

LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

Doctor en Derecho / Graduado Social

SUMARIO: I. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO COMUNITARIO: 1. La Directiva 97/80/CE y su posterior refundición en la Directiva 2006/54/CE. 2. La jurisprudencia comunitaria. II. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN POR OTROS MOTIVOS EN EL DERECHO COMUNITARIO: 1. Las normas probatorias de la Directiva 2000/43/CE y de la Directiva 2000/78/CE. 2. La jurisprudencia comunitaria. III. LA PRUEBA ESTADÍSTICA. IV. EL APOYO PÚBLICO A LAS VÍCTIMAS DE DISCRIMINACIÓN. V. UNA BREVE CONSIDERACIÓN FINAL.

I. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO COMUNITARIO:

1. La Directiva 97/80/CE y su posterior refundición en el Directiva 2006/54/CE.

Ninguna de las directivas comunitarias sobre materia de igualdad de los sexos de los años setenta y ochenta contenía normas sobre carga de la prueba. Como tantas otras veces en el ámbito de la tutela de la igualdad, las elaboraciones iniciales surgieron –con el también usual precedente de la jurisprudencia estadounidense¹- del activismo del Tribunal de Justicia. Y

¹ El Tribunal Supremo, en el Caso Green vs McDonnell Douglas, 411 US 792 (1973), consideró que al demandante le basta demostrar un “*prima facie case of discrimination*” –en el caso, el rechazo a contratar a un solicitante cualificado perteneciente a una minoría quedando vacante el puesto de trabajo o ocupado por alguien que no era de esa minoría- y, hecho esto, se desplaza la prueba al empleador porque, como todo empleador actúa racionalmente, conoce y puede explicar las razones de su decisión y, si no lo hace, el motivo más probable del rechazo es la discriminación. La doctrina ha sido matizada en el Caso St.

surgieron asociadas a la introducción del concepto de discriminación indirecta, que traslada el centro de gravedad de la conducta discriminatoria de la intencionalidad al impacto adverso no justificado de un colectivo femenino: la STJUE de 31.1.1981, C-96/80, Caso Jenkins, es la primera en que se distribuyen los papeles en orden a la prueba de la discriminación².

Más frontal y detalladamente –sin una específica limitación a la discriminación indirecta- se abordaron las cuestiones probatorias en la STJUE de 17.10.1989, C-109/88, Caso Danfoss, donde –en un auténtico *“leading-case”*- se afirma que *“cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos”*.

Tales elaboraciones –en cuanto no obligan a una prueba plena, suponen admitir la prueba estadística y excluyen la prueba de la intención de la discriminación- chirriaban más en los ordenamientos de civil law que en los ordenamientos de common law³. En Francia⁴ las conductas

Mary's Honor Society vs Hicks, 509 US 502 (1993), en el sentido de que, aún si el empleador ofrece una explicación que el demandante demuestra injustificada, el órgano judicial puede concluir –según las circunstancias- que no hay discriminación, sin que exista un derecho automático del demandante basado en la normativa antidiscriminatoria a obtener sentencia favorable ante la ausencia de una prueba plena.

² La STJUE de 31.1.1981, C-96/80, Caso Jenkins, sobre diferencias salariales en trabajos a tiempo parcial, una sentencia iniciática de la jurisprudencia europea sobre discriminación sexista indirecta, es, asimismo, la primera donde, al acoger ese concepto de discriminación indirecta, no se exige acreditar la intención de discriminar, y se erige la acreditación del impacto adverso en el dato que obliga a la otra parte a acreditar una justificación no discriminatoria de la conducta causante de ese impacto adverso. De este modo, se distribuyen los papeles entre quien alega la discriminación y quien se opone al alegato de una manera que, en poco tiempo –SSTJUE de 13.5.1986, C-170/84, Caso Bilka, de 13.7.1989, C-171/88, Caso Rinner-Kühn, de 13.12.1989, C-102/88, Caso Ruzius-Wilbrink, de 27.6.1990, C-33/89, Caso Kowalska, de 7.12.1991, C-184/99, Caso Nimz, o de 4.6.1992, C-360/90, Caso Bötzel-, se consolidará como un test de discriminación sexista indirecta muy usado en el ámbito del trabajo a tiempo parcial.

³ Donde a un demandante civil le basta con probar la mayor probabilidad de sus evidencias frente a las del demandado –juicio de verosimilitud- dentro de un sistema de prueba libre –se admite cualquier medio de prueba, salvo determinadas excepciones-, mientras en los ordenamientos de civil law a un demandante civil se le exige probar la verdad de sus alegatos –juicio de veracidad- dentro de un sistema que regula legalmente los medios de prueba. Otra diferencia es que, mientras en los ordenamientos de common law

discriminatorias eran ilícitos penales o sancionadores en cuya investigación actuaba de oficio el órgano judicial y en cuyo enjuiciamiento se utilizaba una presunción de inocencia que dificultaba las condenas. Cuando se abrió el camino de los procesos civiles o, en su caso, laborales alegando discriminación, el peso de la tradición llevaba muchas veces a no estimar las demandas si no se podía acreditar la existencia de una falta empresarial.

