto facilidad probatoria, disponibilidad de los medios y proximidad a las fuentes de prueba, se busca una distribución razonable de la carga de la prueba. Consecuentemente, junto a la regla general (art. 217.2, 3 y 6) coexiste una regla especial justificada en la necesidad de evitar las dificultades probatorias que pudiera originar una estricta aplicación de los criterios generales de distribución probatoria.

De acuerdo con ello dispone el artículo 217.5 de la LEC en su redacción vigente:

En aquellos procesos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, la orientación e identidad sexual, expresión de género o las características sexuales, y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

En su redacción inicial, el artículo 217.5 reproducía, con ligeras variaciones, lo dispuesto en el artículo 13 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres al

⁴⁷ El artículo 124 de la Constitución otorga al Ministerio Fiscal “la misión de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar antes éstos la satisfacción del interés social”. Asimismo, el artículo 3.6 de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, establece que el Fiscal tomará parte «en defensa de la legalidad y del interés público o social en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley».

señalar que: «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». Por tanto, la modificación del artículo 217, con la inclusión del apartado quinto referido solo a las «actuaciones discriminatorias por razón de sexo» fue llevada a cabo por la mencionada LO 3/2007. Esta reforma resulta ahora especialmente relevante a la luz de la evolución que ha experimentado la norma procesal.

En efecto, su redacción vigente -antes transcrita- proviene de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Disposición Final 5ª). Pero hay que mencionar que poco antes de la promulgación de esta norma, la LITND en su intención de convertirse en una Ley general en materia de derecho antidiscriminatorio, ya había modificado el texto primigenio del artículo 217.5. De acuerdo con su Disposición Final 2ª aparecía con el siguiente tenor: «En aquellos procesos en los que la parte actora alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad»⁴⁸. Obsérvese que se trata de un trasunto casi literal del artículo 30.1 de propia la LITND según el cual:

De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Así pues, dos reformas legales en un corto espacio de tiempo y en asuntos no precisamente menores sino en normas esenciales.

Como consecuencia de este devenir legislativo se ha pasado de una norma procesal reguladora de una regla especial sobre carga de la prueba que abarcaba todas las causas de discriminación (art. 217.5 de acuerdo con la redacción dada por la LITND), a la norma actual que limita la regla especial a la discriminación por razón del sexo, la orientación e identidad sexual, expresión de género o las características sexuales (art. 217. 5 de acuerdo con la redacción dada por la Ley 4/2023), sin que resulte explicada la causa de tan distinto tratamiento⁴⁹. En estas circunstancias, la alegación en un proceso civil de una causa de discriminación no contemplada en la ley general obliga a recurrir al citado artículo 30.1 de la LITND, como ley especial, para que resulte aplicable la misma distribución probatoria cualquiera que sea la causa de discriminación esgrimida por el actor. La referida solución parece, además, la más razonable atendiendo a la intención de la LITND de reforzar las garantías contempladas para la mejor defensa de los derechos fundamentales.

⁴⁸ Sobre el marco normativo previo a la Ley 15/2022, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, «La carga de la prueba en la Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación: algunas consideraciones críticas desde la óptica del proceso civil», *Diario la Ley*, núm. 10131, septiembre 2022, <https://diariolaley.laleynext.es>

⁴⁹ Téngase presente además que la Disposición adicional cuarta de la Ley 4/2023 declara de aplicación supletoria la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

En otro orden, la vigente redacción del artículo 217.5 tampoco es coincidente con el artículo 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, otra norma procesal que regula la carga de la prueba en casos de discriminación en el ámbito laboral y que ha supuesto un importante referente en esta cuestión⁵⁰. Llama especialmente la atención que esta disposición legal -referida inicialmente sólo a la discriminación por razón de sexo-, haya conservado su contenido en lo esencial sin perjuicio de haber incorporado después diversas causas de discriminación como reflejo de una consolidada doctrina constitucional en materia probatoria. Es decir, en el enjuiciamiento laboral se ha seguido el camino inverso al de la LEC. Señala el artículo 96.1: «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, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Finalmente, y en relación con todo lo anterior, la regla especial en materia de carga de la prueba aparece exigida en las Directivas antidiscriminatorias sobre igualdad por razón de sexo (Directiva 2006/54/CE, artículo 19), origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE, artículo 8) y religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (Directiva 2000/78/CE, artículo 10).

