

## CAPÍTULO SÉPTIMO

---

# LA MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL (DISPOSICIONES ADICIONALES QUINTA Y SEXTA DE LA LOI)

Dr. Albert ITUREN I OLIVER

*Profesor Titular de Escuela Universitaria  
Área de Derecho Administrativo  
Universidad de Valencia. Estudio General*

### SUMARIO:

I. Legitimación procesal para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre sexos según la LOI. II. La carga de la prueba en los procesos en que concurren actuaciones discriminatorias por razón de sexo. 1. La regla general sobre la carga de la prueba y su desplazamiento en el Derecho Laboral. 2. La carga de la prueba en la reforma operada por la LOI. Exigencia de prueba indiciaria en el orden jurisdiccional civil y contencioso-administrativo. 3. La carga de la prueba en los procedimientos administrativos sancionadores.

---

Dentro de las medidas que buscan garantizar la igualdad de trato entre sexos en el ámbito de la organización y funcionamiento de los organismos públicos se encuentra la creación de comisiones de estudio para la mejora y efectividad de las políticas de igualdad. Se trata, por tanto, de comisiones creadas expresamente con el único objetivo de observar, diagnosticar y analizar los problemas que dificultan dicha igualdad, aportando además las propuestas de mejora que se consideren necesarias al efecto. En el caso concreto del Ministerio Fiscal se crea ahora una «Comisión de Igualdad» que no difiere mucho de la creada dentro del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, o de otras Administraciones Públicas, para estas mismas finalidades.

En particular, la Comisión deberá prestar atención a aspectos comunes a otras profesiones, tales como el acceso a la carrera fiscal, la formación, condiciones de trabajo, etc. No obstante, debe señalarse que el caballo de batalla de todas estas comisiones debe centrarse de manera especial en la designación discrecional de algunos cargos de la carrera fiscal. Es bien conocido que allí donde rigen en puridad los principios de mérito y capacidad, como por ejemplo en el acceso a la carrera fiscal, las mujeres no tienen por lo general problemas relacionados con la discriminación por cuestión de sexo. En los ámbitos donde el acceso se encuentra objetivado, las féminas vienen demostrando su capacidad y valía. Así lo corroboran las estadísticas de acceso, donde éstas son mayoría, no sólo en el ámbito fiscal, sino también en la carrera judicial, abogacía del Estado, notaría, etc. Sin embargo, cuando el cargo depende de una decisión discrecional de un órgano superior parece que empiezan las dificultades y encuentran más obstáculos para auparse a estas plazas de mayor responsabilidad. En mi opinión, la Comisión de Igualdad, al margen de otras cuestiones, debería focalizar su atención en remover los impedimentos que provocan esta situación más acentuada de bloqueo que permite que las mujeres accedan

a estos cargos con la misma facilidad que cuando se trata de pruebas estrictamente objetivas.

## **I. LEGITIMACIÓN PROCESAL PARA LA DEFENSA DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE SEXOS SEGÚN LA LOI**

Para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que traten sobre la defensa del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la LOI (art. 12.2) reconoce capacidad y legitimación procesal a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo determinadas en las leyes sectoriales que regulan tales procesos. Obsérvese de inicio que tal reconocimiento supone tanto una atribución de legitimación para entablar la acción sobre aquél que ostenta un derecho subjetivo por ser directamente perjudicado por el hecho discriminatorio, como también la posibilidad de que ciertas personas jurídicas a las que las normas procesales asignen interés legítimo, puedan interponer por su cuenta dicha acción. En principio, esta previsión general parece exceder de aquéllas recogidas en la Directiva comunitaria trasunto del redactado de la LOI. En concreto, la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro (art. 8.3), prevé solamente que «las asociaciones, organizaciones o entidades jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, [podrán] iniciar, en nombre del demandante o en apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para hacer cumplir las obligaciones que se deriven de la presente Directiva». Por tanto, es evidente que dicha legitimación precisa para poder operar del consentimiento del propio actor y en todo caso únicamente bajo la veste de alguna de estas dos figuras procesales: representante legal o coadyuvante. A la vista de estas dos posibilidades, el texto del art. 12.2 LOI supone haber sobrepasado el Derecho comunitario, pues permite que las asociaciones a las que se les reconozca interés legítimo puedan comenzar en nombre propio un proceso en defensa de los bienes jurídicos que protege la LOI.

Ahora bien, esto es sólo la aparente previsión que establece la Ley como frontispicio de su clausulado, porque lo cierto es que lo siguiente es analizar las reformas de las leyes procesales operadas por la LOI, para valorar

el alcance exacto de estas legitimaciones en cada ámbito. Porque hay que darse cuenta que si bien el art. 12.2 parece permitir un juego de legitimaciones muy amplio hasta el punto de proyectarse más allá de lo que el Derecho Comunitario establece, sin embargo, tanto la reforma de la LEC, como la de la LJCA, que comparten el mismo redactado, no parecen llegar tan lejos. En efecto, para estas dos leyes procesales, la legitimación la ostentan, cuando se trate de una vulneración de la igualdad de trato por razón de sexo que atente contra una o varias personas determinadas, además de los afectados, «los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres» (art. 11 bis.1 LEC/art. 19.1.i LJCA). Pero ello siempre que se cumplan obligatoriamente dos condiciones: en primer lugar, que se cuente con la autorización expresa del afectado<sup>(356)</sup>; y en segundo término, que éste sea afiliado del sindicato o miembro de la asociación. De no concurrir acumulativamente estos dos requisitos procesales no se activa legitimación procesal alguna.

En cambio, para los supuestos en los que se trate de una pluralidad de afectados indeterminados o de difícil determinación, las reglas de la legitimación operan de forma distinta (art. 11 bis.2 LEC/art. 19.1.i LJCA). Al tratarse de intereses difusos, la LOI dispone que su defensa «corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres». Por tanto, conviene señalar que en estos casos la legitimación no reside en las personas indeterminadas, precisamente por no poderse individualizar, sino que se atribuye únicamente a aquellas personalidades jurídicas que la LOI entiende merecen ser legitimarias para la defensa de los bienes jurídicos que propugna.

