



La carga de la prueba en el derecho antidiscriminatorio

Casos de EE.UU., Canadá, Francia, Bélgica y México

Autores

Jaime Rojas Castillo
Virginie Loiseau

Anexo: 3131

Comisión

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputadas y Diputados, en el marco de la discusión del Proyecto de ley que modifica y fortalece la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación (Boletín N° 12.748-17).

N° SUP: 140611

Resumen

La prueba judicial de las conductas discriminatorias puede resultar un desafío para quienes las sufren. Es por ello que la legislación extranjera provee de mecanismos que facilitan la prueba, al modificar las normas que establecen la distribución de la prueba. En general, la carga de la prueba corresponde a quien reclama la discriminación y está directamente relacionada a la propia definición legal de lo que se entiende por “discriminación”.

La inversión de la carga de la prueba, que desplaza la obligación de acreditar las conductas discriminatorias desde el demandante al demandado, obliga a este último a probar que su actuar se encuentra justificado jurídicamente (por actuar de buena fe, tomar medidas razonables, realizar las adecuaciones necesarias, etc.).

Un mecanismo proveniente del derecho norteamericano es la inversión de la prueba en base a indicios (o prueba *prima facie*), que permite al demandante a presentar indicios que hagan plausible, sugieran o indiquen la probabilidad de que hayan acontecido los hechos constitutivos en que se basa la pretensión. En este caso no se trata de establecer una presunción legal, pues el demandado, si bien no está obligado a presentar pruebas, de no hacerlo permite al tribunal inferir razonablemente la ocurrencia de la discriminación.

Esto es lo que propone el Proyecto de ley que modifica y fortalece la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación (Boletín N° 12.748-17), en el nuevo inciso final al artículo 5 quinquies propuesto. Sin embargo, la normativa propuesta nada dice sobre las consecuencias probatorias de la falta de respuesta por parte del demandado.

En cambio, en el derecho continental europeo -casos de Francia y Bélgica e incluso en el caso mexicano-, en las normas sobre carga de la prueba revisadas, ante la prueba indiciaria, la omisión de las pruebas que justifiquen el actuar del demandado tienen como necesaria consecuencia que se tengan por ciertas las conductas alegadas. Por último, en las normas probatorias antidiscriminación de México se regulan en forma específica que las omisiones de una conducta podrían constituir discriminación.

Introducción

A solicitud de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputadas y Diputados, se revisa y analiza la legislación extranjera en cuanto la inversión de la carga de la prueba en los procesos judiciales y a la posibilidad fáctica de acreditar los hechos negativos.

El presente informe revisa las normas y doctrina disponible en materia de inversión de la carga probatoria en el tema de derecho antidiscriminatorio. Para dichos efectos, el documento se articula en cuatro partes. La primera aborda aspectos generales sobre la materia y la dificultad para probar los hechos; la segunda se refiere al Proyecto de ley que modifica y fortalece la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación (Boletín N° 12.748-17), la tercera al derecho comparado, la que comprende la carga probatoria en la legislación antidiscriminatoria anglosajona y europea continental, concretamente, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, por una parte, y Bélgica y Francia, por otra, y la cuarta, sobre la omisión de conducta o los hechos negativos en la legislación mexicana antidiscriminación y su prueba.

El tema que aborda este informe y sus contenidos están delimitados por los parámetros de análisis acordados, por el plazo de entrega convenido y por la información disponible. No es un documento académico y se enmarca en los criterios de neutralidad, pertinencia, síntesis y oportunidad en su entrega. Las traducciones son propias.

I. Aspectos generales sobre la inversión de la prueba en el derecho antidiscriminatorio

1. Discriminación y necesidad de una regla especial en materia de *onus probandi*

En general la palabra “prueba” es utilizada en un proceso judicial para referirse en general a tres cosas: (a) la actividad de probar algo; (b) a los medios de prueba o datos probatorios, esto es, a los instrumentos y elementos de juicio utilizados para establecer la verdad sobre los hechos del caso, y (c) al resultado, es decir, los hechos que resultan probados del caso. Cada una de estas facetas se manifiesta con distinta intensidad en el establecimiento judicial de los hechos (Meneses, 2008: 45).

En un sentido restringido, por “prueba” se entendería como “la demostración, por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho que ha sido controvertido y que es fundamento del derecho que se pretende” (Casarino, 2007: 45). También designa la producción de la prueba, esto es, “la producción de los elementos de convicción mediante los cuales las partes pretenden establecer la verdad de las alegaciones, o sea, la carga o el peso de la prueba” (Casarino, 2007: 45), también llamado *onus probandi*.

Como señala Vera Sánchez (2022: 203-204), “la temática de la carga de la prueba responde dos cuestiones: quién debe producir la prueba de los hechos alegados [derivada subjetiva] y qué sucede si un hecho alegado no es probado [derivada objetiva]”.

La prueba de los hechos invocados en juicio por el demandante¹ para obtener el reconocimiento de un derecho podría resultar dificultosa o difícil de obtener en algunos procedimientos judiciales, colocando en riesgo la tutela jurisdiccional efectiva y generar indefensión. Tal ocurriría, por ejemplo, en aquellos casos en que se persigue la responsabilidad médica y ambiental, la discrepancia entre la voluntad real y la declarada y, en general, en aquellos casos en que una de las partes tiene la carga de acreditar un hecho, pero no cuenta con los medios idóneos de prueba o le es mucho más complejo su producción que a la otra parte (Hunter, 2015: 211). En este sentido, se distingue entre dificultades probatorias en relación a los hechos y aquellas derivadas de la facilidad y disponibilidad de los medios de prueba (Hunter, 2015: 216-223).

En el derecho antidiscriminatorio, esto es, el cuerpo de normas jurídicas que tienen el propósito y efecto de prohibir todas las formas de discriminación, las disposiciones en materia probatoria resultarían una pieza clave. “[P]robar la existencia de una conducta discriminatoria es, en buena parte de las ocasiones, una tarea harto difícil, cuando no pasa a ser prácticamente imposible y se convierte en una verdadera *probatio diabólica*” (Rodríguez, 2023: 184). De acuerdo a Ormazabal Sánchez (2011: 61-62), para superar estas dificultades o la indigencia probatoria, el legislador puede “[a]lterar las reglas relativas a la distribución de la carga probatoria, de suerte que la incerteza sobre el acaecimiento de los hechos constitutivos de la pretensión perjudique al demandado, en vez de al actor, tal como resultaría de aplicar la regla ordinaria de asignación del *onus probandi* o carga de la prueba”.

2. Mecanismos de facilitación de la prueba en el derecho antidiscriminación

En palabras de Ormazabal Sánchez (2011: 61-62), junto con la acción positiva o “discriminación inversa” y el establecimiento de sanciones e indemnizaciones, el derecho antidiscriminatorio privilegia la técnica procesal de la inversión de la carga probatoria. En este sentido, son varios los mecanismos, dice el autor, que el legislador puede elegir:

- Alterar las reglas ordinarias de distribución de la carga de la prueba en favor del demandante (considerada por el autor como de *ultima ratio*),
- Mantener las reglas de la carga probatoria pero establecido presunciones de hechos,
- Rebajar el grado de certeza que la prueba debe proveer al juez para tener por constituidos los hechos, situándolos en un nivel de probabilidad cualificada o preponderante (excluyendo una convicción “más allá de toda duda razonable”), o
- Combinar las alternativas anteriores, esto es, dar lugar a la inversión de la carga probatoria “si se aportan indicios que hagan plausible, sugieran o indiquen la probabilidad de que hayan acontecido los hechos constitutivos en que se basa la pretensión”. Esta técnica es propia del derecho antidiscriminatorio norteamericano y gozaría de la mayor extensión en el derecho antidiscriminatorio a nivel mundial.

