

LA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

El art. 8 de la Directiva 2000 dispone que:

"1. Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta".

- Introducción

MOTIVOS PARA SU APLICACIÓN.

Todos los presentes somos conscientes de la escasez de medios que es destinada año tras año a la administración de justicia, claro que, cuanto mas lejana, cara y lenta sea una justicia en un país menos deseos provoca en el ciudadano de litigar.

El ciudadano litiga cuando literalmente no tiene mas remedio, y a pesar de ello se lo piensa mucho antes de iniciar una contienda judicial. No digamos si el objeto del litigio es el reconocimiento de la violación de uno de sus derechos humanos.

Se enfrenta en primer lugar a una falta de recursos económicos, posiblemente y en algunos casos a un desconocimiento del idioma y a unos costes judiciales altos en relación al tiempo en resolverse el conflicto y a lo que se obtiene en materia de satisfacción.

Al menos en España, la dificultad de acreditar los daños morales como tales en orden a reclamarlos judicialmente es altísima. Los pro y contra del litigio no están equilibrados y eso provoca el desaliento.

No obstante si aún así esa persona decide litigar, no va a encontrar fácilmente la vía adecuada para ello.

Además de lo anterior, tendríamos que recordar varios hechos que han determinado la aplicación de este principio:

- situación de vulnerabilidad de la victima. Escasos recursos y situación de inferioridad con respecto al discriminador.
- Victimización. En este sentido habría que pensar en que es frecuente la represalia tras denunciar el acto discriminatorio.
- normalmente no existe evidencias de ese trato discriminatorio, nadie despiden o impide el trabajo a alguien diciéndole por escrito el motivo

supuestamente discriminatorio, o no permite el acceso de forma clara.

- La inversión de la carga de la prueba reestablece el equilibrio entre las partes, siendo por tanto reflejo del principio de igualdad de trato.
- Hay que hacer referencia a los supuestos de discriminación indirecta. En la Sentencia del **TJCE Sala 2ª, S 16-2-2006, nº C-294/2004**, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, *El Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación de la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo referente al acceso al empleo. La Sala declara que la citada Directiva se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad, los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, debiendo aplazar la toma de posesión de la trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración del permiso a efectos del cómputo de su antigüedad.*

En estos supuestos donde de forma aparente la regulación no produce efectos perjudiciales, provoca una situación de desigualdad entre hombres y mujeres, no querida en la norma.

- DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ NACIONAL

INDICIOS DE ACTO DISCRIMINATORIO.

La víctima que demande o denuncie un acto discriminatorio, debe aportar hechos que de forma aparente evidencien un trato discriminatorio. En este sentido es reprochable el lenguaje utilizado, lo que provoca su ambigüedad y por tanto su dificultad a la hora de apreciarse por el juez "a quo". Para acreditar la existencia de una discriminación pueden utilizarse todos los medios de prueba admitidos por nuestro ordenamiento jurídico.

EFFECTO MATERIAL Y PROCESAL.

La aportación de hechos que supongan al menos de forma indiciaria la existencia de un acto discriminatorio, provoca un doble efecto material y procesal. En el primer sentido, el demandado debe justificar materialmente que su actuación se debe a otro motivo diferente al alegado por la demandante. Indudablemente, ello implica que el demandado sea más responsable de la actividad probatoria en el pleito.

"Cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que

exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas".

DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ NACIONAL.

Sin embargo, pese a lo dicho anteriormente, la función más importante la ejerce el Juez que decide el asunto. La valoración de la suficiencia de los hechos aportados por el actor, y la valoración de la justificación corresponde al Juez, quien en caso de tener duda sobre la interpretación de "suficiencia de hechos" debe recurrir a la cuestión prejudicial ante el TJCE.

JUSTIFICACIÓN DE LA MEDIDA

Una vez demostrado, por cualquier medio de prueba y especialmente por medio de la estadística fiable, **que estamos ante la aparición de una medida discriminatoria el problema se centrará en determinar si la medida restrictiva o limitativa que afecta a esa persona o a un colectivo preferentemente tiene una justificación objetiva, razonable y por completo ajena al fin que la prohibición de discriminación trata de evitar.** Y es precisamente el autor de esa medida el que ha de demostrar esa justificación y la ausencia de fines discriminatorios contrarios a nuestro ordenamiento jurídico.