---

(356) En un plano sindical, tal y como manifiesta Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, al omitir la LOI la forma de prestar dicha autorización, no serán de aplicación las reglas flexibles sobre el otorgamiento de la autorización que vienen rigiendo en el proceso laboral, y por tanto la autorización deberá ser fehaciente. *Vid.* Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA en el libro de MONTOYA MELGAR, A. (Dir.): *Igualdad entre hombres y mujeres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, 1.<sup>a</sup> ed., Ed. Thomson, 2007, pág. 573.

Comentario separado merece la mención legal a las asociaciones «cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres». Parece que lo que se quiere atajar con este redactado es la posibilidad de que cualquier asociación con fines más o menos sociales pueda arrogarse para sí la legitimación para ser parte en un procedimiento por esta causa. La exigencia de una finalidad principal basada en la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres limita considerablemente las opciones de participación en los procesos judiciales, pues obliga a que la asociación recoja de manera expresa en sus estatutos que sus objetivos o fines fundacionales son los indicados anteriormente. Además, el hecho de que sea un requisito exigido con carácter previo al inicio del proceso, evita en cierto modo la formación de asociaciones oportunistas expresamente constituidas para entablar una acción al socaire de algún eventual asunto. De este modo se trata de garantizar que ostenten la legitimación sólo aquellas asociaciones que hayan demostrado previamente cierta tradición y experiencia en la defensa de este tipo de bienes jurídicos, y que históricamente se han personificado básicamente en asociaciones de corte feminista, sin perjuicio de otras socialmente relevantes.

Por lo demás, ahondando en lo anterior, tampoco sería superfluo que se clarificara el catálogo de organismos públicos competentes en la materia, más allá del Instituto de la Mujer<sup>(357)</sup>. Dado el carácter multidisciplinar de los ámbitos sobre los que debe proyectarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres (educación, sanidad, empleo, régimen electoral, consumo, fuerzas y cuerpos de seguridad, defensa, etc.) convendría precisar la nómina de los organismos públicos específicamente competentes a los efectos de ser titulares de legitimación procesal para emprender procesos por esta causa. A no ser claro que se pretenda que todos y cada uno de los organismos competentes en las materias en las que se desarrolla la igualdad de trato entre sexos sean también competentes para ello.

Por último, el nuevo texto de la LEC (art. 11 bis.3) y la LJCA (art. 19.1.i) dispensa un trato especialísimo en los supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Atribuye únicamente la legitimación para iniciar un proceso a la persona afectada, excluyendo por tanto cualquier otro sujeto ju-

---

(357) Vid. la Ley 16/1983, de 24 de octubre, de creación del Instituto de la Mujer, así como la Disposición Adicional 27.ª y 28.ª de la LOI.

rídico que en otras circunstancias, de acuerdo con la reforma analizada de las leyes procesales, pudiera estar legitimado. Las razones para ello hay que buscarlas por una parte en la tutela de la propia intimidad de la víctima, atendiendo al hecho de que se trata de conductas con un posible contenido penal, cuyo injusto puede focalizarse sobre bienes jurídicos de especial importancia y protección como la libertad sexual, y por tanto la víctima puede preferir que no trasciendan más allá del ámbito del sumario. Por otra parte, conviene no olvidar que tales desvalores repercuten enteramente de manera individualizada sobre una persona determinada, careciendo por tanto de una dimensión colectiva de indeterminación, lo cual comporta que sea solamente la persona acosada la que en buena lógica pueda iniciar el proceso.

Por lo demás, debemos señalar que en el ámbito laboral, su normativa específica (con la LPL a la cabeza), unida a una jurisprudencia ampliamente alineada con el principio *pro actione*, reconoce a nivel sindical y de asociaciones empresariales prácticamente la misma legitimación que ahora la LOI ha introducido para el ejercicio de los procesos civiles y contencioso-administrativo<sup>(358)</sup>. La prueba más evidente de esta afirmación la encontramos en que la LOI no ha reformado en este aspecto la LPL.

## II. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS EN QUE CONCURRAN ACTUACIONES DISCRIMINATORIAS POR RAZÓN DE SEXO

### 1. La regla general sobre la carga de la prueba y su desplazamiento en el Derecho Laboral

La regla seguida por la tradición jurídica más lejana y también de forma positiva en los ordenamientos jurídicos contemporáneos ha sido que sobre el demandante recae la carga de probar aquello que alega en su demanda,

(358) Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: «Legitimación procesal del sindicato en la reciente jurisprudencia constitucional», *JL*, n. 22, 2005, págs. 5-12; Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *op. cit.*, págs. 564 y ss. Sobre la legitimación procesal en el orden social en supuestos de discriminación, *vid.* A. GARCÍA RUBIO en el libro coord. de ALBIOL MONTESINOS, I. *et alt.* *Aspectos laborales de la Ley de Igualdad*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2007, págs. 68 y ss.; ALTÉS TÁRREGA, J. A.: *El acoso del trabajador en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 85 y ss.

de conformidad con el viejo aforismo latino *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Sin embargo, este principio basilar del Derecho Procesal fue matizándose a mediados del siglo XX, hasta llegar en determinados supuestos a conseguir un desplazamiento de la carga de la prueba hacia el demandado. Evidentemente, transformación jurídica de tal calado, que removía los cimientos sobre los que se había estructurado el proceso ordinario y fundamentalmente el principio *negativa non sunt probanda*, exigía una razón de la misma magnitud. Y ésta no fue otra que la defensa de los Derechos fundamentales y en concreto la lucha contra la discriminación racial. Así, el cambio tuvo su precedente en el seno de las primeras medidas norteamericanas contra la discriminación sufrida por la población negra e india en el terreno de las relaciones laborales y también en otros ámbitos de la vida social y económica de aquel país. Jurídicamente, el desplazamiento del *onus probandi* se argumentó en torno al principio de mayor facilidad o disponibilidad probatoria, pues se suponía que para un individuo que había sufrido un acto de discriminación era muy difícil poder demostrar tal circunstancia, mientras que el demandado, bien por su posición de poder, de privilegio o meramente circunstancial, podía más fácilmente probar que en su comportamiento no había existido tal móvil. De este modo, en el plano laboral, el trabajador que argumentaba con verosimilitud en su demanda haber sido víctima de un acto discriminatorio, provocaba un deslizamiento de la carga de la prueba sobre el empresario, que obviamente ostentaba una posición de dominio sobre el empleado, debiendo demostrar que la medida tomada contra el trabajador (despido, sanción, cambio de puesto, etc.) no venía motivada por ninguna actitud de discriminación, sino más bien por una causa objetiva o autorizada por la ley. Por tanto, con el traslado de la carga de la prueba no se trataba de castigar de ningún modo adicional al presunto discriminador, ni de empeorar su situación procesal por el mero hecho de tratarse de Derechos fundamentales, ni tan siquiera por la relevancia del posible agravio, sino que atendía exclusivamente a una cuestión procesal relacionada con la mayor disponibilidad probatoria, habida cuenta que la vulneración de estos derechos, y en concreto los que derivan de un móvil discriminatorio, son difícilmente acreditables por quien los alega, al poderse ocultar, difuminar o enmascarar con otros motivos que dan apariencia de juridicidad a lo que en el fondo es un acto de pura discriminación, más aún cuando el demandado suele gozar en estos casos de una posición de superioridad económica, social o circunstancial respecto del actor, que le facilita la presentación de