¹ Se utilizará indistintamente los términos “demandante”, “reclamante”, “solicitante” o “actor”, para efectos de este informe, al hacer referencia a la persona que alega haber sufrido una conducta discriminatoria, y como “demandado” o “acusado” a quien hubiera realizado la supuesta conducta.

3. La inversión de la carga de la prueba

Atendido que el *onus probandi* podría determinar el resultado del juicio, debería estar claro desde el inicio del proceso qué parte sufrirá un resultado adverso si no aporta pruebas suficientes. Pero, como se dijo, se pueden presentar dificultades probatorias. El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2023) define la inversión de la carga de la prueba como

[i]nfracción o excepción del principio general según el cual la carga de probar corresponde al que afirma unos hechos o sostiene una determinada pretensión, que se admite en algunos casos en que, en virtud del principio de facilidad probatoria, se traslada la obligación de facilitar los medios de prueba a la otra parte del procedimiento por resultar para ella más fácil la acreditación.

La inversión de la prueba, según Ormazabal Sánchez (2011: 62, 65), “destaca por su carácter agresivo o de mayor incidencia en la posición probatoria de la parte afectada”. La inversión de la prueba basada en indicios, según sostiene el mismo autor, es tomada del derecho norteamericano (específicamente de su jurisprudencia a nivel federal) y ha sido incorporada al derecho de la Unión Europea y al de sus Estados miembros. Aclara el autor que el término “indicio” no debe ser tratado en el sentido asignado en materia de presunciones. Más bien, “sólo sugiere o indica una cierta probabilidad en el acaecimiento de los hechos constitutivos de la conducta discriminatoria denunciada, con la consecuencia, no de fijar los hechos, sino de arrojar sobre el demandado la carga de probar que no existió tal conducta discriminación pretendida por el actor” (Ormazabal Sánchez, 2011: 63).

En este orden de ideas, para autores como Hunter (2015), el legislador en este caso actúa asignado directamente la carga de probar un hecho a una de las partes, con el objeto de despejar dudas interpretativas de las normas comunes de la carga de la prueba o para establecer repartos equitativos de cargas procesales (Hunter, 2015: 225-226). En el mismo sentido, Muñoz Sabaté (2001: 181) afirma que no corresponde hablar de inversión de la carga de la prueba cuando es el legislador quien establece una norma especial en relación con el *onus probandi*, en cuyo caso existiría una modificación de la regla general.

4. La inversión de la carga de la prueba en diferentes sistemas jurídicos

a) Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La carga de la prueba y la dificultad para obtenerla en materia de igualdad y no discriminación, es también una preocupación de los tribunales internacionales. Así, por ejemplo, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), también se considera la inversión de la carga de la prueba. La Corte IDH entiende que la prueba puede invertirse (Paúl, 2015: 308), reconociendo de esta forma la dificultad para probar o demostrar por parte de quienes son objeto de discriminación determinadas conductas, “por lo que coincide con el Tribunal Europeo en el sentido que, en ciertos casos de violaciones a derechos humanos motivados por discriminación, la carga de la prueba también

recae en el Estado, quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio”².

El principio de igualdad y no discriminación es “considerado un principio básico y general de la protección de los derechos humanos, alcanzando el carácter de *ius cogens*” (Corte IDH, 2019: 6). La prohibición de discriminación, en cuanto categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH), la eventual restricción de derecho requiere una fundamentación rigurosa y exhaustiva, y además “se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”³. En consecuencia, sería “el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real”⁴. Asimismo, la Corte IDH advierte que “[e]s posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba.”⁵.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), también reconoce inversión de la carga de la prueba. En efecto, la Comisión ha establecido que “ante una denuncia que constituya un trato discriminatorio con base a la pertenencia, real o percibida, de una persona o grupo de personas a alguna de las “categorías sospechosas”, la Comisión ha establecido que existe la presunción de incompatibilidad con la Convención Americana” (CIDH, 2019: párr. 57) y en tal caso, se “debe aplicarse un escrutinio estricto y una inversión de la carga de la prueba en cabeza del Estado” (CIDH, 2019: párr. 58).

En esta línea argumental, la Comisión sostiene que, en aquellos casos identificados como discriminación encubierta, para algunos expertos se sugiere “invertir las reglas tradicionales de la prueba en tres sentidos: 1. Depositando en quien alega la discriminación la presunción de que esa discriminación existió. Es decir que, en estos casos, no se debería presumir la legalidad del acto administrativo; 2. Imponiendo la carga probatoria en el demandado para que demuestre que no existió discriminación; 3. Permitiendo la ampliación de los medios probatorios tales como indicios sobre la alegada discriminación tomando en cuenta que en este tipo de casos resulta sumamente difícil obtener prueba directa” (CIDH, 2019: párr. 58).

b) Sistema Europeo de Derechos Humanos

Según un informe de la Comisión Europea del 2015, en la Unión Europea ha existido una preocupación de larga data sobre la efectividad de los remedios legales contemplados en la legislación antidiscriminación. El enfoque inicial en los derechos de igualdad de género habría resaltado la

² Corte IDH (2012). *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, Fondo Reparaciones y Costas*, Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 229.

³ Corte IDH (2015). *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298, párr. 257.

⁴ Corte IDH (2012). *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 125.

⁵ Corte IDH. (2012). *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257, párr. 286.

necesidad de procedimientos legales justos y oportunos, remedios efectivos y sanciones disuasorias. Como ya se ha indicado, en casos de discriminación, probar una afirmación puede ser desafiante, especialmente debido a las relaciones desiguales de poder, lo que hace problemático para el demandante cumplir la regla probatoria estándar. Incluso en los casos de discriminación directa, donde existen distinciones evidentes basadas en motivos protegidos, probar tales instancias en un tribunal puede ser difícil debido a actitudes individuales influenciadas por prejuicios o estereotipos sociales. Por su parte, en los casos de discriminación indirecta podría ser aún más desafiante demostrar un impacto negativo desproporcionado en un grupo con una característica protegida (European Commission, 2015: 9).

Por estas razones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) estableció que la regla general de prueba debería modificarse en casos de discriminación a favor de la víctima de discriminación. Por ejemplo, cuando un sistema de remuneración revelaba una diferencia salarial entre trabajadores y trabajadoras que resultaba en una remuneración sistemáticamente más baja para estas últimas, el TJUE decidió que, dado que el sistema salarial utilizado carecía por completo de transparencia, se debía **presumir la discriminación** y la **carga de la prueba debía desplazarse** al empleador para justificar la diferencia salarial mediante otros factores no relacionados con el género⁶.

El Tribunal también desarrolló el concepto de **inversión de la carga de la prueba** en otro caso sobre salario y género, cuando afirmó que si el salario de un grupo de trabajadores es significativamente más bajo que el de otro y si el primero está compuesto exclusivamente por mujeres mientras que el segundo está predominantemente compuesto por hombres, existe un **caso prima facie de discriminación** por género, al menos cuando los dos trabajos en cuestión tienen un valor equivalente⁷. En dicho caso, corresponde al empleador demostrar que existen razones objetivas y no discriminatorias para la diferencia salarial". (European Commission, 2015: 9).