También **habrá que justificar que la medida adoptada no solo sirve a un fin legítimo, no discriminatorio, sino también que es eficaz para conseguirlo y al mismo tiempo es proporcionada y no existían otros mecanismos menos perjudiciales para ese colectivo para conseguirlos.** A tal efecto, no valen los meros razonamientos genéricos imprecisos o vagos sobre la legitimidad y proporcionalidad de la medida empleada.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es muy claro e insistente al proclamar que si existe una justificación objetiva y razonable del acto o medida en cuestión, aunque afecte de modo mayoritario a un determinado colectivo, ello no supone por sí mismo la existencia de discriminación. **En tal sentido, la STJCE de 9 febrero 1999** señala que:

"Pues bien, es jurisprudencia reiterada que, si un Estado miembro puede probar que los medios elegidos responden a una finalidad legítima de su política social, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin, el mero hecho de que la disposición legal perjudique a un porcentaje considerablemente mayor de trabajadoras que de trabajadores no puede ser considerado como infracción del artículo 119 del Tratado EDL 1957/52 (véanse, en especial, las Sentencias de 14 de diciembre de 1995,

Megner y Scheftel, C-444/1993, Rec. I-4741, apartado 24, y Freers y Speckman, -de 7 de marzo de 1996, C-278/1993, Rec. I-1165-, apartado 28 EDJ 1996/12209)".

Por otra parte, y siempre en circunstancias excepcionales, una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada al origen racial, étnico, religioso o la existencia de una discapacidad etc.. constituya un requisito profesional esencial y determinante que justifique su preferencia, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre 2000, contempla ambos tipos de medidas. Así, por lo que respecta a las medidas de discriminación positiva el art. 7 dispone que *"Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1."* Y en el art. 5 *"Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto"*.

Por su parte, el art. 4 se dispone que *"...los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado"*.

- TIPOS DE PROCEDIMIENTOS DONDE ES APRECIABLE.

Las directivas comunitarias establecen la aplicación en todo tipo de procedimiento con tan solo una excepción, que la instrucción de los hechos no corresponda al juez, es decir, en los temas penales no puede producirse la inversión de la carga de la prueba. Así pues, es un principio de aplicación en los procedimientos CIVILES, ADMINISTRATIVOS, LABORALES, de mediación o de arbitraje.

Ejemplos:

- A) existen muchos comercios "de elite", que tiene un timbre en la puerta para controlar el acceso de los clientes a la misma.
- B) Inmuebles que no son alquilados a los "moros" o a los gitanos
- C) Plazas en centros infantiles que amparándose en listas y requisitos no admiten a niño/as gitanos

- D) Guetos de las ciudades
- E) Chabolismo
- F) Sistema sanitario deficiente
- G) Trampas para la libre movilidad de los discapacitados
- H) Dificultades de la mujer para acceder en igualdad de condiciones a un puesto de trabajo, y diferencias de trato una vez conseguido.

En fin, un sin fin de situaciones que harán nuestra vida mas triste si nos paramos a pensarlo

- ANTECEDENTES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

ANTECEDENTE LEGAL MÁS IMPORTANTE. Directiva del Consejo 80/97 de 15 de diciembre de 1.997. **Relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.** La presente Directiva tiene por objeto mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del principio de igualdad de trato, que permitan que todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato puedan invocar sus derechos vía jurisdiccional. Los Estados miembros deberán adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 1 de enero de 2001.

Esta directiva ha dado lugar a prolija jurisprudencia del Tribunal. Es lógico pensar que la doctrina asentada por ella sirve de inspiración para la aplicación de la misma ante casos que se les presente en materia de igual de trato con referente racial. Ello tiene una enorme importancia en la forma en la que los jueces y tribunales tienen que abordar el análisis y la valoración de la prueba aportada para este tipo de discriminaciones ya que siguiendo lo asentado en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 145/1991, "cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato ... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE. Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 julio).

ACCESO A LA PRUEBA. MEDIOS DE PRUEBA

Los generales y además:

- TESTING. En este tipo de casos, utilizados cuando se sabe a que en determinado local no se permite el acceso a gitanos o a moros utilizando excusas difícilmente constatables, se monta un dispositivo en el que de común acuerdo miembros de esa etnia y personas no pertenecientes a la misma intentan acceder en un breve intervalo de tiempo, pudiendo constatarse de esa manera el trato discriminatorio recibido. Casos en que es muy útil. Ejemplos de Testing. Miroslav Lacko v Slovakia.

Este tipo de medio probatorio suele contar con el respaldo de alguna ONG, ya que por lo general, "la gente" en su mas amplio sentido no se ofrece para colaborar en este simulacro y tener que acudir con posterioridad al Juzgado a prestar declaración.

- CAMARAS Y GRABADORAS DE VOZ OCULTAS. Otras veces el caso se prepara con cámaras y grabadoras de voz ocultas. Últimamente los jueces están mas abiertos a admitir estos medios probatorios, dejando atrás los formalismos sobre la "falta de autenticación de las grabaciones." Caso de la Guardería de Madrid.