Ciertamente, estas elaboraciones encajaban más fácilmente en los ordenamientos de common law. En el Reino Unido, a principios de los noventa, ya se admitía, para resolver los casos de discriminación, la utilización de inferencias apropiadas a partir de los hechos primarios objeto de apreciación por el órgano jurisdiccional. Ahora bien, el órgano judicial no estaba obligado a utilizar inferencias para extraer la conclusión de discriminación prohibida. Dicho de otra manera, el Derecho del Reino Unido no imponía al empresario el deber legal de probar la inexistencia de discriminación; a la parte demandada le correspondía meramente la carga táctica o probatoria de explicar el trato que había dispensado al empleado⁵.

Buscando la armonización para una mayor efectividad de las normas sobre igualdad, y después de varios intentos más ambiciosos⁶, se aprobó la

el deber de lealtad procesal tiende a permitir el acceso del demandante a las pruebas en poder del demandado, pudiendo el juez conminar a su exhibición, en los de civil law el juez, según la tradición romanista, no está facultado a requerir la exhibición a la parte que dispone de la prueba, ni a realizar cualquier otra investigación de oficio o a instancia de parte, e incluso se ha llegado a considerar hecho delictivo el quedarse el trabajador con copias de documentos de la empresa a los efectos probatorios.

⁴ Las referencias al derecho francés las he tomado de Sophie LATRAVERSE, quien destaca otra diferencia entre los ordenamientos de common law y de civil law, en cuanto en los ordenamientos de common law el deber de lealtad procesal tiende a permitir el acceso del demandante a las pruebas en poder del demandado, pudiendo el juez conminar a su exhibición, mientras en los ordenamientos de civil law el juez, según la tradición romanista, no está facultado a requerir la exhibición a la parte que dispone de la prueba, ni a realizar cualquier otra investigación de oficio o a instancia de parte, e incluso se ha llegado a considerar hecho delictivo –seguimos hablando del derecho francés– el quedarse el trabajador con copias de documentos de la empresa a los efectos meramente probatorios, “The challenge of evidence in implementing EU discrimination law in Civil Law Countries – The example of France” (ERA – Triers, Abril 2005), accesible en www.era-comm.eu (con versión en alemán, español, francés, inglés e italiano).

⁵ Así se derivaba del Caso Glasgow City Council contra Zafar [1998] ICR 120, Cámara de los Lores. Con relación a la situación del derecho inglés anterior a 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, nos remitimos a Rachel CRASNOW, “Proving discrimination: the shift of the burden of proof and access to evidence” (ERA – Triers, Septiembre 2014), accesible en www.era-comm.eu (con versión en alemán e inglés).

⁶ La Comisión presentó el 27 de mayo de 1988 una Propuesta de Directiva, que fue sometida varias veces a discusión sin llegar a aprobarse por el Consejo. Otro intento fallido fue a través del diálogo social

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, cuyo objetivo –según su artículo 1- es “*(el) 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 en vía jurisdiccional después de haber recurrido, en su caso, a otros órganos competentes*”.

Igualmente es positivo el haber definido –en su artículo 2- la discriminación indirecta “*cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo*”. Recoger aquí esta definición obedece a la importancia de la prueba en los juicios sobre discriminación indirecta. Como dice el Considerando 19 del Preámbulo, “*la prueba de la discriminación es aún más difícil de aportar cuando la discriminación es indirecta*”, y eso hace que sea “*necesario definir(la)*”.

Donde la Directiva falla es cuando –en su artículo 3- establece un ámbito de aplicación limitado porque, aunque se incluyen “*las situaciones cubiertas por el artículo 119 del Tratado CEE y las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, y en la medida en que exista discriminación por razón de sexo, las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CEE*”⁷, no se incluye,

amparado en el Protocolo Social del Tratado de Maastricht. La última Propuesta –y que sirvió de base para la Directiva 92/80/CE- fue presentada por la Comisión el 20 de septiembre de 1996. Se trataba de textos, en líneas generales, con contenidos más completos que el texto final de la Directiva 97/80/CE: su ámbito de aplicación se extendía a la Seguridad Social Pública; el desplazamiento de la carga de la prueba se admitía expresamente cuando la parte demandada aplique un sistema o tome una decisión no transparente; se exoneraba a la parte demandante de acreditar la existencia de una falta de la parte demandada; se garantizaba la instrucción judicial efectiva de las demandas de discriminación; y se regulaba un derecho de acceso de la parte demandante a documentos en poder de la parte demandada.