4.2. Distribución probatoria

En contraste con lo expuesto en el apartado anterior, se constata que las sucesivas modificaciones operadas en la LEC por las leyes de igualdad de 15/2022 y 4/2023 no han provocado variación en la regla especial para la prueba de la discriminación. De esta forma -y siempre de acuerdo con el artículo 217.5- el actor deberá aportar indicios fundados de que existió un trato desigual o discriminatorio mientras que la parte demandada deberá probar que la medida adoptada tiene una justificación objetiva y razonable y que es proporcional con el acto que la motivó⁵¹. Así pues, ambas partes asumen «cargas probatorias».

Es importante subrayar esta idea porque supone la superación de un encendido debate doctrinal en torno a la carga de la prueba del demandante surgido a raíz de la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵². Según el artículo 13 de esta norma, «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», una redacción poco afortunada dado que los indicios no surgen de las alegaciones per se, sino que se requiere acreditarlos.

Esta precisión se encuentra ahora expresamente reconocida en el apartado quinto del artículo 217, tras la reforma operada por la LITND.

⁵⁰ Sobre la influencia de la tutela antidiscriminatoria propia de los procesos laborales en el enjuiciamiento civil, ARMENTA DEU, *Revista del Instituto colombiano de Derecho Procesal*, núm 40, 2014, p. 33.

⁵¹ La misma distribución probatoria se contiene en el artículo 30.1 de la Ley 15/2022 y en el 60.1 de la Ley 4/2023.

⁵² ARMENTA DEU, *Revista del Instituto colombiano de Derecho Procesal*, núm 40, 2014, p. 38; ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, p. 104 y más recientemente BONACHERA VILLEGAS, «A vueltas con la igualdad: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 60, 2023, p. 26.

a) De acuerdo con la distribución probatoria del citado precepto, no le basta al demandante con la mera alegación formal de hechos, sino que debe aportar indicios fundados para que se produzca el desplazamiento del onus probandi al demandado. Lo resume claramente la STS de 21 de septiembre de 2020 al explicar que «para que se produzca el desplazamiento de la carga de la prueba no basta simplemente con que el demandante tache la medida de lesiva a sus derechos fundamentales, sino que, además, ha de acreditar la existencia de indicios que generan una sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato. Solo cuando esto último sucede, la parte demandada asume la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para considera que su actuación no ha sido lesiva de derechos fundamentales del demandante»⁵³.

Por tanto, el actor no queda relevado de la carga de probar o, en otras palabras, no le basta simplemente con calificar como discriminatoria la decisión o actuación de la parte demandada, sino que deberá desplegar una primera e ineludible tarea probatoria y no meramente alegatoria.

b) De igual forma, una consolidada doctrina constitucional sostiene que el indicio debe permitir deducir la posibilidad de que haya podido producirse la vulneración constitucional. Así, señala la STC 49/2003, de 17 de marzo que «tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración de un derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta 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»⁵⁴.

Es decir, el indicio alegado debe, al menos, sugerir la posibilidad de un hecho o circunstancia. En tal sentido se atribuye al indicio un valor superior a la mera sospecha, pero inferior a la prueba⁵⁵. No hay que olvidar, además, que son las dificultades de probar la discriminación las que fundamentan esta regla especial en materia de carga de la prueba. Por esa razón, y a los fines de potenciar el alivio probatorio de la parte demandante, se ha considerado que es más favorable que el actor presente una evidencia inicial, un principio de prueba o prueba prima facie en lugar de tener que aportar necesariamente una base indiciaria. Con ello se trataría de influir en el ánimo del juzgador la sospecha fundada de un trato discriminatorio sin obligar a la parte a acreditar el hecho base como sí exige el indicio⁵⁶.