la prueba en contrario. Por ello conviene reseñar que el desplazamiento del *onus probandi* se articula sustancialmente con una finalidad netamente instrumental, pues opera como una suerte de dispositivo procesal ideado específicamente para tratar de descubrir la verdad sobre una posible causa de discriminación, que de otro modo a todas luces parecería cuanto menos difícil de averiguar atendiendo a la diferente posición relacional de las partes. Entendida así esta regla de la prueba, su presencia se enmarca dentro del conjunto de medidas, además de las meramente sustantivas, que tratan de salvaguardar la igualdad de trato, pues le es demandable al legislador que trate de afectar todos los medios jurídicamente posibles a tal fin, con independencia de la naturaleza sustantiva o procesal de la medida.

A partir de este instante, este desplazamiento forzado del *onus probandi* fue incorporándose a varios ordenamientos. Y no sólo a aquellos en los que se pretendía combatir la discriminación racial más intensamente, como por ejemplo en Sudáfrica tras la caída del régimen de *apartheid*, o en otros países africanos terminados los procesos de descolonización, sino también en otros ordenamientos occidentales en los que se ha tratado en general de proteger los Derechos fundamentales y la discriminación por cualquiera de sus posibles causas (raza, sexo, religión, ideología, orientación sexual, etc.). Prueba de ello es la aparición de normativa comunitaria sobre la materia desde prácticamente la década de los setenta hasta la actualidad, como, por ejemplo, la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, la Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, o la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que fueron las que motivaron en su día la redacción del art. 96 LPL. Precepto en el que, como es bien sabido, reside la regla básica de la carga de la prueba en materia de Derechos fundamentales en el ámbito laboral, estableciendo un desplazamiento de la misma, por el cual, cuando de las «alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandante la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». Por tanto, del artículo

se desprende que no es suficiente la simple denuncia de la contravención de un derecho, sino que hay que acreditar unos mínimos indicios racionales de que la discriminación se ha producido. Sólo cuando la parte actora haya cumplido este primer requisito se activa el desplazamiento de la carga de la prueba sobre la parte demandada. Ésta deberá demostrar que no ha existido tal vulneración de Derechos fundamentales.

En cuanto a la prueba indiciaria que debe proporcionar el actor, el Tribunal Constitucional viene configurando los requisitos necesarios que ésta debe reunir. En primer lugar, es imprescindible que el demandante aporte un indicio razonable, principio de prueba o prueba verosímil de la vulneración junto con su alegato. Es decir, que la invocación de la violación de un Derecho fundamental por sí misma no es indicio de nada. No basta sin más con afirmar que se ha sufrido una discriminación, ni proyectar tal afirmación en unos hechos. La alegación debe, por tanto, venir acompañada de un ejercicio probatorio mínimo, posibilista, que a juicio del Tribunal permita deducir una sospecha razonable de que la contravención se ha consumado (STC 87/1998, de 21 de abril; STC 293/1993, de 18 de octubre; STC 140/1990, de 22 de julio; STC 29/2000, de 31 de enero; STC 30/2002, de 11 de febrero; STC 49/2003, de 17 de marzo, etc.).

No obstante, a pesar de lo dicho, el TC también ha mantenido que pueden existir supuestos en los que la mera invocación de unos hechos puede tener capacidad probatoria. Por una parte tenemos los casos en que los hechos aportados son claramente indicativos de la posibilidad de lesión. Por tanto, se trata de un supuesto en el que la necesidad de apoyar la demanda en una prueba indiciaria queda cubierta por la propia cualificación del hecho discriminatorio, cuya evidencia es precisamente la que permite deducir la antijuridicidad de la acción. Del mismo modo, también tendrán similar efecto probatorio para el Tribunal aquellos alegatos que, si bien no son muestra palmaria de conductas discriminatorias, y por tanto se trata de acusaciones más fácilmente contrarrestables por la contraparte, lo cierto es que por su entidad puede llegar a deducirse la existencia de una lesión. Es decir, que en uno y otro caso, tanto si la discriminación parece evidente, como si no lo es tanto pero todavía puede deducirse suficientemente, el juez decidirá sobre la verosimilitud argumental del desvalor, esto es, sobre el cumplimiento del requisito procesal exigido para trasladar el resto de la carga probatoria al demandado. Lo

explica muy bien la STC 111/2003<sup>(359)</sup> al afirmar: «que tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos 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 del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierna 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 de 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».