⁷ La inclusión de las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CEE –actual 2010/18/UE- “*en la medida en que exista discriminación por razón de sexo*” resulta bastante confusa porque no solo ellas sino cualquier otra –por ejemplo, las directivas sobre salud laboral, jornada de trabajo, sucesión de empresas o garantías en la

acaso por el temor a una avalancha de quejas causante de un desequilibrio financiero, la 79/7/CEE sobre Seguridad Social Pública⁸. Tampoco la 2012/41/UE sobre actividades autónomas. Por no citar, ni siquiera se cita la 86/378/CEE, modificada por la 96/97/CE, sobre Seguridad Social Privada, aunque esta está incluida al estar incluida en el ámbito del 119 del TCEE⁹.

La Directiva –asimismo en su artículo 3- acaba de completar su ámbito cuando, desde otra perspectiva, afirma su aplicación “*a cualquier procedimiento civil o administrativo relativo a los sectores público o privado que prevea un recurso con arreglo al derecho nacional en la aplicación de las disposiciones contempladas*”, esto es tanto procesos judiciales como procedimientos administrativos, salvo los “*extrajudiciales de carácter voluntario o previstos en el derecho nacional*” –en particular, procedimientos de mediación y conciliación, según el Considerando 12 del Preámbulo-. Por lo demás, “*la presente Directiva no se aplicará a los procesos penales, salvo que los Estados miembros así lo dispusieren*”.

Al regular –en su artículo 4- la distribución de la carga de la prueba – que es, propiamente, el contenido normativo de la norma comunitaria-, se establece –en términos de generalidad tanto en cuanto a la carga probatoria de la persona demandante como en cuanto a la carga probatoria de la persona demandada- que, “*cuando una persona que se considere*

crisis de empresa- dictada sobre empleo o condiciones de trabajo –que son los ámbitos de la 75/117/CEE y la 76/207/CEE- se entienden incluidas “*en la medida en que exista discriminación por razón de sexo*”.

⁸ ¿Qué ocurre si se trata de una prestación social vinculada a la maternidad? ¿Prevalece la exclusión de la 79/7/CEE o la inclusión de la 92/85/CEE? ¿Se aplican o no, en consecuencia, las normas sobre la flexibilización de la carga de la prueba? El Tribunal Superior de Justicia de Galicia (España) ha planteado cuestión prejudicial al TJUE acerca de si se aplican o no las normas sobre la carga de la prueba de la discriminación sexista a la situación de riesgo durante la lactancia natural, que es la trasposición en el derecho español de la dispensa de trabajo establecida en el artículo 5.3 de la Directiva 92/85/CEE, habiéndose optado, según permite su artículo 11, por su cobertura a través de una prestación social. La cuestión prejudicial, que ha sido admitida con el número C-531/15, Otero Ramos, se encuentra en trámite, habiendo realizado alegaciones el Instituto Nacional de la Seguridad Social de España, así como la parte demandante, y la Comisión, estas dos últimas a favor de aplicar las reglas sobre la carga de la prueba.

⁹ Según es jurisprudencia reiterada en múltiples ocasiones desde su primera manifestación en la STJUE de 7.5.1990, C-262/88, Caso Barber. Y la aplicación de la Directiva 97/80/CE a la Seguridad Social Privada se confirma con la Directiva 2006/54/CE, en cuanto se refunde la 86/378/CEE, modificada por la 96/97/CE, y en cuanto se colocan entre las disposiciones horizontales de aplicación general a todas las directivas refundidas las normas relativas a la carga de la prueba –también refundidas- de la 97/80/CE.

perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponderá a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato” –artículo 4.1-

Una interpretación apegada a la literalidad de la norma –donde se utiliza la palabra “*presumir*”- nos conduciría al reconocimiento de una prueba de indicios en su sentido más clásico, es decir, a partir de un hecho base o indicio plenamente acreditado se deduce, conforme a un criterio racional, el hecho consecuencia de la discriminación sexista. Estaríamos ante la denominada prueba indirecta frente a la prueba directa de la discriminación sexista. Aunque estaríamos realizando, en ambos casos, un juicio de veracidad, es decir, se estaría obligando al demandante a una prueba plena, bien directamente del hecho de la discriminación sexista, o bien indirectamente del hecho base o del indicio que nos permita deducirla.