La LEC no es ajena a la técnica del principio de prueba, aunque se observa una tendencia generalizada a exigirlo en otros contextos, normalmente para dar verosimilitud y apariencia de

⁵³ STS 478/2020, Civil, de 21 de septiembre (ECLI:ES:2020:2959).

⁵⁴ SSTC 87/1998, de 21 de abril; 140/1999, de 22 de julio; 207/2001, de 22 de octubre; 29/2002, de 11 de febrero; 17/2003, de 30 de enero.

⁵⁵ CASTILLEJO MANZANARES, «La carga de la prueba en los procesos civiles por discriminación», en TORRES GARCÍA, (dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 962

⁵⁶ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, *Diario la Ley*, núm. 10131, septiembre 2022, <https://diariolaley.laleynext.es>

credibilidad a la pretensión que se ejercita⁵⁷. Por el contrario la figura del indicio aparece vinculada a la facilidad probatoria. Por parte de la jurisprudencia constitucional -en mayor medida la recaída en materia laboral- la alusión al principio de prueba suele aparecer como complemento del indicio. Como cuestión de interés citamos la STC 90/1997, de 6 de mayo (reiterada después en la STC 66/2002, de 21 de marzo): «la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél»⁵⁸.

c) Con la acreditación de indicios a partir de los cuales surja razonablemente un panorama indicativo de posible discriminación en una determinada actuación o comportamiento, la parte demandada tiene la carga de llevar a la convicción del juzgador que su actuación obedece a causas ajenas a cualquier conducta discriminatoria o vulneradora de derecho fundamental y que, por sí misma, tiene la entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. Se trata, pues, de situar a la contraparte ante la prueba de que su actuación resulta ajena a cualquier propósito generador de discriminación⁵⁹. Ello implica una inversión de la carga de la prueba, un concepto legal muy extendido que se utiliza cuando el onus probandi se desplaza a la parte demandada. No obstante, más que inversión de la carga de la prueba lo que propiamente establece el artículo 217.5 de la LEC es un aligeramiento de la carga que, de ordinario, debería asumir el demandante.

En esa línea, la doctrina procesalista precisa que la inversión de la carga de la prueba se refiere al cambio que se introduce en el supuesto de hecho de una norma, cambio que determina una concreción o especificación de la carga de la prueba contraria o inversa a la que correspondería de no haberse producido el cambio⁶⁰.

Pues bien, tratándose de alegaciones de las que se desprende una causa de discriminación tanto el artículo 30.1 de la LITND como el artículo 66.1 de la Ley 4/2023 concuerdan con la regla especial del artículo 217.5 de la LEC justificada por la posición de desventaja o dificultad de obtener pruebas de la discriminación, desplazando al demandado la prueba de que su actuación no está relacionada con ningún móvil discriminatorio. Combatir, en definitiva, los indicios que previamente han sido alegados por el actor.

4.3. Informe o dictamen de los organismos públicos competentes

La prueba de la discriminación se completa en el artículo 217.5 de la LEC con la facultad del tribunal de solicitar informes o dictámenes a organismos públicos competentes⁶¹. Estos

⁵⁷ Pueden consultarse en el sentido indicado el artículo 266. 2º sobre documentos que habrán de acompañar a la demanda en casos especiales aludiendo expresamente a aquellos que «constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto»; el artículo 595.3: «Con la demanda de tercería de dominio deberá aportarse un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista» y también el artículo 767. 1: «En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde».

⁵⁸ Extensamente sobre los elementos que pueden resultar relevantes en la acreditación de una discriminación en materia laboral véase LOUSADA AROCHENA *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, p. 196.

⁵⁹ Véase la STJUE de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12 Asociația Accept y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării (ECLI:EU:C:2013:275).

⁶⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal civil. Parte general*, p. 233.

⁶¹ Sobre la iniciativa de la actividad probatoria en el proceso civil consúltese el artículo 282 de la LEC: «Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen

organismos suelen ser entidades gubernamentales con experiencia en la promoción y protección de derechos fundamentales o expertos técnicos en áreas de conocimiento específicas⁶².