A la vista de esta jurisprudencia, es fácil deducir que los Tribunales disponen de un gran margen de maniobra en la valoración de la razonabilidad de la sospecha. Tanto para el análisis de validez de la prueba indiciaria en que se apoye el alegato, como en el examen de suficiencia del simple relato de los hechos, los Tribunales gozan de amplias posibilidades de interpretación que no siempre son muy coincidentes. Y en este sentido conviene traer a colación pronunciamientos que ponen sobre el tapete la disparidad de resultados ante hechos que al menos en apariencia parecen tener cierta similitud o el mismo resultado discriminatorio, y que dejan ver que en el fondo hay que estar al caso concreto para determinar la suficiencia de la prueba indiciaria. Por ejemplo, se ha mantenido sin reparos que el hecho de que el trabajador despedido sea un sindicalista conocido y activo no sirve como indicio razonable de discriminación a los efectos de desplazar la carga de la prueba (STC 14/2002, de 28 de enero). En estos casos, el Tribunal exige algo más sólido. Se pide la concurrencia de factores adicionales que delaten el indicio, como tratos diferenciales en las políticas de contratación respecto de la actora, existencia de una conflictividad sindical tal que pueda ser trasunto del despido, que además esas desavenencias tengan cierta conexión temporal, también la constatación de un escenario general de discriminación, o cambios de funciones injustificados o arbitrarios más allá de la libertad de autoorganización o reestructuración de

(359) *Vid.* también la STC 79/2004, STC 41/2006, etc.

la empresa, aun cuando el empleador es una Administración Pública ejerciendo potestades discrecionales, etc. (STC 90/1997, de 6 de mayo; STC 87/1998, de 21 de abril; STC 101/2000, de 10 de abril; STC 80/2001, de 26 de marzo; STC 29/2002, de 11 de febrero; STC 30/2002, de 11 de febrero; STC 41/2002, de 20 de mayo; STC 84/2002, de 22 de abril; STC 114/2002, de 20 de mayo, etc.). Sin embargo, en otros casos es suficiente el embarazo de la trabajadora despedida para generar esa sospecha razonable, incluso en los supuestos en los que el empresario desconoce tal extremo, circunstancia que ha de probar, además de aportar otro material probatorio sobre la causalidad del despido (STS de 5 de junio de 2007, STC 81/1981, de 23 de noviembre)<sup>(360)</sup>.

Con todo, parece lógico que los Tribunales hayan puesto en general el listón elevado a la hora de aceptar una prueba como indiciaria de un hecho discriminatorio. Si tenemos en cuenta que el traslado de la carga de la prueba hacia el demandado supone en la práctica la proyección sobre el mismo de una presunción de culpabilidad, es normal que se sea exigente en el momento de apreciar la existencia de la verosimilitud en la antijuridicidad que devengará en el demandado la obligación de contraprobar. De lo contrario seguramente llegaríamos a una situación de uso abusivo de una posición procesal de privilegio, que impondría al demandado la aceptación sin reparos de una inversión total de la carga, a todas luces desproporcionada y sin apenas justificación, llegando en ocasiones al extremo de configurarse como «diabólica», es decir, de imposible o nula demostración. Y en este sentido, conviene no olvidar que una interpretación extrema en otra línea podría hacer cuanto menos tambalearse el principio de igualdad y contradicción, y por ende la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE), por mucho que nos conste que legislador y jurisprudencia han aceptado la posibilidad de que en algunas materias concretas pueda justificarse una inversión plena de la carga de la prueba.

Por lo demás, tampoco puede desconocerse que la exigencia de una prueba indiciaria también obedece a una cuestión procesal elemental, pues en el fondo todavía subyace el principio *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Y si bien ha sido modulado y atemperado a nivel legal y jurisprudencial, ello no lo es hasta el extremo de sofocar todos sus efectos.

---

(360) Cfr. con la STC 342/2006.

Por último, tampoco se puede afirmar que la exigencia de esta labor probatoria mínima e indiciaria en el demandante desvirtúe un ápice su posición procesal de ventaja. La sigue teniendo. Tan solo debe ser capaz de ofrecer el contenido probatorio suficiente para cumplir su parte en la distribución de la carga de la prueba.

## **2. La carga de la prueba en la reforma operada por la LOI. Exigencia de prueba indiciaria en el orden jurisdiccional civil y contencioso-administrativo**

Ya desde el momento en que la LOI era un simple borrador hasta su aprobación actual se han venido escuchando voces acerca de la deficiente redacción de los preceptos que reformaban la LEC y la LJCA en orden a la distribución de la carga de la prueba en los procesos en que concurren circunstancias discriminatorias. Básicamente, los términos de la polémica se han centrado en valorar la diferencia de trato que dispensa el ordenamiento cuando el litigio pertenece al orden social y el régimen otorgado cuando nos encontramos ante pleitos civiles o contenciosos. Así, para el supuesto de actos discriminatorios en el seno de un proceso laboral, el art. 96 LPL requiere la existencia de unos «indicios fundados» de discriminación para poder desplazar la carga de la prueba al demandado. Indicios que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional sobre la interpretación del precepto, deben ser acreditados como hemos visto por la parte actora en la denominada prueba indiciaria. Sin embargo, en el caso de que se trate de litigios civiles o contenciosos, el art. 13 y las Disposiciones Adicionales Quinta y Sexta tan solo parecen exigir la simple alegación del injusto discriminatorio («... en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias...»), sin que en ningún momento, a la luz del texto, se esté obligado a aportar ningún indicio razonable de discriminación. Esta redacción ha provocado que se generen ciertas dudas sobre la interpretación que debe atribuirse al precepto, pues al no incluir la exigencia de un indicio fundado de disvalor queda abierto el interrogante de si también en estos dos preceptos será de aplicación la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la obligación de la parte actora de acreditar una mínima prueba indiciaria de discriminación, o si por el contrario bastará la simple invocación de la parte de que se ha producido tal actuación discriminatoria sin proporcionar ningún tipo de elemento probatorio de indicios.

Y la cuestión no es para nada baladí, pues de interpretarse los preceptos de la LEC y la LJCA en este último sentido llegaríamos a la conclusión de que en ellos no se está asignando una distribución más o menos ordenada de la carga de la prueba entre actores de un litigio, como ocurre en el ámbito laboral, sino ante una verdadera inversión de dicha carga hacia el demandado, pues frente a la simple alegación de antijuridicidad comienza a devengársele una obligación probatoria sobre un *factum* negativo, esto es, la no existencia de discriminación. Y conviene no desdeñar no sólo la trascendencia que este hecho conlleva, respecto a la juridicidad de la inversión automática del *onus probandi*, sino también desde el punto de vista práctico, la dificultad que supone en muchas ocasiones demostrar la inexistencia de una discriminación, hasta el punto de llegar a convertirse en una auténtica *probatio diabolica* para el demandado.