Sin embargo, es posible otra interpretación más amplia si la palabra “*presumir*” la entendemos en un sentido más lato que permitiría admitir juicios de verosimilitud, como el principio de prueba o la prueba prima facie, a primera vista o de la verdad interina, que se basan en justificaciones, pruebas semiplenas o apariencias frente a la prueba plena¹⁰. Los antecedentes judiciales apuntan en esa dirección al admitir la prueba estadística¹¹. Y la Directiva 2006/54/CE lo confirma cuando, en el

¹⁰ Utilizaremos a lo largo de la exposición los términos principio de prueba, prueba prima facie, a primera vista o de la verdad interina, y el de justificaciones, pruebas semiplenas o apariencias, en el sentido sustancialmente equivalente de mecanismos probatorios que trasladan al órgano judicial la sospecha vehemente de la existencia de discriminación alejándose, en mayor o menor medida, del modelo de referencia que, en los ordenamientos de civil law, supone la prueba plena sea directa o indirecta. Conviene advertir la ausencia de un consenso doctrinal en orden al sentido exacto de cada uno de esos conceptos. Hemos optado por la unificación terminológica expuesta aún a riesgo de haber cometido algunas imprecisiones, porque esas imprecisiones parecen irrelevantes a los efectos de nuestra exposición.

¹¹ La prueba estadística aparece expresamente aludida en el Considerando 10 de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, modificativa de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Refundidas estas Directivas en la Directiva 2006/54/CE.

Considerando 30 de su Preámbulo, afirma que *“deben adoptarse disposiciones para garantizar que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación”*.

Hay otras dos precisiones en orden a la regla de la carga de la prueba deducibles del artículo 4.1 de la Directiva. La primera es la necesidad, para desplazar la prueba a la parte demandada, de acreditar *“hechos”*, no bastando, en consecuencia, con la integración de la parte demandante en el sexo discriminado, pues eso es el presupuesto para que exista la discriminación, pero no un hecho del cual esta se pueda inferir. Y la segunda es, en cuanto a la carga de la prueba de la parte demandada, la necesidad de acreditar que *“no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”*, que no supone probar un hecho negativo, sino el hecho positivo de una actuación *“inocente”* desde la perspectiva de la igualdad.

En todo caso, la Directiva contempla una cláusula de posible mejora del nivel de protección en los derechos internos –artículo 4.2-, apreciándose una cada vez mayor convergencia entre los ordenamientos del common law –Reino Unido¹²- y los del civil law donde la legislación, la jurisprudencia y la doctrina científica están progresivamente admitiendo inferencias basadas en juicios de verosimilitud –Italia¹³, España¹⁴ o

¹² En el Reino Unido, el artículo 136 de la Equality Act 2010 establece: *“(1) Este artículo se aplica a cualquier procedimiento relativo a la vulneración de esta Ley. (2) Si existen hechos en base a los cuales el órgano jurisdiccional podría concluir, en ausencia de cualquier otra explicación, que una persona (A) ha vulnerado la disposición de que se trate, el órgano jurisdiccional deberá considerar que existe vulneración. (3) Pero el subapartado (2) no se aplicará si A demuestra que A no ha vulnerado la disposición”*. Detalla Rachel CRASNOW los factores a considerar según la jurisprudencia inglesa para la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba en los juicios de discriminación, así como los mecanismos específicos instaurados a favor de la parte demandante dirigidos a obtener información a los efectos de entablar con eficacia una acción judicial, en particular los cuestionarios, que son un formulario preguntas redactadas al efecto a las que debe contestar la parte demandada, *“Proving ...”*, obra citada.

¹³ En Italia, el artículo 40 del Decreto Legislativo de 11 de abril de 2006, número 198, Código de igualdad de oportunidades hombre mujer –que refunde el artículo 4.6 de la Ley de 10 de abril de 1991, número 125- establece el desplazamiento de la carga de la prueba cuando la parte demandante acredite *“hechos, incluso derivados de datos estadísticos”* que establezcan *“de manera precisa y concordante la presunción de la existencia de actos, acuerdos o conductas discriminatorias por razón de sexo”* (la traducción es propia). Según el artículo 2729 del Código Civil de Italia, la presunción simple solo la admitirá el juez si es grave, precisa y concordante, de modo que, al faltar la gravedad en el antes citado artículo 40, la doctrina entiende se establece un mecanismo probatorio menos exigente que el derivado de

Bélgica¹⁵-. Por lo demás, se faculta a los derechos internos a implantar la investigación de oficio de los hechos, en cuyo caso no se aplica la regla de distribución de la carga de la prueba –artículo 4.3-, lo cual resulta lógico porque la víctima no se sujeta en tales procesos a ninguna carga probatoria.