La intervención de «personas expertas en la cuestión objeto del pleito» está prevista en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social -artículo 95.1- en el momento del acto del juicio o, terminado éste, como diligencia final. Con carácter particular el apartado tercero de este precepto se refiere a los procesos en los que se suscite una cuestión de discriminación, supuestos en los que está previsto recabar dictamen de organismos públicos competentes⁶³. Por su parte, la LEC no contiene disposiciones concretas que regulen el informe de expertos o de asesores más allá de lo dispuesto en la regulación de la prueba pericial (art. 335).

Como norma general, la finalidad de estos dictámenes es obtener una información adicional o proporcionar un asesoramiento razonado al juez de cara a dotar de contenido la resolución del litigio. Por esa razón son considerados como medio de aportar al juicio máximas de experiencia, de ahí su vinculación a la prueba de peritos⁶⁴. En casos de discriminación, esas máximas de experiencia servirán para aumentar la capacidad de juicio del tribunal ayudándole a comprender y evaluar la existencia o manifestación de la discriminación a través de estadísticas, estudios o análisis de los organismos competentes.

Así pues, con el informe o dictamen no se trata de probar la existencia del hecho en sí, sino de calificar el hecho desde la perspectiva de la discriminación⁶⁵. Por tanto, el tribunal tiene la potestad de solicitar estos informes o dictámenes cuando lo estime necesario, sin necesidad de que lo hayan solicitado expresamente las partes.

Sin perjuicio de lo anterior, a instancia de cualquiera de las partes, también es posible solicitar al tribunal la obtención de los informes o dictámenes mencionados emitidos por los organismos públicos competentes, justificando su pertinencia y utilidad a los fines del proceso y de las alegaciones formuladas por las partes (art. 283 LEC). En tal caso, incumbe al tribunal decidir si admite la petición y requiere el informe o dictamen correspondiente.

No obstante, en este punto conviene recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa sostiene que los órganos judiciales no pueden denegar una prueba oportunamente propuesta y vinculada al relato de los hechos y, posteriormente, fundar su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. Tampoco faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que

determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley».

⁶² Un ejemplo de estos organismos en LOUSADA AROCHENA, «El dictamen de los organismos públicos competentes en los procesos laborales sobre discriminación de sexo», *La Ley. Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2006, p. 1457.

⁶³ Artículo 95.3: «Cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso, el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes».

⁶⁴ Sobre el carácter complementario de la prueba pericial con respecto a otros medios de prueba CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte general*, p. 274; GÓMEZ COLOMER, *Procesal Civil. Derecho Procesal II*, p. 258.

⁶⁵ MONTERO AROCA, *Introducción al proceso laboral*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 216.

sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas y, finalmente, también supone vulneración del derecho fundamental a la prueba que ésta sea admitida y después no hubiera podido celebrarse por causas imputables al propio órgano judicial (por todas, SSTC 133/2003, de 30 de junio, 86/2008, de 21 de julio; 174/2008, de 22 de diciembre; 80/2011, de 6 de junio; 142/2012, de 2 de julio).

5. Conclusiones

La promoción de la igualdad de trato y la lucha contra la no discriminación ha acaparado gran parte del interés legislativo en los últimos tiempos. Esto se ha reflejado en la aprobación consecutiva de dos leyes de igualdad -la Ley 15/2022 y la Ley 4/2023- que abordan esta problemática desde diferentes ámbitos como la vivienda, el empleo, los servicios o la educación. Estas disposiciones legales se insertan dentro de las políticas de la Unión Europea cuyo objetivo es armonizar medidas y normativas en los Estados miembros para erradicar la discriminación y asegurar la igualdad de trato.

En nuestro país las leyes de igualdad han introducido cambios muy significativos en la LEC, particularmente en lo que respecta a la legitimación activa, carga de la prueba y el llamamiento al proceso de las personas afectadas por la conducta generadora de un trato desigual. Sin embargo, a pesar de estos cambios, el marco normativo procesal no logra consolidar un régimen jurídico sólido y eficiente.