A la vista de esta controversia, si queremos encontrar una solución razonable, ajustada a Derecho, a mi juicio hay que realizar una interpretación integradora de toda la panoplia de medidas contra la discriminación, no sólo por razón de sexo, existentes en nuestro ordenamiento. Interpretación que, efectivamente, lleva realizando desde hace tiempo nuestro Tribunal Constitucional. Ciertamente, no parece que el legislador haya querido provocar una inversión sin más de la carga de la prueba, más allá de lo dispuesto para el ámbito laboral. A pesar de que el redactado pueda generar ciertas dudas, y no pase con honores a la posteridad de la literatura jurídica, el caso es que si procuramos una valoración del conjunto de normas en este campo, debemos concluir que también en estos supuestos es de obligada aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de una prueba indiciaria para desplazar la carga de la prueba hacia el demandado. Porque a poco que analicemos el entramado creado por el legislador llegaremos a la conclusión de que lo que realmente se ha querido es trasladar al ámbito civil y contencioso-administrativo es la misma configuración que rige para los procesos laborales de conformidad con el art. 96 LPL. Y con ello aprovechar todo el aparataje jurisprudencial que el Tribunal Constitucional ha ido conformando alrededor de este artículo para este tipo de procesos. Pero no sólo eso. Otras leyes promulgadas para combatir otros tipos de discriminación también exigen algo más que la mera alegación del hecho discriminatorio para poder transferir a la contraparte la carga de la prueba. Así, por ejemplo, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de

las personas con discapacidad, reclama la existencia de «graves indicios» en la demanda para voltear el *onus probandi* (art. 20). Y en este mismo sentido, también deja constancia de la necesidad de incorporar una prueba indiciaria la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Esta Ley que fue la que precisamente otorgó en su día su texto actual al art. 96 LPL, también introducía una serie de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato por razón de raza o etnia, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Al establecer el régimen de prueba en los procesos civil y contencioso-administrativo, fija la obligación de ofrecer un mínimo contenido probatorio previo a la transferencia al demandado de la carga de la prueba. Así, en su art. 32, para los supuestos de discriminación por razón del origen racial o étnico, y en su art. 36, cuando se trata además de discriminación por causa de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, se exige el mismo contenido probatorio: «en aquellos procesos... en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación..., corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Todo este andamiaje normativo —y la interpretación del Tribunal Constitucional— demuestran bien a la claras que la intención del legislador siempre fue la de exigir una prueba indiciaria que operara como pilar central sobre el que justificar una presunción *iuris tantum* de discriminación en el demandado, que éste estaría obligado a desmontar.

Además, desde un punto de vista estrictamente procesal, tampoco tiene mucho sentido que el redactado del art. 96 LPL se diferencie del texto reformado de la LEC y la LJCA que introduce la LOI. Lo contrario sería afirmar que el legislador ha querido dispensar un régimen jurídico de prueba para el ámbito laboral, y otro diferente para el ámbito civil y contencioso. O lo que es lo mismo, un sistema de reparto del *onus probandi* en la jurisdicción social y un sistema de inversión en la jurisdicción contencioso-administrativa y civil. Parece que ello tampoco se encontraría justificado por ningún elemento material de especialidad sectorial ni tampoco por un argumentario jurídico-institucional, ni menos ontológico, pues ni sería defendible para el ámbito contencioso, al dejar a la Administración en una situación procesal de clara desventaja, incompatible con su propio estatus jurídico y la propia consecución material de los objetivos que tiene encomendados, ni tampoco parece que cupiera en el ámbito civil, ya que no tendría

explicación alguna que se fuera más exigente con el demandado civil que con el demandado social. Por tanto, lo lógico sería encontrar un régimen uniforme en los tres órdenes jurisdiccionales (excluido el penal por razones obvias) sobre el cual proyectar la jurisprudencia constitucional sobre la prueba indiciaria en los procesos laborales. Jurisprudencia que ciertamente ha conseguido llevar a cabo una distribución de la carga de la prueba más justa y equilibrada. De otro modo llegaríamos al absurdo de disponer un régimen más beneficioso para el demandante en el orden civil y contencioso, y más exigente en el orden social, sin ningún motivo aparente que lo justifique siendo que en todos los casos el objeto del proceso es el mismo: la conculcación de los Derechos fundamentales. Nada puede justificar que estos derechos tengan menos protección procesal por el hecho de ventilarse por el orden social. Por lo demás, tampoco tendría sentido que siendo este orden social el primero en perfilar un derecho y jurisprudencia de la prueba indiciaria, que ha conferido a ambas partes una distribución de la misma más justa y compensada, ahora quedara anticuado en este aspecto respecto a otros órdenes<sup>(361)</sup>.

En definitiva, debe irradiarse también a los órdenes contencioso-administrativo y civil, la jurisprudencia laboral sobre la exigencia de aportar una prueba indiciaria. Esto es, sobre la insuficiencia de que la actora invoque simplemente un hecho discriminatorio: debe proporcionar además los elementos de prueba necesarios que permitan acreditar los indicios del desvalor. El alegato debe ir acompañado, por tanto, de un mínimo contenido probatorio que genere en el juez al menos «una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato<sup>(362)</sup>», como requisito imprescindible para poder exigir a la parte demandada una obligación de prueba en contrario. Y de hecho, la jurisprudencia ya se ha pronunciado en tal sentido y ha proyectado esta doctrina nacida dentro del orden laboral sobre el orden contencioso-administrativo y también sobre el civil.

Así, ya dentro del ámbito administrativo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 98/2003, de 2 de junio, aborda esta cuestión ampliamente. El fondo del asunto trata de un posible caso de discriminación en el cese de un cargo de libre designación. Hay que averiguar, por tanto, si el ejercicio

---

(361) Tal y como mantiene ALTÉS TÁRREGA, J. A.: *op. cit.*, pág. 104.

(362) *Vid.* STC 17/2007, de 12 de febrero.

de las potestades discrecionales que ello supone obedeció a una simple cuestión de confianza u oportunidad, o más bien concurren motivos discriminatorios. Al final, la Sala otorga el amparo, pues ante la invocación de la actora de que fue cesada al quedarse embarazada, la Administración no logra demostrar la negligencia que le atribuye a aquélla. Muy nítidamente se plantea la cuestión de la carga de la prueba en el ámbito de los empleados públicos partiendo de la doctrina sentada por la STC 81/1981, de 23 de noviembre, aportando en lo demás abundante jurisprudencia:

«Con arreglo a esta doctrina, hemos advertido “que cuando se alegue que una determinada medida encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales, incumbe al autor de la medida probar que su actuación obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental”.