Lo anterior resultó en el desarrollo de varias garantías procesales por parte del Parlamento Europeo, a fin de asegurar un acceso efectivo a la justicia en casos de discriminación. Actualmente, la legislación europea (directivas en materia de igualdad racial y de empleo, principalmente) establece que, en casos de presunta discriminación llevados ante los tribunales de los Estados miembros, cuando el demandante establezca hechos de los cuales se pueda presumir que ha habido discriminación directa o indirecta, corresponderá al demandado demostrar que no ha habido infracción del principio de igualdad de trato⁸.

Si bien las disposiciones pertinentes del derecho europeo no son completamente claras en cuanto a la carga que tienen las partes de establecer la causalidad en los casos de discriminación. Los demandantes deben establecer el vínculo causal entre la conducta presuntamente discriminatoria y el daño, el que debe establecerse antes de que se demuestre la probabilidad o posibilidad de un vínculo causal entre la conducta y el motivo protegido (ej. discapacidad, género, etc.). Luego, los demandantes tienen la carga de establecer hechos que indiquen un probable vínculo causal entre el motivo protegido y la conducta (European Commission, 2015: 7).

⁶ Caso C-109/88 *Danfoss* [1989] ECR I-3199.

⁷ Caso C-127/92 *Enderby v Frenchay Health Authority* 1993 ECR I-05535.

⁸ Ver, a modo de ejemplo, el artículo 8 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas, independientemente de su origen racial o étnico.

El efecto clave de la inversión de la carga de la prueba es que alivia la carga de los demandantes de demostrar un vínculo causal claro entre el motivo protegido y el daño. En consecuencia, la carga de la prueba se desplaza incluso si la relación de causalidad entre el motivo protegido y el daño es solo probable (European Commission, 2015: 7).

La inversión de la carga de la prueba es una regla procesal que debe interpretarse en conjunto con la definición del tipo de discriminación invocada. Conecta la evidencia con la demostración de parcialidad y desvía el curso de los procedimientos en dos puntos distintos:

- (i) disminuye la carga de la prueba (por medio de una presunción) que recae sobre el demandante en relación con el vínculo causal entre el motivo protegido y la conducta (caso *prima facie*), al mismo tiempo que
- (ii) coloca y limita la restante carga de la prueba en relación con la parcialidad (*bias*) en el demandado (defensa de justificación) (European Commission, 2015: 7).

En opinión de los autores del informe, encontrar el equilibrio adecuado entre las partes en relación con el establecimiento de la parcialidad es una tarea tremenda que, en casos óptimos, implica tomar conciencia del funcionamiento de los estereotipos sociales y las relaciones de poder en la amplia variedad de escenarios a los que se aplica la ley europea contra la discriminación. De hecho, la función misma de la inversión de la carga de la prueba es “incorporar” tal parcialidad a las reglas probatorias en beneficio de quienes la padecen (European Commission, 2015: 7).

La legislación europea regula la inversión de la carga de la prueba de manera idéntica en todas las categorías de motivos protegidos, excepto para la nacionalidad, donde no se ha promulgado tal disposición. Estas disposiciones establecen explícitamente que no se aplican a procedimientos penales y que no es necesario aplicarlas a procedimientos en los cuales un tribunal o entidad competente tenga un papel investigador o inquisitivo para determinar los hechos del caso. Finalmente, la legislación europea relacionada con la inversión de la carga de la prueba no impide que los Estados miembros introduzcan reglas de evidencia más favorables para los demandantes (European Commission, 2015: 20).

Por último, señala el citado informe, la mayoría de los Estados miembros han incorporado las Directivas sobre igualdad de trato y no discriminación de la UE a través del derecho civil y laboral, estableciendo la inversión de la carga de la prueba. Una minoría de los países ha incorporado las Directivas a través del derecho penal, donde la responsabilidad por discriminación debe establecerse más allá de toda duda razonable (European Commission, 2015: 7).

II. Proyecto de ley que modifica y fortalece la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación

El número 12 del artículo primero del Proyecto de ley que modifica y fortalece la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación (Boletín N° 12.748-17), en segundo trámite constitucional, intercala un nuevo artículo artículo 5° quinquies:

Artículo 5° quinquies.- Resolución que le da curso a los autos. Declarada admisible la demanda, el tribunal deberá citar a las partes a una audiencia de contestación, conciliación y prueba para el quinto día, contado desde la última notificación de la demanda y del proveído recaído en ella. Dicho plazo se ampliará, si el demandado fuese notificado fuera del territorio jurisdiccional del tribunal, con todo el aumento que corresponda en conformidad a lo previsto en el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil.

En caso de que la demanda hubiere sido deducida en forma verbal, el acta a que se refiere el artículo anterior terminará con una resolución en que se cite a las partes a una audiencia de contestación, conciliación y prueba, para la época señalada en el inciso anterior. Inmediatamente deberá entregarse al demandante copia autorizada del acta y de su proveído, con lo cual se entenderá notificado de las resoluciones que contenga.

Durante el debate en la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputadas y Diputados, la Bancada Oficialista presentó una indicación al artículo primero, N° 12, para agregar un nuevo inciso final al artículo 5 quinquies propuesto, del siguiente tenor:

Si a juicio del tribunal, de los antecedentes aportados por el demandante resultaren indicios suficientes de que se ha producido una acción u omisión que importe discriminación arbitraria, corresponderá al demandado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, lo que deberá constar expresamente en la resolución a la que se refiere este artículo.

III. Derecho Comparado en materia de carga probatoria en la legislación antidiscriminatoria

1. La carga probatoria en la legislación antidiscriminatoria anglosajona

a. Estados Unidos de Norteamérica

Las normas contra la discriminación en los Estados Unidos están contenidas, no en un cuerpo legal único, sino en varias leyes federales y, en algunos casos, también en leyes estatales, y su aplicación ha sido desarrollada por la jurisprudencia (principalmente de nivel federal). De acuerdo a las leyes federales de discriminación laboral, los empleadores generalmente no pueden discriminar a los trabajadores por motivos de raza, sexo (incluida la orientación sexual y la identidad de género), embarazo, religión, origen nacional, discapacidad (física o mental, incluido el estatus), edad (para trabajadores mayores de 40 años), servicio o afiliación militar, quiebra o deudas incobrables, genética información y estatus de ciudadanía (para ciudadanos, residentes permanentes, residentes temporales, refugiados y asilados).

Un componente fundamental en la regulación contra la discriminación en áreas como el empleo y el acceso a lugares públicos es la Ley de Derechos Civiles de 1964 (*Civil Rights Act of 1964*), la cual es producto de la creciente demanda generada a principios de la década de 1960 para que el gobierno

federal lanzara una ofensiva nacional contra la discriminación racial (U.S. Department of Justice, 2021). Mientras el Título VI prohíbe la discriminación por motivos de raza, color u origen nacional en cualquier programa o actividad que reciba asistencia financiera federal, el Título VII prohíbe la discriminación en el empleo por motivos de raza, color, religión, sexo u origen nacional.