Dependiendo del tipo de discriminación del que se trate estos medios de prueba van a ser accesibles para la víctima. En otros casos será absolutamente imposible el acceso a dicho medio probatorio. Imaginemos una persona con escasos medios económicos que pretenda demandar. Deberá solicitar los servicios jurídicos gratuitos del estado, en el caso de que dichos servicios se encuentren disponibles. Legal Aid en el Reino Unido, el SAJG de España. Estos dos ejemplos son los opuestos. En el primero de los casos, dichos abogados cuentan con medios técnicos del estado al servicio del ciudadano. En España, a los abogados del turno de oficio se les abona "una indemnización" por los servicios prestados, y en muchas ocasiones las fotocopias de los expedientes judiciales han de costearlas de sus bolsillos. En definitiva, la carencia de medios técnicos impide que a pesar de poder utilizar legalmente dichos medios, en definitiva o realmente, no se pueden usar.

- ESTADISTICAS Y LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS. En la discriminación indirecta es donde despliega sus efectos la prueba de estadísticas. Para acreditar que una medida aparentemente inocua produce un resultado restrictivo o limitativo de derechos para un determinado colectivo, el demandante deberá demostrar, que esta medida afecta mayoritariamente a ese colectivo y solo a él, pues la discriminación se basa precisamente en la existencia de un trato desigual y, a su vez, injusto.

Mediante la prueba estadística se trata de demostrar que una determinada medida o disposición incide negativamente y de forma

mayoritaria sobre un colectivo determinado y en esa medida se convierte en una medida discriminatoria del mismo.

Especial importancia tiene la doctrina sentada por la **STJCE 9ª, 9-02-1999** (nº C-167/1997) EDJ 1999/99 en la que se establecen los mecanismos para detectarla. En ella se afirma que cuando una medida conlleva el riesgo, por su propia naturaleza, de afectar de modo diferente aun colectivo y/o este efecto diferente queda demostrado en la práctica con estadísticas fiables y significativas, estamos ante una medida discriminatoria a menos que pueda demostrarse que dicha medida se basa en factores objetivos y ajenos a toda discriminación. La fiabilidad implica que *"las estadísticas deben constituir parámetros de comparación apropiados y el órgano jurisdiccional nacional debe velar porque dichas estadísticas no queden desnaturalizadas por aspectos específicos del caso concreto"* (STJCE de 9 febrero 1999 Seymour-Smith y Laura Pérez EDJ 1999/99).

En este caso, al menos en España, las estadísticas están limitadas por la Ley de Protección de Datos. Por otra parte, no están permitidas las estadísticas en las que el componente sea estrictamente racial. Prácticamente en el caso en que se quisiera determinar si en un centro escolar existe un mayor número de miembros de una etnia para demostrar que no se permite la matriculación de estos, el abogado, o los activistas de una ONG tendrían que hacer guardia en la puerta del Colegio y contar de esa manera los escolares.

CONCLUSIÓN

El panorama al que se enfrenta una víctima de un acto discriminatorio es desalentador. Han transcurrido muchos años desde la directiva de igualdad de sexo para que en los Juzgados se reconozca la violación del principio de igualdad de trato por razón de sexo. Creo que pasarán mas años hasta que empecemos a ver sentencias donde se considere que se ha tratado de forma discriminatoria a una persona por motivo de su discapacidad o su edad o su raza. Hace falta preparar a los operadores jurídicos en esta materia, comprender a la víctima y saber cuales son los obstáculos que tiene que superar antes de interponer su demanda. Y por supuesto, por imperativo legal, aplicar el principio de inversión de la carga de la prueba para de alguna manera posibilitar el acceso a la tutela judicial efectiva que se consagran en todos los textos constitucionales o legales en Europa.

En España, a pesar de la diversidad, apenas se litiga en materia de discriminación, sin que ello signifique que no exista. Las personas que se sienten discriminadas por una medida, se sienten igualmente ajenas a sus derechos. El sistema judicial es lento e incapaz de dar respuesta inmediata a una violación del principio de igualdad de trato fuera del ámbito laboral. Los abogados en ejercicio no estamos preparados para este tipo de litigación y

para colmo la satisfacción que se obtiene, en muchas ocasiones es irrelevante. Creo que sería necesaria una mayor difusión a las directivas, reformas legislativas que permitan reclamaciones civiles en materia de discriminación que no estén basadas exclusivamente en la acreditación del daño que reclama, y por supuesto, la dotación de medios técnicos y humanos en la administración de justicia que permita la comprensión de este tipo de pleitos.

Muchas gracias