Queda solo por apuntar la importancia de la Directiva en la evolución posterior de las directivas sobre la tutela de las otras igualdades¹⁶ y sobre la tutela de la igualdad de los sexos en ámbitos no laborales¹⁷, así como su refundición en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006¹⁸, y, más concretamente, en su artículo 19, que sistemáticamente se coloca dentro del Capítulo sobre “*recursos y cumplimiento*” donde aparecen las

la prueba de indicios y que se suele asimilar a un juicio de verosimilitud “*id quod plerumque accidit*”, valorando la conformidad de la actuación empresarial con los criterios típicos de gestión de la empresa.

¹⁴ En España, la jurisprudencia constitucional ha admitido el principio de prueba como palanca suficiente, al igual que los indicios, a los efectos de desplazar la carga de la prueba, desde las Sentencias 90/97, de 6 de mayo, 74/1998, de 31 de marzo, y 87/1998, de 21 de abril, aclarando –Sentencia 17/2003, de 30 de enero, y otras posteriores-, que, a esos efectos, “*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*”. Eso sí, “*en la aportación de una prueba verosímil o principio de prueba de la vulneración denunciada resultará insuficiente la simple afirmación de la discriminación o lesión de un derecho fundamental lo mismo que reflejar tal afirmación en unos hechos*” –Sentencia 41/2006, de 13 de febrero-.

¹⁵ En Bélgica, el artículo 33 de la Ley de 10 de mayo de 2007, sobre lucha contra la discriminación entre mujeres y hombres, después de establecer, en su apartado 1, una norma general sobre carga de la prueba, enumera no exhaustivamente, en sus apartados 2 y 3, hechos suficientes para presumir una discriminación directa, a saber “*(1) elementos que presentan alguna recurrencia de un trato desfavorable en relación con el mismo sexo ... o (2) elementos que revelan una situación de peor trato de la víctima con relación a la situación de una persona comparable*”, o una discriminación indirecta, a saber “*(1) estadísticas generales relacionadas con la situación del grupo del que la víctima es parte, o hechos de conocimiento general; o (2) la utilización de un criterio intrínsecamente sospechoso; o (3) informaciones estadísticas básicas reveladoras de un trato desfavorable*” (la traducción es propia). Fácilmente se comprueba con su simple lectura la superación de los estándares probatorios característicos de ordenamientos de civil law.

¹⁶ 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, y artículo 8 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, que comprende en su ámbito las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

¹⁷ Artículo 9 de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

¹⁸ En el Considerando 30 del Preámbulo de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), se afirma, y es de interés destacarlo en cuanto el Preámbulo de una Directiva es un elemento interpretativo de suma importancia, que “*la adopción de normas sobre la carga de la prueba tiene una gran importancia para garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato*”, que “*deben adoptarse disposiciones para garantizar que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación*”, que “*la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción*

demás cláusulas de protección jurisdiccional efectiva –demostrando la consideración de la normativa sobre la carga de la prueba como una de las mismas-, y dentro del Título sobre “*disposiciones horizontales*” aplicable, en consecuencia, a la totalidad de los ámbitos de la Directiva 2006/54/CE.

2. La jurisprudencia comunitaria.

Mientras los órganos legiferantes comunitarios hacían sus deberes aprobando directivas donde se han plasmado normas sobre la distribución de la carga de la prueba de la discriminación sexista, el Tribunal de Justicia, que fue motor de arranque de ese proceso normativo, ha continuado aplicando la distribución de la carga de la prueba de la discriminación sexista, y, atendiendo a la totalidad de su jurisprudencia, se pueden alcanzar las siguientes conclusiones sobre la distribución de la carga de la prueba de la discriminación sexista –que, con las debidas adaptaciones, se podrían extender a otras formas de discriminación conformando un auténtico derecho común de tutela de la igualdad de trato-:

1^a. Incluso antes de la Directiva 97/89/CE, se afirmaba que “*la carga de la prueba puede ser desplazada cuando ello se revele necesario para no privar a los trabajadores víctimas de discriminación aparente de todo medio eficaz para hacer que se respete el principio de igualdad de retribución*” –STJUE de 27.10.1993, C-127/92, Caso Enderby-. Así, y aplicando la Directiva 97/89/CE, “*cuando un empleado alega que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato en su perjuicio y presenta hechos que permiten presumir la existencia de discriminación directa o indirecta ... corresponde a la demandada probar que no se ha vulnerado dicho principio*” –STJUE de 10.3.2005, C-196/02, Caso Nikoloudi-.

de haberse producido una discriminación directa o indirecta sigue correspondiendo al órgano nacional competente”, y que “(resulta admisible) un régimen probatorio (interno) que resulte más favorable”.

2ª. Le corresponde, en consecuencia, al demandante acreditar hechos de los cuales se deduzca la discriminación, o sea, si esta es retributiva, (1) *“que percibe una retribución inferior a la que el empresario paga a su compañero de trabajo del sexo opuesto ... (que) realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor”* –STJUE de 26.6.2001, C-381/99, Caso Brunnhofer-, o (2) *“a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos”* cuando el sistema de retribución de la empresa se caracteriza por *“la falta total de transparencia”* –STJUE de 17.10.1989, C-109/88, Caso Danfoss-.