En el mismo sentido, si bien las leyes antidiscriminación abordan la materia en una variedad de contextos, se destacan aquellas relacionadas al ámbito laboral, como la Ley de Igualdad Salarial de 1963 (*Equal Pay Act*), que prohíbe la discriminación salarial basada en el sexo para trabajadores que realizan trabajos sustancialmente iguales en un mismo lugar; la Ley de Discriminación por Edad en el Empleo de 1968 (*Age Discrimination in Employment Act, ADEA*), que prohíbe la discriminación por edad contra los trabajadores mayores de 40 años; la Ley de Discriminación por Embarazo de 1978 (*Pregnancy Discrimination Act, PDA*), que prohíbe a los empleadores discriminar por motivos de embarazo, parto o una condición médica relacionada (incluidas aquellas relacionadas con un aborto espontáneo o la interrupción de un embarazo); y la Ley de No Discriminación por Información Genética de 2008 (*Genetic Information Nondiscrimination Act, GINA*), que prohíbe a los empleadores utilizar la información genética de un solicitante o empleado como base para decisiones laborales (Guerin, s/f)⁹.

Además de estas leyes federales, algunos estados tienen leyes estatales que ofrecen protecciones adicionales contra la discriminación.

- **La resolución de las reclamaciones por discriminación**

Como consecuencia de la heterogénea regulación de la discriminación en la legislación norteamericana (principalmente la federal), se revisa a continuación la carga probatoria para los casos de discriminación laboral.

Los tribunales de justicia son competentes para revisar las demandas civiles por discriminación. Asimismo, agencias federales, como la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC, por sus siglas en inglés) y el Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano (HUD, por sus siglas en inglés), tienen un papel importante en la interpretación, aplicación y regulación de varias leyes federales antidiscriminación. Estas y otras agencias federales reciben quejas administrativas por causa de discriminación en las materias que son de su competencia (LLI, s/f, U.S. Department of Justice, 2021).

El régimen probatorio en materia de derecho antidiscriminatorio elaborado por los tribunales federales norteamericanos consiste en que si el litigante que tiene la carga de probar aporta indicios, es decir, “elementos o datos que revelan o sugieren la verosimilitud de los hechos o producen en el ánimo del

⁹ Otras normas para temas o grupos específicos son, por ejemplo, la Ley de Vivienda Justa (Fair Housing Act), que prohíbe la discriminación en la venta, arriendo o financiamiento de viviendas basada en raza, color, religión, sexo, discapacidad, origen nacional o estado familiar; la Ley de Estadounidenses con Discapacidad de 1990 (Americans with Disabilities Act, ADA), que prohíbe la discriminación basada en la discapacidad en el empleo, el acceso a lugares públicos, servicios y comunicaciones; la Ley de Inmigración y Nacionalidad (Immigration and Nationality Act, INA), que prohíbe la discriminación basada en el estatus de ciudadanía o el origen nacional, y la Ley de Derogación No Preguntas, No Digas de 2010 (Don't Ask, Don't Tell Repeal Act), que permitió a estadounidenses abiertamente homosexuales, lesbianas y bisexuales servir sin discriminación en las fuerzas armadas. (Guerin, s/f, LLI, s/f).

juzgador una cierta impresión o apariencia mínimamente fundada de haberse discriminado al actor, el *onus probandi* sobre el acto discriminatorio dejara de gravar a este y pasara a recaer sobre el demandado”. Para expresar esta idea, en ocasiones se utiliza también la expresión prueba *prima facie* o caso *prima facie* (Ormazabal Sánchez, 2011: 65).

El termino *prima facie* (“a primera vista”) se usa en los tribunales del *common law* respecto de una prueba “que, si no es refutada, resultara suficiente para construir una presunción de hechos o para fijar el hecho en cuestión”. Es lo que en derecho español se denomina “principio de prueba” (Ormazabal Sánchez, 2011: 66).

Para presentar un caso *prima facie* de discriminación por trato desigual, los tribunales aplican el paradigma establecido en una sentencia de la Corte Suprema de los EE.UU. del año 1973¹⁰. El demandante debe demostrar que él o ella:

- i. Pertenece a una clase protegida;
- ii. Estaba calificado para el trabajo;
- iii. Fue sometido a una acción laboral adversa; y
- iv. El empleador dio un mejor trato a una persona en situación similar fuera de la clase protegida del demandante.

En el ámbito laboral, el demandante no requiere probar la intencionalidad o propósito de discriminar por parte del empleador, ni siquiera *prima facie*. Estos casos, que caen en la esfera de aplicación del Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 sobre igualdad de oportunidades en el empleo (Ormazabal Sánchez, 2011: 73).

En cambio, en las acciones fundadas en la sección 2000 del título 42 del *US Code* (introducida por el Título VI de la misma *Civil Rights Act* de 1964), que establece la prohibición de discriminar por causa de raza, color de la piel o nacionalidad en relación con programas o actividades que reciban financiamiento federal, el demandante debe probar que el acto discriminatorio fue intencional. Al demandante le basta “acreditar *prima facie* el efecto o impacto discriminatorio de la actuación del demandado para arrojar sobre este la carga de probar que su actuación no corresponde a un propósito discriminatorio”. Esto se aplica frecuentemente en materia de educación (negativa a la admisión en una escuela o universidad, disparidad de trato en las mismas, etc.) (Ormazabal Sánchez, 2011: 72). Sin embargo, no debe probar que, de no haberse producido el acto discriminatorio, podría haber recibido los beneficios o prestaciones del programa o actividad correspondiente (Ormazabal Sánchez, 2011: 71-72).

b. Canadá

En Canadá, como en los demás países analizados, la discriminación está prohibida y sancionada por medio de leyes en materia de derechos humanos. Estas legislaciones protegen a las personas contra la discriminación, esto es, una acción o decisión que resulta en el trato injusto o negativo de una persona

¹⁰ *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792 (1973).

o grupo, por motivos¹¹ como raza, género y, discapacidad, entre otros, en diversos ámbitos, como el empleo, la vivienda, los servicios y el acceso a bienes e instalaciones públicas y privadas (principalmente comerciales).

Mientras la norma federal aplicable es la Ley de Derechos Humanos de Canadá (*Canadian Human Rights Act* de 1976), que prohíbe la discriminación en áreas de competencia federal (ej. empleo en empresas privadas que proveen servicios, como bancos y aerolíneas, y organizaciones gubernamentales federales), cada provincia y territorio tiene su propia legislación de derechos humanos (por ej. *Ontario Human Rights Code*, de 1962) que prohíbe la discriminación en áreas de competencia provincial o territorial¹² (Canadian Human Rights Commission, 2010:1).

Asimismo, no todas las normas definen la discriminación de la misma manera, lo que influye en su posterior prueba. En Ontario, el Código de Derechos Humanos no proporciona una definición de discriminación, de modo que su comprensión ha evolucionado a partir de la jurisprudencia (Ontario Human Rights Commission, OHRC: 2014). Para establecer discriminación *prima facie*, según el Código, un reclamante debe demostrar que:

- i. Tiene una característica protegida de discriminación (ej. género, discapacidad, etc.)¹³,
- ii. Ha experimentado un impacto adverso dentro de un área social protegida por el Código (los contextos en los que se prohíbe la discriminación), y
- iii. La característica protegida fue un factor en el impacto adverso sufrido.

Por tanto, para demostrar discriminación, se debe demostrar que existe una conexión o vínculo entre el trato negativo que experimentó la víctima y al menos una de las características personales indicadas en el citado Código.

En cambio, el Código de Derechos Humanos de la provincia de Manitoba define discriminación en el artículo 9(1). Señala que “discriminación” significa:

(a) un trato diferenciado de un individuo sobre la base de su membresía o asociación real o presunta con alguna clase o grupo de personas, en lugar de sobre la base de sus méritos personales; o

¹¹ Las características específicas de identidad individual recogidas en los distintos códigos provinciales se denominan “motivos protegidos”, “motivos prohibidos” o “características aplicables”, según la legislación provincial o territorial (Canadian Centre for Diversity and Inclusion, 2018:5).