Existen dificultades interpretativas derivadas de la falta de una sistemática interna clara en la nueva normativa de igualdad. Además, la necesidad de reforzar la protección de los intereses generales y colectivos y promover la economía procesal, sugiere la necesidad de reformar la tutela colectiva en nuestra ley procesal.

En ese sentido, es importante considerar que una vez aceptado legalmente que se puede desplazar a ciertas asociaciones y entidades especializadas en la lucha contra discriminación la legitimación para ejercitar en juicio las acciones correspondientes, su regulación legal resulta excesivamente prolija y no acaba de resolver la obtención de la autorización de los interesados.

Asimismo, debería reconsiderarse el sistema de publicidad -como instrumento indispensable para la tutela de intereses difusos- con el propósito de asegurar que las personas afectadas puedan ejercitar de forma efectiva su derecho.

En todo caso, cualquier iniciativa legislativa relacionada con estas cuestiones debería ser abordada con reflexión y prudencia considerando sus consecuencias e implicaciones.

6. Bibliografía

ARAMENDI SÁNCHEZ, Pablo, «La tutela judicial de personas con discapacidad. Un análisis de la aplicación a este colectivo de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, una vez transpuesta al derecho español la Directiva 2000/78», *IUSLabor*, núm. 1, 2006.

ARMENTA DEU, Teresa, «Por el derecho a la igualdad de género: tutela procesal civil», *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 40, 2014, pp. 17-33.

BALLESTER PASTOR, Amparo, «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011, pp. 207-259.

BONACHERA VILLEGAS, Raquel, «A vueltas con la igualdad: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 60, 2023.

BOU FRANCH, Valentín, «La protección de los derechos fundamentales por el TJUE» en ESPLUGUES MOTA, C./PALAO MORENO, G./PENADÉS FONS, M. (coords.), *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 867-888.

CALAZA LÓPEZ, Sonia, «Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGTBI): libertad, igualdad y fraternidad», *Actualidad civil*, núm. 3, 2023.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «La carga de la prueba en los procesos civiles por discriminación», en Torres García, T., (dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 993-1006.

CORDÓN MORENO, Faustino, «Las normas procesales contenidas en la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación», Gómez Acebo & Pombo, 29 de septiembre 2022, <https://www.ga-p.com/publicaciones/>

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

GARNICA MARTÍN, J/ FERRERES COMELL, A./DÍEZ PICAZO, I./AGUILERA MORALES, M., «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», *Diario La Ley*, núm. 9938, 2021, <https://diariolaley.laleynext.es>

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Proceso Civil. Derecho Procesal II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

GONZÁLEZ TREVIANO SÁNCHEZ, Pedro, «Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado», Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Unidad Biblioteca de Derecho Comparado. PE 659.297- octubre, 2020.

JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*, Murcia, 2002.

LOPEZ HORMEÑO, María, «Los despidos de los trabajadores en situación de baja médica ¿nulidad o improcedencia?», *Diario la ley*, núm. 10288, de 17 de mayo de 2023, <https://diariolaley.laleynext.es>

LOUSADA AROCHENA, José F., et al. *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, Laborum, Murcia, 2015. «El dictamen de los organismos públicos competentes en los procesos laborales sobre discriminación de sexo», *La Ley. Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2006, pp. 1457-1460.

MARTINEZ GARCÍA, Elena, *Proceso Civil. Derecho Procesal II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al proceso laboral*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

PRECIADO DOMENECH, Carlos, *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, ed. Bomarzo, 2016.

REQUENA CASANOVA, Millán, «La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, 2011, pp. 767-793.

REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, 2020.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, «La carga de la prueba en la Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación: algunas consideraciones críticas desde la óptica del proceso civil», *Diario la Ley*, núm. 10131, septiembre 2022, <https://diariolaley.laleynext.es>

RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel/FERNANDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo /AMÉRIGO, Fernando, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, editorial Edersa, 2006.