Obsérvese que, mientras la comparativa se hace en el Caso Danfoss sobre un número relativamente importante de trabajadores cualquiera que fuese su categoría o su puesto de trabajo, en el Caso Brunnhofer es de dos puestos de trabajo. También es posible entre dos categorías profesionales distintas aún siendo diferente el convenio colectivo aplicado a la categoría feminizada de logopedas y a la masculinizada de farmacéuticos –STJUE de 27.10.1993, C-127/92, Caso Enderby-. Por lo tanto, lo interesante no es fijar una regla comparativa siempre válida sino buscar en cada caso concreto la situación discriminatoria sexista, y ello obliga a utilizar, también en cada caso, diferentes índices en orden a lograr dicha finalidad.

3ª. La STJUE de 9.2.1999, C-167/97, Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez, que es el asunto en el que la prueba estadística se presentó en sus perfiles más técnicos, ha establecido, para la valoración de los datos estadísticos a efectos de acreditar discriminación indirecta en una norma, las siguientes tres condiciones: *“si se refieren a un número suficiente de individuos, si no constituyen la manifestación de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos”*. Respecto a la referencia temporal de la estadística, el juez nacional *“tras*

tomar en consideración todas las circunstancias jurídicas y fácticas pertinentes”, determinará la fecha para apreciar la legalidad de la norma¹⁹.

En la STJUE de 6.12.2007, C-300/06, Caso Ursula Voß, se reitera, siguiendo la doctrina del Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez, que *“el mejor método de comparación de estadísticas consiste en comparar la proporción de trabajadores afectados por (la) diferencia de trato, por un lado, entre la mano de obra masculina y, por otro, la misma proporción entre la mano de obra femenina”*, existiendo una apariencia de discriminación sexista *“si los datos estadísticos disponibles muestran que el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial dentro del grupo de trabajadoras mujeres es considerablemente mayor que el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial dentro del grupo de trabajadores varones”*.

4ª. Según la STJUE de 21.7.2011, C-104/10, Caso Kelly, la normativa sobre la carga de la prueba de la discriminación no prevé el derecho de un candidato a una formación profesional, que considera que el acceso a esta se le ha denegado a causa de la inobservancia del principio de igualdad de trato, a acceder a la información que posee el organizador de esa formación sobre las cualificaciones de los demás candidatos, aunque matiza que no se podrá denegar el acceso a la información si, en el contexto de la prueba de tales hechos, se frustra el efecto útil de la normativa comunitaria. En ese caso, el organizador facilitará la información respetando las garantías de confidencialidad de las personas candidatas.

5ª. Frente a la prueba del demandante, al demandado le corresponde (1) *“negar que los requisitos de aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras se cumplan en su caso”*, lo

¹⁹ Hay dos posibilidades teóricas, una es la de atender a todo el tiempo de aplicación de la norma –criterio diacrónico-, y otra es la de atender a un momento concreto –criterio sincrónico-, lo cual abre el problema de cuál es el momento a considerar, si el de adopción de la norma –lo que supondría obligar a los poderes públicos a legislar con una perspectiva de género- o si el de su aplicación –lo que supondría considerar los eventuales cambios sociales posteriores a la adopción de la norma-. La cuestión tenía su importancia en el Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez porque, entre la fecha de adopción de la norma y la de su aplicación, habían transcurrido ocho años. El Tribunal de Justicia eludió ofrecer una respuesta universal.

que sería una contraprueba dirigida a desvirtuar la existencia de los indicios de discriminación –o, más sencillamente, un contraindicio-, o (2) “*invocar razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo, para justificar la diferencia de retribución*”, lo que sería una prueba plena en contrario tendente a romper el enlace entre la existencia de unos hechos indiciarios, que no se niegan, con la existencia real de una discriminación por razón de sexo –STJUE de 26.6.2001, C-381/99, Caso Brunnhofer-.

II. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN POR OTROS MOTIVOS EN EL DERECHO COMUNITARIO:

1. Las normas probatorias de la Directiva 2000/43/CE y de la Directiva 2000/78/CE.

Tanto 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, como 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 –refiriéndose, como es sabido, en concreto a la discriminación por motivos de la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual-, contienen disposiciones sobre “*carga de la prueba*”, la 2000/43/CE en su artículo 8 y la 2000/78/CE en su artículo 10, en ambos casos dentro del Capítulo dedicado a “*recursos y cumplimiento*”.