¹² Con algunas excepciones, los códigos provinciales o territoriales se aplican a los gobiernos provinciales y municipales, empresas, organizaciones sin fines de lucro e individuos dentro de esa provincia o territorio (Canadian Centre for Diversity and Inclusion, 2018:4).

¹³ El Código de Derechos Humanos de Ontario protege contra la discriminación por motivos de: edad, ascendencia, color, raza, ciudadanía, origen étnico, lugar de origen, credo, discapacidad, situación familiar, estado civil (incluido el estado de soltería), identidad de género, expresión de género, recepción de asistencia pública (sólo en vivienda), historial de infracciones (sólo en empleo); sexo (incluido el embarazo y la lactancia) y orientación sexual (Canadian Centre for Diversity and Inclusion, 2018:18).

(b) un trato diferenciado de un individuo o grupo sobre la base de cualquier característica mencionada en la subsección (2)¹⁴; o

(c) un trato diferenciado de un individuo o grupo sobre la base de la asociación real o presunta del individuo o grupo con otro individuo o grupo cuya identidad o membresía está determinada por cualquier característica mencionada en la subsección (2); o

(d) *no realizar ajustes razonables* para las necesidades especiales de cualquier individuo o grupo, si esas necesidades especiales se basan en alguna de las características mencionadas en la subsección (2). (el destacado es nuestro).

La misma norma dispone que “discriminación” incluye

cualquier acto u omisión que resulte en discriminación en el sentido anterior, independientemente de la forma del *acto u omisión* y si el responsable del acto u omisión tuvo como objetivo discriminar (art. 9, inciso segundo, Código de Derechos Humanos de Manitoba). (el destacado es nuestro).

- **La resolución de las reclamaciones por discriminación**

En la mayoría de las provincias y territorios, el organismo principal responsables de recibir las reclamaciones, investigar los casos de presunta discriminación y tomar medidas para abordar y remediar la situación se denomina Comisión. En la mayoría de los casos, también hay tribunales que trabajan en conjunto con las comisiones bajo una función adjudicataria para investigar asuntos no resueltos y asuntos de interés público relacionados con violaciones de derechos humanos. El papel y la coordinación entre comisiones y tribunales varía a nivel federal y entre provincias y territorios (Canadian Centre for Diversity and Inclusion, 2018:4).

En Ontario, por ejemplo, se puede iniciar un procedimiento legal para la resolución de un caso de discriminación ante distintos órganos, sea para presentar una solicitud, presentar una queja, una declaración de reclamación u otro tipo de procedimiento. Foros legales para estos efectos son el Tribunal de Derechos Humanos de Ontario, tribunales ordinarios como el Tribunal de Demandas Menores de Ontario o el Tribunal Superior de Justicia, otros tribunales, agencias o juntas administrativas (como la

¹⁴ Las características aplicables son: ascendencia, incluido el color y la raza percibida; nacionalidad u origen nacional; origen u origen étnico; religión o credo, o creencia religiosa, asociación religiosa o actividad religiosa; edad; sexo, incluidas características o circunstancias determinadas por el sexo, como el embarazo, la posibilidad de embarazo o circunstancias relacionadas con el embarazo; identidad de género; orientación sexual; estado marital o familiar; fuente de ingresos; creencias políticas, asociaciones políticas o actividades políticas; y discapacidad física o mental o características o circunstancias relacionadas, incluida la dependencia de un animal de servicio, una silla de ruedas o cualquier otro aparato o dispositivo de recuperación (art. 9(2), Código de Derechos Humanos de Manitoba).

Junta de Propietarios e Inquilinos) y procedimientos especiales de reclamación y arbitraje laboral (HRLSC, s/f)¹⁵.

En el sistema jurídico canadiense (al igual que en el norteamericano), una diferencia importante entre la legislación de derechos humanos y el derecho penal radica en los diferentes estándares probatorios que se aplican a las pruebas rendidas en una audiencia judicial. Por ejemplo, en Ontario, en derecho penal, las acusaciones deben probarse “más allá de toda duda razonable” (*beyond a reasonable doubt*). En cambio, el criterio de prueba según el Código de Derechos Humanos de la misma provincia (*Ontario Human Rights Code*), al igual que en el derecho civil, se basa en la “balanza de probabilidades” (*balance of probabilities*). En otras palabras, el tribunal debe determinar si es más probable que haya ocurrido la discriminación a que no (o, como se dice en simple, en una probabilidad de “50%+1”) (Ontario Human Rights Commission, OHRC: 2014).

En este sistema, el reclamante que alega la discriminación tiene la responsabilidad de probar las alegaciones *prima facie*. De acuerdo a sentencia de la Corte Suprema de Canadá¹⁶,

[e]l reclamante en procedimientos ante tribunales de derechos humanos debe demostrar un caso *prima facie* de discriminación. Un caso *prima facie* en este contexto es aquél que cubre las acusaciones formuladas y que, si son creídas, son completas y suficientes para justificar un veredicto a favor del reclamante en ausencia de una respuesta del demandado-empleador.

Por tanto, se refiere a la cantidad de pruebas iniciales que debe presentar antes de que se requiera cualquier respuesta de la defensa. Así, por ejemplo, en Ontario, el reclamante debe proporcionar suficiente evidencia para levantar una inferencia razonable de discriminación (Ontario Human Rights Commission, OHRC: 2014).

Una vez que el reclamante ha cumplido con esta carga inicial, es decir, que se ha establecido un caso *prima facie* de discriminación, la carga de la prueba se desplaza a la parte acusada de discriminación, para que proporcione una explicación legítima y no discriminatoria de sus acciones. Esto implica justificar la conducta en el marco de las exenciones previstas en la ley. Si no puede justificarse, se considerará que se ha producido discriminación (Ontario Human Rights Commission, OHRC: 2014).

En algunos casos, después de que el demandado proporciona su explicación (por ejemplo, justificación de la medida cuestionada, imposibilidad de hacer acomodaciones y buena fe), la carga de la prueba puede volver al demandante para demostrar que la explicación del demandado es simplemente un pretexto para la discriminación (Ontario Human Rights Commission, OHRC: 2014).

¹⁵ Sin embargo, hay casos que pueden resolverse por tribunales especiales. Por ejemplo, las reclamaciones por discriminación a nivel federal son de competencia de la Comisión Canadiense de Derechos Humanos (*Canadian Human Rights Commission*). Si la denuncia justifica una mayor investigación y no se puede llegar a un acuerdo entre las partes, la Comisión enviará el caso al Tribunal Canadiense de Derechos Humanos (*Canadian Human Rights Tribunal*) para su resolución, el que sólo puede ocuparse de casos que le hayan sido remitidos por la Comisión (Canadian Human Rights Tribunal, s/f).

¹⁶ *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears Ltd.* [1985] 2 S.C.R. 536, párrafo 28.