Ahora bien, como también hemos declarado repetidamente, para que se produzca este desplazamiento del *onus probandi* no basta simplemente, en lo que aquí importa, con que el actor tache la medida de discriminatoria, sino que, además “ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato”. Sólo, pues, cuando esto último sucede, la parte demandada asume en su consecuencia “la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para clasificar de razonable su decisión”, y destruir así la sospecha o presunción de lesión constitucional generada por los indicios. Naturalmente, no se trata de situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo —la no discriminación—, sino ante la carga de probar, “sin que le baste intentarlo”, “la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito” contrario a la igualdad.

En la misma jurisprudencia está dicho también que la mencionada carga probatoria opera igualmente en los supuestos de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas, pues “ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional contraria a los derechos fundamentales del trabajador”.

(...)

Nada ha probado la Administración, al no aportar a tal efecto testimonio o prueba de los errores e incumplimientos que alega. A falta, pues, de esta obligada demostración que, como se ha dicho, no consta en modo alguno, debemos concluir que la decisión de cese se produjo, no por motivos profesionales, sino exclusivamente como consecuencia de que la recurrente

hubiera quedado embarazada. Lo que revela un comportamiento discriminatorio por razón de sexo contrario al art. 14, que debe ser corregido por este Tribunal».

También se ha exigido la prueba indiciaria de discriminación en el seno de un procedimiento de responsabilidad patrimonial. La STC 13/2001, de 29 de enero, analiza una actuación policial que los demandantes afirman que se llevó a cabo de forma discriminatoria por motivos raciales. La policía tan solo pidió la documentación a la esposa, de raza negra, y no a su marido e hijo que no lo eran. La Sala mantiene de inicio la verosimilitud del alegato de la actora y por tanto, la validez de la prueba indiciaria requisito necesario para trasladar a la Administración la carga de la prueba. La Administración consigue demostrar la inexistencia de tales motivos raciales y deniega el amparo: «... al haber alegado por la Sra. Williams un indicio de discriminación consistente en un trato desigual, por ser ella de color y haber sido la única persona requerida para mostrar su documentación, se ha trasladado a la Administración la carga de justificar que su actuación goza de cobertura legal y se ajusta a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, lo que se ha efectuado adecuadamente».

Por lo que respecta al orden jurisdiccional civil, es bien conocido que al margen de otros ámbitos como el derecho de consumo, el art. 217.4 LEC ya recoge dos supuestos concretos de traslación de la carga de la prueba, tributarios claramente de los principios de mayor facilidad y disponibilidad probatoria. Así, se establece que «en los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente». Este redactado, que *prima facie* podía interpretarse como una inversión total de la carga de la prueba, ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir también cierta prueba indiciaria. Es decir, que no sirve la mera invocación de la existencia de una competencia desleal o una publicidad ilícita, sino que ha de acreditarse como mínimo los hechos en los que se fundamenta la acción (SAP Sevilla de 21 de junio de 1993)<sup>(363)</sup>. Con todo, hay que tener en cuenta también que el art. 217.7 LEC

(363) En el texto puede leerse: «... no basta pues con afirmar que la parte demandada infringe varios preceptos de la Ley específica que se afirma vulnerada, como tampoco basta la

establece parámetros de corrección de las reglas sobre carga de la prueba recogidos en el resto de apartados del art. 217. Por tanto, todas las previsiones sobre la obligación de probar podrán ser matizadas y moduladas por los Tribunales en aplicación a cada caso en particular de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria. Con ello se evidencia que las reglas sobre la carga de la prueba que contiene el art. 217 LEC se caracterizan por su flexibilidad y adecuación del proceso a las circunstancias y hechos reales del litigio.

Por si fuera poco lo hasta el momento argüido, existe también otro motivo que igualmente coadyuva a interpretar los preceptos en la dirección apuntada en los párrafos anteriores. Efectivamente, si tenemos en cuenta el redactado exacto de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, de la cual emanan en parte los preceptos de la LOI (y también la Directiva 2006/54, de 5 de julio), es bien evidente que existe una discrepancia entre la propia Directiva y el enunciado de los artículos que la transponen. La norma comunitaria mantiene que cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad presente al órgano jurisdiccional «hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta» corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato (arts. 9 y 19, respectivamente). Es decir, que realmente las Directivas están exigiendo la invocación de unos hechos que «permitan presumir» la concurrencia de un comportamiento discriminatorio. Por el contrario, ya hemos visto como la LOI tan solo exige la alegación del hecho discriminatorio sin que vaya acompañado de contenido probatorio indiciario. Cuanto menos resulta un tanto extraño que nuestro legislador no haya trasladado la voluntad del tex-

---

“apelación genérica e imprecisa” a la Exposición de Motivos de la Ley o la afirmación gratuita de que se vulneran determinados preceptos de la misma... no se acredita en parte alguna que los codemandados hayan realizado actos específicos en los que apoyar la existencia de competencia desleal frente a la actora... No se ha probado que los demandados “se aprovechen en beneficio propio indebidamente de las ventajas, reputación y prestigio de...”; tampoco se acredita, pues falta el necesario soporte probatorio, que los codemandados utilicen expresiones o afirmaciones y realicen hechos con el evidente propósito de menospreciar a la entidad demandante; se utiliza en la materia un concepto tan impreciso y abstracto cual es el de “clientela”...».

to comunitario a la norma de transposición en los justos términos en que ésta se expresaba. En definitiva, partiendo del tenor literal de estas Directivas y teniendo en cuenta los principios de inmediatez y eficacia directa del Derecho Comunitario, en mi opinión no habría ningún inconveniente en interpretar la LOI en el sentido que impone la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, exigiendo la incorporación de una prueba indiciaria para activar el desplazamiento de la carga de la prueba sobre el demandado.