Coinciden literalmente ambas disposiciones entre sí y con las normas paralelas sobre discriminación sexista. Así, los artículos 8 de la Directiva 2000/43/CE y 10 de la Directiva 2000/78/CE, establecen, en su apartado 1, que “*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”.

Lo dispuesto “*se entenderá sin perjuicio de ... normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante*” –apartado 2 de los citados artículos 8 y 10 de una y otra Directiva-, “*no se aplicará a los procedimientos penales*” –apartado 3-, ni “*en los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente*” –apartado 5-. Pero sí se aplicará en la acción judicial seguida por “*asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo previsto en la presente Directiva*” –apartado 4-.

Solo aparecen algunas precisiones adicionales en los Preámbulos de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE. Ambos contemplan las pruebas estadísticas –Considerandos 15 de ambas Directivas-. El de la 2000/43/CE –no el de la 2000/78/CE- utiliza –Considerando 21- la expresión “*a primera vista*”. Y el de la 2000/78/CE –no el de la 2000/43/CE- afirma –Considerando 31- que “*no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual*”.

De este modo, ha producido una evidente extensión de las reglas sobre la carga de la prueba de la discriminación por razón de sexo en el empleo y la ocupación a otras discriminaciones y a otros ámbitos diferentes con la técnica –muy utilizada en el ámbito de la normativa comunitaria relativa a la tutela antidiscriminatoria- que gráficamente algunos han llamado “*técnica de las muñecas rusas*” en la medida en que las sucesivas

normas lo que hacen es reiterar los contenidos de las anteriores y extenderlos a nuevos ámbitos, sin que –hasta el momento- se haya alcanzado la extensión de todas las normas de tutela antidiscriminatoria a todas las discriminaciones y a todos los ámbitos donde estas pueden operar.

Al margen de la crítica de esta técnica normativa, que va reforzando la tutela antidiscriminatoria a cuentagotas cuando la vinculación de los derechos humanos a la dignidad de la persona obligaría a su declaración y reconocimiento universal sin establecimiento de etapas normativas, el aspecto positivo es la progresiva creación de un derecho común europeo sobre tutela antidiscriminatoria, de modo que, en la cuestión que ahora nos ocupa, se puede afirmar la existencia de un acervo comunitario sobre la carga de la prueba en todos aquellos ámbitos en los cuales las directivas comunitarias sobre igualdad resultan aplicables. Y la consecuencia obvia es que todas esas normas comunes se pueden interpretar de manera uniforme.

2. La aplicación judicial.

Ya el TJUE ha tenido la ocasión de aplicar las normas sobre la carga de la prueba de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE en cuatro Sentencias: la STJUE de 10.7.2008, C-54/2007, Caso Feryn –sobre el artículo 8 de la 2000/43/CE-, la STJUE de 17.6.2008, C-303/2006, Caso Coleman –sobre el artículo 10 de la 2000/78/CE-; la STJUE de 19.4.2012, C-415/2010, Caso Meister –sobre el artículo 8 de la 2000/43/CE, el artículo 10 de la 2000/78/CE y el artículo 19 de la 2006/54/CE-; y la STJUE de 25.4.2013, C-81/2012, Caso Accept; y la STJUE de 16.7.2015, C-83/2014, Caso CHEZ Razpredelenie Bulgaria –estas dos últimas ambas sobre el artículo 10 de la 2000/78/CE-. Una primera impresión ratifica que estamos antes normas que, si bien relativas a diferentes discriminaciones, son normas comunes y, en suma, susceptibles de interpretación uniforme.

En el Caso Feryn, que se refiere a una discriminación étnica o racial sobre un colectivo difuso, se considera que *“las declaraciones públicas mediante las que un empleador da a conocer que, en el marco de una política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial bastan para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria”*, agregando que *“incumbe en tal caso a ese empleador probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato ... demostrando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones”*. La declaración de hechos probados la hará, aplicando esas reglas, el órgano judicial nacional.

En el Caso Coleman, que se refiere a una discriminación directa y acoso a la persona cuidadora de un discapaz –considerando se trata de una discriminación por asociación a causa de la discapacidad-, se razona –aunque luego nada se diga en el Fallo- que a tales casos se aplica el artículo 10 de la Directiva 2000/78/CE, debiendo la Sra. Coleman *“acreditar hechos que permitan presumir que existe una discriminación directa”* –Párrafo 54- o *“acoso”* –Párrafo 62-, y, si los acredita, los demandados deberán acreditar que no se vulneró el principio de igualdad. La enseñanza de la expuesta doctrina judicial es que cualquier discriminación o acoso se pueden beneficiar de las normas de flexibilización de la carga de la prueba.