En 2013, la Corte de Apelaciones de Ontario¹⁷ señaló que se requieren relativamente pocas pruebas para permitir la inferencia de discriminación, pues el estándar de prueba sólo requiere que la inferencia de discriminación sea más probable que improbable. Luego, la Corte hizo una distinción importante entre la carga de la prueba (*burden of proof*), que recae en el demandante, y la carga probatoria (*evidential burden*), que recae en el demandado. De este modo, una vez que el demandante establece un caso *prima facie* de discriminación, la carga probatoria, pero no la carga de la prueba, pasa al demandado para brindar una explicación. Esto significa que, aunque el demandado no está obligado a presentar pruebas, si decide no hacerlo, corre el riesgo de que se llegue a una conclusión adversa de que no existe una explicación creíble para la supuesta conducta discriminatoria. Por tanto, aunque la carga probatoria recae en el demandado, la carga de la prueba sigue siendo del demandante para establecer que las pruebas del demandado son falsas o un pretexto (Segal, 2013).

En cambio, el Código de Manitoba dispone expresamente las normas de la carga de la prueba (art. 52 inciso primero) y su alteración. La regla general es que la carga de la prueba recae en la persona que alega la infracción, pero la carga de probar recae sobre el demandado en los siguientes casos:

- i. Cuando exista una causa razonable y de buena fe para la discriminación;
- ii. Que un requisito o calificación para un empleo u ocupación sea razonable y hayan sido establecidos de buena fe;
- iii. Que se hayan realizado ajustes razonables o que estos no fueren posibles dadas las circunstancias; o
- iv. Que se haya aplicado cualquier otra excepción a las prohibiciones establecidas por este Código.

Sin embargo, cuando se alega que una persona ha cometido discriminación por motivos de desventaja social¹⁸, la carga de demostrar que la discriminación se basa en un prejuicio o estereotipo negativo recae en la persona que formula la acusación (art. 52 inciso segundo). Esta última deberá probar:

- i. Que experimentó una disminución de su posición social o consideración social;
- ii. Que la disminución de posición social o consideración social se deriva de: falta de vivienda o vivienda inadecuada; bajos niveles de educación; bajos ingresos crónicos; o desempleo o subempleo crónico; y
- iii. Que la discriminación sufrida se basa en un sesgo negativo o estereotipo relacionado con cualquier de las circunstancias descritas anteriormente.

Una vez que el demandante ha establecido un caso *prima facie* de discriminación por este motivo, la carga de la prueba pasa al demandado para establecer que la falta de adaptación es *bona fide* y razonable o que existe un requisito ocupacional (o análogo) *bona fide* y razonable (Manitoba Human Rights Commission, 2012:2).

¹⁷ *Peel Law Assn. v. Pieters* (2013 ONCA 396).

¹⁸ Se destaca que la “condición social” o la “desventaja social” están contempladas en menos de la mitad de las leyes provinciales o territoriales (Canadian Centre for Diversity and Inclusion, 2018:12).

2. La carga probatoria en la legislación antidiscriminatoria europea continental

a. Francia

En Francia las primeras leyes referidas a la lucha contra la discriminación¹⁹ no se referían a la carga de la prueba. Se tuvo que esperar primero la promulgación y publicación de la Ley n° 2008-496, de 27 de mayo de 2008, por la que se dictan diversas disposiciones de adaptación al Derecho comunitario en materia de lucha contra las discriminaciones y finalmente la reforma de dicha ley por la Ley n° 2017-86, de 27 de enero de 2017, de igualdad y ciudadanía, que en particular complementó el Artículo 4²⁰.

- **La resolución de las reclamaciones por discriminación**

La Ley n° 2008-496 contempla en su artículo 4 el mecanismo procesal de la inversión de la carga probatoria en los casos en que existan indicios discriminatorios, exigiéndose a la parte a la que se le imputa la discriminación la prueba de que no existió tal discriminación.

Toda persona que se considere víctima de una discriminación directa o indirecta presentará ante la jurisdicción competente los hechos que permitan presumir su existencia. A la vista de estos elementos, corresponde a la parte demandada probar que la medida en cuestión está justificada por elementos objetivos ajenos a toda discriminación. El juez expresa su convicción después de haber ordenado, en caso de necesidad, todas las diligencias de instrucción que considere oportunas.

El hecho de que la víctima haya perseguido únicamente el objetivo de demostrar la existencia de un acto o de una orden discriminatoria no excluye, en caso de perjuicio causado a esa persona, la responsabilidad de la parte demandada.

El presente artículo no se aplicará ante los tribunales penales.

Por mandato de la normativa comunitaria²¹, se fijaron estas nuevas pautas procesales en relación con la carga de la prueba en todos los procedimientos jurisdiccionales excepto en los penales, en los casos en que existan indicios discriminatorios. Por ejemplo, con respecto al sistema de prueba de la discriminación en el lugar de trabajo, el primer ámbito afectado por la discriminación, la ley ha introducido una carga de la prueba más ligera para el asalariado en los casos civiles -que debe presentar pruebas fácticas que sugieran la existencia de discriminación- y una carga de la prueba más pesada para el empleador, que debe justificar la decisión impugnada mediante pruebas objetivas ajenas a cualquier

¹⁹ Ley n° 2004-1486, por la que se establece la Alta Autoridad para la lucha contra la Discriminación y en favor de la igualdad y la Ley n° 2006-396, de Igualdad de Oportunidades.

²⁰ Agregando una frase al final del inciso primero y un inciso segundo, el inciso segundo original pasando a ser el inciso tercero en la versión vigente.

²¹ El artículo 10 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y el artículo 8 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

discriminación (Wantz, 2023). En los casos penales, sin embargo, no ha habido cambios y la carga de la prueba recae en el empleado, que debe demostrar la existencia de discriminación y su carácter intencionado (Village de la Justice, 2021).

Se destaca además que el Defensor de los derechos²², en el año 2022, a la luz de numerosos reclamos²³ de víctimas de discriminación que no consiguieron que se reconozca la discriminación que han sufrido y se les compense íntegramente el perjuicio sufrido, dio a conocer varias observaciones destinadas a proporcionarles apoyo jurídico en el marco de sus acciones contenciosas. Para ello se adoptó el 31 de agosto de 2022 la Decisión-marco n° 2022-139, en la que repasa todos los instrumentos jurídicos aportados por las normas nacionales y europeas así como la jurisprudencia en materia de lucha contra las discriminaciones para darlas a conocer y acercarlas a todas las partes interesadas: denunciantes, sus abogados, demandados y jueces (en primer lugar los tribunales laborales) (De Comarmond, 2022).

Este texto se enfoca especialmente en la discriminación laboral. En la conclusión de la decisión, la Defensora de los derechos recomienda que las normas jurídicas sobre el acceso a las pruebas en la lucha contra la discriminación en el empleo sean plenamente aplicadas por todos los involucrados en los procedimientos, a fin de garantizar el derecho de recurso de las víctimas de discriminación y su derecho a una indemnización.

b. Bélgica

En Bélgica, el Estado federal y las Comunidades y Regiones han adoptado normas y están implementando políticas concretas para promover la igualdad de oportunidades. Son cuatro las leyes que aplican el principio de no discriminación a nivel federal: se trata de la ley contra la discriminación (2007), la ley contra el racismo (1981), la ley de género (2007) y la «ley contra el sexismo» (2014).

La Ley Belga, de 10 de mayo de 2007, contra ciertas formas de discriminación, abarca los siguientes criterios protegidos: edad, orientación sexual, estado civil, nacimiento, patrimonio, creencias religiosas o filosóficas, convicciones políticas, convicciones sindicales, idioma, estado de salud actual o futuro, discapacidad, características físicas o genéticas u origen social.