Con todo, a este argumento podría oponérsele el hecho de que la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (origen de la reforma procesal operada por la LOI) también permite en su art. 4.2 el que los Estados establezcan un régimen de prueba más beneficioso para el demandante que el dispuesto en la misma Directiva, lo cual daría pábulo a las interpretaciones que adjudican a la reforma introducida en la LEC y la LJCA la inserción de un régimen de inversión total. De todos modos, parece un tanto exagerado deducir del art. 4.2 el que pueda articularse un régimen de prueba de más recorrido que las previsiones procesales del orden laboral e incluso de nuestra propia Constitución, ofreciendo sin reparos una inversión completa de la carga de la prueba hacía del demandado, que le endose sin ambages una *probatio diabolica* difícilmente justificada cuando la parte actora no aporta ni el más mínimo elemento probatorio.

Salvando todo lo anterior, también se ha apuntado<sup>(364)</sup> que la propia dicción de la LOI, al sostener que las alegaciones del actor deben fundamentarse en actuaciones discriminatorias, parece que permita interpretar la necesidad de aportar una prueba indiciaria para desplazar el *onus probandi* en la parte demandada. Se trata de entender que el verbo «fundamentar» encierra también la obligación de incorporar al alegato un contenido probatorio indiciario del cual poder deducir la existencia de una conducta discriminatoria. Sin embargo, no parece que específicamente el texto del precepto quiera aludir a ello, sino más bien a que las alegaciones deben consistir en el relato de conductas discriminatorias. Es decir, parece que se está haciendo referencia más a un requisito material necesario para activar el precepto y su régimen de prueba, que una condición estrictamente de orden procesal relacionada con la exigencia de una prueba indiciaria

(364) Vid. A. GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pág. 72.

previa al volteo de la carga de la prueba. De todos modos, si bien la interpretación inicial parece un tanto forzada, lo cierto es que a tenor de la confusión que plantea el redactado, el intento resulta loable y la deducción no sería descartable.

En resumen, toda la polémica que provoca la reforma operada por la LOI parece más que se ha tratado de una deficiente redacción que de la intención de instaurar un régimen de inversión total de la carga de la prueba. De una interpretación global de las Directivas comunitarias sobre la materia y de todas las normas procesales que emanan de las mismas, así como de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha extendido la doctrina generada en el orden laboral al ámbito contencioso-administrativo y civil, parece que pueda concluirse que en estos dos últimos órdenes, también es exigible la prueba indiciaria de discriminación como requisito imprescindible para desplazar la carga de la prueba sobre el demandado<sup>(365)</sup>, rigiendo por tanto en los tres órdenes un sistema de distribución o reparto del *onus probandi*.

### 3. La carga de la prueba en los procedimientos administrativos sancionadores

La doctrina anteriormente expuesta sobre la necesidad de una prueba indiciaria, debe ser tratada con detenimiento en los supuestos en que los procedimientos sean de carácter sancionador.

No resulta sencillo para un administrativista aceptar sin ambages un desplazamiento de la carga de la prueba como el que estamos analizando en los procedimientos administrativos sancionadores. Sería casi como aceptar la existencia misma de una presunción de culpabilidad para la parte demandada, cuando lo cierto es que la misma configuración del Estado de Derecho y la dogmática penal se han encargado de eliminar tal carga<sup>(366)</sup>,

(365) A la misma conclusión llega TUR AUSINA, R., en el libro de GARCÍA NINET, J. I.: *Comentarios a la Ley de Igualdad*, 1.ª ed., Ed. CISS, 2007, págs. 191 y ss., e Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *op. cit.*, págs. 583 y ss.

(366) En este sentido, puede verse la lucha por mantener la primacía de la presunción de inocencia frente a los intentos de introducir presunciones de culpabilidad en el libro de F. CAAMAÑO, F.: *La garantía constitucional de la inocencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 279 y ss.

como negativo opuesto a la consolidación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), además de garantizar la inexistencia de una *probatio diabolica*, que provoque la indefensión del acusado (art. 24.1 CE) y la rotura de la igualdad procesal entre las partes. Por otro lado, como es bien sabido, el Derecho Administrativo Sancionador se ha configurado históricamente como un derecho punitivo derivado del mismo Derecho Penal. En realidad se trataba de una manifestación más del poder punitivo del Estado, sólo que de baja intensidad, que era precisamente lo que justificaba que fuera dispensado de primera mano por la propia Administración Pública y no por los Tribunales. Pero por todo lo demás, el Derecho Administrativo Sancionador se ha llegado a considerar como una forma más, junto al Derecho Penal, del poder de punición del Estado. Por eso no es casualidad que gran parte de la lucha por configurar un Derecho sancionador más justo y avanzado haya pasado por tratar de aplicar los principios penales en el procedimiento administrativo sancionador. Ha sido una constante observar cómo nuestro Tribunal Constitucional ha ido adaptando, no sin cierta dificultad, los dogmas y principios basilares del Derecho Penal al ámbito de la punición administrativa del Estado para tratar de conformar así un derecho punitivo lo más unitario posible (por todas, STC 13/1982, de 1 de abril).

Entre esos principios consolidados para el Derecho Administrativo sancionador, el principio de presunción de inocencia del acusado se sitúa en un lugar preeminente<sup>(367)</sup>. Dicho principio implica, entre otros extremos, que sobre el acusador recae la carga de probar lo que alega y que nadie está obligado a probar su propia inocencia (STC 77/1983, de 3 de octubre, STC 33/1986, de 24 de septiembre, STC 131/2003, de 30 de junio, STS de 26 de diciembre de 1988, etc.). No obstante, este principio basilar del Derecho Administrativo sancionador se ha exceptuado en algunos supuestos ciertamente curiosos, en atención al bien jurídico protegido, la especialidad de la materia regulada, y la actividad administrativa, como por ejemplo, en el derecho sanitario o el alimentario<sup>(368)</sup>, o en supuestos de negligencia o responsabilidad objetiva<sup>(369)</sup>. En estos casos, ha regido más bien cierta

(367) Vid. NIETO, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, 4.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2005, págs. 414 y ss.

(368) Vid. el libro de REBOLLO PUIG, M.: *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Ed. INAP, Madrid, 1989, págs. 633 y ss.