- **La resolución de las reclamaciones por discriminación**

En su Título V, que fija las pautas procesales en relación con la carga de la prueba en todos los procedimientos jurisdiccionales, excepto en los penales, se incluyen disposiciones procesales específicas, con el fin de establecer garantías reforzadas a favor de las supuestas víctimas de discriminación, debido a las dificultades inherentes a la obtención de pruebas en los casos de discriminación.

²² El Defensor de los derechos es una autoridad administrativa independiente encargada de conocer de todas las discriminaciones, directas o indirectas, prohibidas por la ley o por un compromiso internacional en el que Francia es parte.

²³ Sigue habiendo muchas denuncias, porque aunque el cambio en la carga de la prueba introducido en 2008 ha facilitado el acceso a la justicia, muchas víctimas siguen desanimadas por la dificultad, y para las que dan el paso, el camino está sembrado de escollos. (De Comarmond, 2022)

Ley Belga, de 10 de mayo de 2007, contra ciertas formas de discriminación

Título V. - Carga de la prueba

Art. 27. Las disposiciones del presente título serán aplicables a todos los procedimientos jurisdiccionales, con excepción de los procedimientos penales. ... /...

Art. 28. § I. Cuando una persona que se considere víctima de una discriminación, el Centro o uno de los grupos de interés invoque ante la jurisdicción competente hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación basada en uno de los criterios protegidos, el demandado deberá probar que no hubo discriminación. ... /...

Así, a la víctima o sus representantes, les basta con afirmar la existencia de un hecho o de una situación discriminatoria fundada en alguno de los criterios protegidos, trasladando automáticamente al supuesto infractor la carga de acreditar la inexistencia de dicha situación. La ley incorpora la inversión de la carga de la prueba, siempre que la víctima aporte hechos de los que pueda presumirse que ha sido discriminado, correspondiendo a la otra parte probar que no ha habido discriminación (Rey Martinez et al., 2008).

En un procedimiento civil, el demandante -la víctima- debe aportar en primer lugar elementos concretos que permitan suponer una discriminación. Si al evaluar esta información, el juez considera que existen indicios de discriminación, el demandado debe justificar la distinción que ha hecho en función del grado de protección del criterio en cuestión.

IV. La omisión en legislación antidiscriminación en materia de prueba. El caso de México

La omisión de conducta o los hechos negativos se encuentran regulados en la legislación mexicana antidiscriminación.

El 11 de junio de 2003 se publicó la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED) en el Diario Oficial de la Federación²⁴. Esta norma, en su artículo 4o., define el concepto de discriminación de la siguiente manera:

Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales,

²⁴ Sin perjuicio de ello, en México existen (al 2015), 32 leyes antidiscriminatorias; 29 cláusulas antidiscriminatorias en constituciones locales; y 30 entidades federativas (estados) tipifican conductas relacionadas con la discriminación (CNDH, 2015; (Proyecto de decreto, 2020).

estado civil o *cualquier otra*, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones. [el destacado es nuestro]

Luego, el artículo 5o. precisa una serie de conductas que, aunque suponen una distinción entre las personas, no son discriminatorias pues no utilizan alguno de los criterios prohibidos por el artículo 1o. constitucional. Como señala Carbonell (2006: 208), este artículo concreta “la idea de que la prohibición de discriminar no supone la imposibilidad absoluta de tratar de forma diferente a dos o más personas, sino que establece una prohibición de *distinciones no razonables*”.

La LFPED creó el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), “como el órgano encargado de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación de todas las personas en el territorio nacional y de promover políticas públicas y medidas positivas y compensatorias a favor de grupos en situación de discriminación” (Proyecto de decreto, 2020).

Entre las atribuciones del Conapred se encuentran conocer de los procedimientos de queja y promover la presentación de denuncias por actos discriminatorios (art. 20, no 8 y 9, LFPED), cometidas por toda persona, servidora pública o particula. Ante el Consejo podran presentar denuncias por presuntas conductas discriminatorias así como reclamaciones o quejas respecto a dichas conductas tanto por personas individuales como organizaciones de la sociedad civil (art. 43, LFPED).

Ademas de contemplar “sanciones premiales o positivas” (para reconocer un cumplimiento destacado de la Ley), se establece una serie de “medidas administrativas” no represivas para el caso en que se acredite un acto o una conducta discriminatorios (Carbonell, 2006: 227). Para todo lo relativo a los procedimientos, el Código Federal de Procedimientos Civiles es supletorio respecto de la LFPED.

Si bien la definición del artículo 4º no se refiere a las omisiones que pudieran implicar discriminación, si lo hace en forma específicas el artículo 63 séptimus, incluso estableciendo una presunción legal de la certeza de las conductas discriminatorias ante la falta de respuesta de la persona o institución acusada de discriminar.

Artículo 63 Séptimus.- A la persona particular, física o moral, persona servidora pública o poderes públicos federales a quienes se atribuyan los presuntos actos, *omisiones* o prácticas sociales discriminatorias, se les apercibirá de que de omitir dar contestación a las imputaciones, o dar respuesta parcial, se tendrán por ciertas las conductas o prácticas sociales presuntamente discriminatorias que se le atribuyan, salvo prueba en contrario, y se le notificará del procedimiento conciliatorio, cuando así proceda, para efectos de su participación. [el destacado es nuestro]

Nuevamente, el artículo 79 dispone que, una vez finalizada la investigación, si el Consejo “comprueba los actos, omisiones o prácticas sociales discriminatorias formulará la correspondiente resolución por disposición, en la cual se señalarán las medidas administrativas y de reparación” respectivas.

Normativa

Bélgica

- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination: Titre V. Charge de la preuve (Articles 27-28) [Législation consolidée]. Disponible en: https://www.ejustice.just.fgov.be/img_l/pdf/2007/05/10/2007002099_F.pdf (enero, 2024).

Canadá

- Ley de Derechos Humanos de Canadá (*Canadian Human Rights Act (R.S.C., 1985, c. H-6)*). Disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/h-6/> (enero, 2024).
- Código de Derechos Humanos (*Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19*). Disponible en: <https://www.ontario.ca/laws/statute/90h19> (enero, 2024).
- Código de Derechos Humanos de Manitoba (*Human Rights Code, C.C.S.M. c. H175*). Disponible en: <https://web2.gov.mb.ca/laws/statutes/ccsm/h175.php> (enero, 2024).

Estados Unidos de Norteamérica

- Ley de Derechos Civiles de 1964 (*Civil Rights Act of 1964*), Título VI. Disponible en: <https://www.justice.gov/crt/fcs/TitleVI> (enero, 2024).
- Ley de Derechos Civiles de 1964 (*Civil Rights Act of 1964*), Título VII. Disponible en: <https://www.justice.gov/crt/laws-we-enforce> (enero, 2024).

Francia

- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Texto consolidado): Artículo 10. Disponible en: <http://bcn.cl/3hi6h> (enero, 2024).
- Ley n° 2008-496, de 27 de mayo de 2008, por la que se dictan diversas disposiciones de adaptación al Derecho comunitario en materia de lucha contra las discriminaciones (*Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (version consolidée): Article 4*). Disponible en: <http://bcn.cl/3hgys> (enero, 2024).
- Ley n° 2017-86, de 27 de enero de 2017, de igualdad y ciudadanía (*Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté*). Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033934948> (enero, 2024).

México

- Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPED.pdf> (enero, 2024).

- Proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión (México). Disponible en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/12/asun_4120045_20201203_1607046758.pdf (enero, 2024).

Unión Europea

- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Disponible en: <http://bcn.cl/3hi6h> (enero, 2024).
- Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas, independientemente de su origen racial o étnico. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0043> (enero, 2024).

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Ontario. *Peel Law Association et al. v. Pieters et al.* (2013 ONCA 396). Disponible en: <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2013/2013onca396/2013onca396.pdf> (enero, 2024).

Corte Suprema de Canadá. *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears Ltd.* [1985] 2 S.C.R. 536. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/101/index.do> (enero, 2024).

Corte Suprema de los Estados Unidos. *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792 (1973). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/792/> (enero, 2024).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

- *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, Fondo Reparaciones y Costas*, Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf (enero, 2024).
- *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf (enero, 2024).
- *Atala Riffo y niñas Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (enero, 2024).
- *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (enero, 2024).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- Caso C-109/88 *Danfoss* [1989] ECR I-3199. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61988CJ0109> (enero, 2024).
- Caso C-127/92 *Enderby v Frenchay Health Authority* 1993 ECR I-05535. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61992CJ0127> (enero, 2024).

Referencias bibliográficas

Canadian Centre for Diversity and Inclusion (2018). *Overview of Human Rights Codes by Province and Territory in Canada*. Disponible en: <https://ccdi.ca/media/1414/20171102-publications-overview-of-hr-codes-by-province-final-en.pdf> (enero, 2024).

Canadian Human Rights Commission (2010). *Your guide to understanding the Canadian Human Rights Act*. Disponible en: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/resources/your-guide-understanding-the-canadian-human-rights-act-page1> (enero, 2024).

Canadian Human Rights Tribunal (s/f). *Frequently Asked Questions*. Disponible en: <https://www.chrt-tcdp.gc.ca/about/faqs-en.html#:~:text=The%20Canadian%20Human%20Rights%20Tribunal,being%20referred%20to%20the%20Tribunal> (enero, 2024).

Carbonell S., Miguel (2006). Consideraciones sobre la ley federal para prevenir y eliminar la discriminación. *Derecho a la no discriminación*, Carlos de la Torre Martínez (coord.). México: Universidad Nacional Autónoma de México; Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación; Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/26860/consideraciones-sobre-la-ley-federal-para-prevenir-y-eliminar-discriminacion.pdf?sequence=2&isAllowed=y> (enero, 2024).

Casarino V., Mario (2007). *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil, Tomo IV*, 6ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH

- (2019). *Compendio sobre la igualdad y no discriminación*. Estándares Interamericanos, OEA/Ser.L/V/II.171, de 12 de febrero de 2019. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf> (enero, 2024).
- (2015). *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. 11 de junio*. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/noticia/ley-federal-para-prevenir-y-eliminar-la-discriminacion-11-de-junio> (enero, 2024).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH (2019). *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 14: Igualdad y no discriminación*, Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: Corte IDH. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14_2021.pdf (enero, 2024).

- (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf> (enero, 2024).

De Comarmond, Leïla (09/09/2022). *Justice : le vade-mecum de la Défenseure des droits pour prouver une discrimination*. Disponible en: <https://www.lesechos.fr/economie-france/social/justice-le-vade-mecum-de-la-defenseure-des-droits-pour-prouver-une-discrimination-1786820> (enero, 2024).

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2023). Disponible en: <http://bcn.cl/3hgym> (enero, 2024).

European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Farkas, L., O'Farrell, O. (2015). *Reversing the burden of proof: practical dilemmas at the European and national level*, Publications Office. Disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/05358> (enero, 2024).

Guerin, Lisa (s/f). *Federal antidiscrimination laws*. Nolo. Disponible en: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/federal-antidiscrimination-laws-29451.html> (enero, 2024).

Hédon, Claire (31/08/2022). *Décision-cadre du Défenseur des droits n°2022-139*. Disponible en: https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=21447 (enero, 2024)

Human Rights Legal Support Centre, HRLSC (s/f). *Choosing where to file your human rights claim or complaint*. Disponible en: <https://hrlsc.on.ca/how-to-guides/choosing-where-to-file-your-human-rights-claim-or-complaint/> (enero, 2024).

Hunter A., Iván (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios, año 22, (1), pp. 209-257.

Legal Information Institute / LII (s/f). *Employment discrimination*. Disponible en: https://www.law.cornell.edu/wex/employment_discrimination#:~:text=The%20Fifth%20and%20Fourteenth%20Amendments.due%20process%20of%20the%20law (enero, 2024).

Manitoba Human Rights Commission (2012). *Policy #I-10 Section: Interpretation. Subject: Social Disadvantage – s.9(2)(m)*. Disponible en: <https://manitobahumanrights.ca/education/pdf/board-of-commissioner-policies/i-10.pdf> (enero, 2024).

Meneses P., Claudio (2008). Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Revista Ius et Praxis*, año 14, (2), pp. 43-86.

Muñoz S., Luis (2001). *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*. Barcelona: Editorial Bosch.

Ontario Human Rights Commission, OHRC (2014). *Policy on preventing discrimination based on mental health disabilities and addictions*. Disponible en: <https://www.ohrc.on.ca/en/policy-preventing-discrimination-based-mental-health-disabilities-and-addictions/1-introduction> (enero, 2024).

Ormazábal S., Guillermo (2011). *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Paúl Díaz, Álvaro (2015). Análisis sistemático de la evaluación de la prueba que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, (1), pp. 297-327.

Rey Martínez, Fernando; Serrano A., Noemí y Camino V., F. (2008). *Análisis comparado del derecho antidiscriminatorio en Europa: perspectivas para su implementación en España*. Disponible en: <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/34064> (enero, 2024).

Rodríguez Á., Ana. (2023). La tutela procesal en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, *IgualdadES*, (9), pp. 175-204.

Segal, Sasha (2013, 24 de septiembre). *The Ontario Court of Appeal clarifies the test for discrimination*. Global Workplace Insider. Disponible en: <https://www.globalworkplaceinsider.com/2013/09/the-ontario-court-of-appeal-clarifies-the-test-for-discrimination/> (enero, 2024).

Unia

- (2019). *Lexique discrimination, en ce compris sexe et délits de haine*. Disponible en: https://www.unia.be/files/Documenten/Wetgeving/Lexique_Discrimination_112019.pdf (enero, 2024).

- (2007). *Loi antidiscrimination : de quoi s'agit-il?* Disponible en: <https://www.unia.be/fr/legislation-et-recommandations/legislation/loi-du-10-mai-2007-tendant-a-lutter-contre-certaines-formes-de-discrimination> (enero, 2024).

U.S. Department of Justice (2021). *Title VI Legal Manual (Updated)*. Disponible en: <https://www.justice.gov/crt/fcs/T6manual> (enero, 2024).

Vera S., Juan S. (2022). Valoración probatoria: exigencias legales, jurisprudenciales y doctrinales. Materiales docentes 51. Academia Judicial de Chile. Disponible en: https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2023/02/MD51-Valoracion-probatoria_-Exigencias-legales-jurisprudenciales-y-doctrinales.pdf (enero, 2024).

Village de la Justice (2021). *La preuve en matière de discrimination au travail*. Disponible en: <https://www.village-justice.com/articles/preuve-matiere-discrimination> (enero, 2024).

Wantz, Axel (2023). *Discrimination : la preuve par les statistiques*. Disponible en: <https://www.editions-tissot.fr/actualite/droit-du-travail/discrimination-la-preuve-par-les-statistiques> (enero, 2024).

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)