(369) Vid. NIETO, A.: *op. cit.*, págs. 423-424.

presunción de culpabilidad, si bien matizada, pero que tiene en el fondo como efectos más notables un desplazamiento de la carga de la prueba hacia el demandado. Ahora bien, aunque estas situaciones puedan producirse en la actualidad, incluso puedan ser defendidas hasta cierto punto<sup>(370)</sup>, lo cierto es que en ninguna de ellas se produce una inversión total de la carga de la prueba. Como mínimo, en todos los casos se ha exigido una prueba indiciaria que hiciera verosímil, factible o posible los hechos ilícitos esgrimidos por el acusador. De lo contrario, seguramente estaríamos entrando de lleno en un escenario de inconstitucionalidad de la norma por permitir un régimen de prueba claramente contrario a la presunción de inocencia del acusado y la defensa procesal del mismo. Si bien conviene apuntar que ello no empece en modo alguno el hecho de que en ocasiones y según los casos haya bastado como prueba el relato fáctico aportado por la víctima, por entenderlo suficiente el órgano competente para resolver<sup>(371)</sup>.

Con este horizonte jurídico, se puede afirmar que una traslación del régimen de prueba previsto por la LOI para el orden civil y contencioso-administrativo, al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador resulta a mi juicio del todo inadmisibile. Tanto si se interpreta la reforma en el sentido de exigir una prueba de indicios previa al desplazamiento de la obligación de probar, como más aún si se considera que la LOI ha operado una inversión plena de la carga de la prueba, no es aceptable su aplicación en el ámbito de las infracciones administrativas. Y en este sentido, en alguna Ley específica de defensa de la igualdad se ha exceptuado expresamente el régimen de reparto o desplazamiento del *onus probandi* en los procesos en los que se ventilen sanciones administrativas. Así, por ejemplo, se puede apreciar en materia de discriminación por causa de discapacidad. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, establece este mismo tipo de traslación de la carga de la prueba para los procesos jurisdiccionales en que se dirima una discriminación por razón de discapacidad (art. 20.1)<sup>(372)</sup>, en cambio excluye esta regla procesal en los procesos

(370) *Ibidem*, págs. 425-426.

(371) Tal y como recuerda TUR AUSINA, R., *op. cit.*, pág. 198.

(372) «En aquellos procesos jurisdiccionales en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de graves indicios de discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad, el juez o Tribunal, tras la apreciación de los mismos, teniendo

penales o los contenciosos-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras en este mismo campo (art. 20.2).

Sin embargo, la LOI no ha excluido expresamente este régimen especial de prueba a los procesos jurisdiccionales por infracciones administrativas. Es decir, que también en aquellos supuestos en los que se juzgue la procedencia de una sanción administrativa y el recurrente invoque motivos discriminatorios por razón de sexo, se devengará a priori en el acusado una obligación de prueba. Así de claro se deduce del propio art. 13.2 LOI que tan solo salva de esta regla de prueba a los procesos penales. De haber querido excluir también los procedimientos administrativos sancionadores el legislador hubiera podido fijar la exoneración de forma explícita. Pero al mismo tiempo, tampoco tiene ningún sentido concluir que en unos ámbitos de discriminación, como en el ámbito de los incapacitados, opere un sistema clásico de prueba en el que la carga la tiene el que acusa, y en otros, cuando es por razón de sexo, se tenga que aplicar un régimen de traslación de la carga. Parece más bien que en este caso también se haya producido un olvido del legislador al no extraer la regla de desplazamiento de los procedimientos administrativos sancionadores por discriminación por razón de sexo. Otro planteamiento tendría como hemos visto serias consecuencias jurídicas, respecto a la más que posible inconstitucionalidad de la norma por vulneración del derecho de presunción de inocencia y la existencia de indefensión en el acusado.

---

presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio y el principio procesal de igualdad de partes, podrá exigir al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

# Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la IGUALDAD EFECTIVA de MUJERES y HOMBRES

---

**COORDINADORES:**

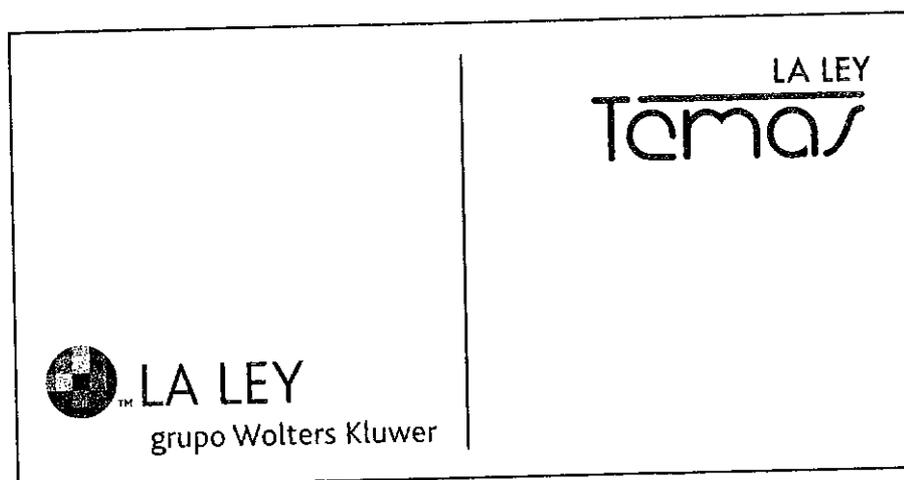
Tomás Sala Franco

María Amparo Ballester Pastor

José María Bañó León

José Miguel Embid Irujo

José María Goerlich Peset



Director General de LA LEY: Alberto Larrondo Ilundain  
Director de Publicaciones: José Ignacio San Román Hernández  
Coordinación editorial: Chelo Canseco Dean  
César Abella Fernández  
Miriam Barca Soler

Diseño de cubierta: Raquel Fernández Cestero

1.ª edición: Febrero 2008

Edita: LA LEY  
Edificio La Ley  
C/ Collado Mediano, 9  
28230 - Las Rozas (Madrid)  
Tel.: 902 42 00 10 - Fax: 902 42 00 12  
<http://www.laley.es>

© Wolters Kluwer España, S.A., 2008

Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización con fines comerciales del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación, sin una consulta profesional previa.

ISBN: 978-84-9725-886-9

Depósito Legal: M-13.135-2008

*Printed in Spain.*

Impreso en España por: Grefol, S.L.  
Polígono 2 - La Fuensanta  
28936 Móstoles (Madrid)