En el Caso Meister, que es un supuesto donde la demandante alega la existencia de un rechazo al empleo por una discriminación múltiple acumulativa –por su sexo, su edad y su origen étnico-, se decide –trayendo a colación la doctrina sentada en la STJUE de 21.7.2011, C-104/10, Caso Kelly- que las normas sobre carga de la prueba de las tres Directivas implicadas *“deben interpretarse en el sentido de que no prevén el derecho de un trabajador que alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación y cuya candidatura no ha sido*

seleccionada de acceder a la información que indica si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato”.

Sin embargo, *“no cabe excluir que una denegación total de acceso a la información por una parte demandada pueda constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta”.* Eso sí, *“incumbe al tribunal remitente verificar si así sucede en el asunto principal, tomando en consideración todas las circunstancias del litigio del que conoce”*, aunque –en la fundamentación jurídica- se apuntan –sin duda con la finalidad de ofrecer una respuesta útil al órgano judicial nacional- varias circunstancias a tomar en consideración –y que conducen sin duda alguna hacia la sospecha de una discriminación-:

- Que, *“a diferencia de lo que ocurría en el asunto que dio lugar a la Sentencia Kelly, antes citada, parece ser que el empresario demandado en el litigio principal denegó totalmente a la Sra. Meister el acceso a la información cuya comunicación solicitaba esa Señora”* –Párrafo 44-.

- Que *“Speech Design (la empresa demandada) no niega la adecuación entre el nivel de cualificación de la Sra. Meister y el mencionado en el anuncio de contratación, y la doble circunstancia de que, pese a ello, el empresario no la convocó a una entrevista con vistas a la contratación, y la interesada tampoco fue convocada en el nuevo proceso de selección de candidatos para ocupar el puesto ofrecido”* –Párrafo 45-.

En el Caso Accept se cuestiona si las declaraciones sobre la no contratación de un jugador debido a su orientación sexual realizadas por quien se presenta públicamente como el principal directivo de un club de fútbol pueden constituir un indicio de discriminación por orientación sexual. Como ocurría en el Caso Feryn, no se trata de simples opiniones, sino de declaraciones con trascendencia sobre la realidad de las cosas –que en las ciencias lingüísticas se conocen como “actos del habla” o “speech

acts”-. En el Caso Accept, el Tribunal de Justicia tiene la ocasión de profundizar en la doctrina sobre la prueba que había iniciado en el Caso Feryn. Al respecto, el TJUE alcanza en su fallo las siguientes conclusiones:

- Que, aunque las declaraciones no provengan de quien no dispone necesariamente, desde el punto de vista jurídico, de la capacidad para vincular al club de fútbol o representarlo en materia de contratación de personal, esas declaraciones pueden ser indicios de discriminación si quien las hace “se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo de dicho club”.

- Que, en cuanto a la contraprueba de la empresa, no se la puede exigir “una prueba imposible de aportar sin violar el derecho de respeto a la vida privada”, como sería la de obligarla a demostrar que en el pasado se contrató a otras personas con determinada orientación sexual –Párrafo 57-. Una contraprueba lícita sería “una reacción de la parte demandada de que se trate distanciándose claramente de las declaraciones públicas que dieron lugar a la apariencia de discriminación, así como la existencia de disposiciones expresas en materia de política de contratación de personal de esa parte demandada al objeto de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato en el sentido de la Directiva 2000/78” –Párrafo 58-.

En el Caso CHEZ RB, se cuestiona si es una discriminación indirecta por razón de origen racial o étnico la práctica de una empresa de distribución de electricidad consistente en colocar los contadores eléctricos a una altura superior a la habitual en los barrios de población gitana alegando la prevención de manipulaciones fraudulentas. Aunque es al órgano remitente a quien corresponde valorar si hay indicios para presumir la existencia de discriminación, el Tribunal de Justicia, dando una respuesta útil, ha destacado los siguientes aspectos a considerar –Párrafos 81 a 84-:

- Que “(la) empresa estableció la práctica discutida solo en barrios urbanos habitados mayoritariamente, de forma notoria, por nacionales búlgaros de origen gitano, al igual que el barrio Gizdova Mahala”.

- Que “en diversos asuntos (seguidos ante el organismo de igualdad competente según el derecho búlgaro) ... RB afirmó creer que los daños y las conexiones ilícitas son obra principalmente de esos nacionales de origen gitano (y) esas afirmaciones podrían sugerir en efecto que la práctica discutida se sustenta en estereotipos o prejuicios de orden étnico, de forma que los motivos raciales se combinan así con otros motivos”.

- Que “CHEZ RB, no obstante haber sido requerida en ese sentido por (el) tribunal (remitente) en virtud de la carga de la prueba, se abstuvo de presentar pruebas de los daños y manipulaciones de contadores y de las conexiones ilícitas alegados, arguyendo que eran de notoriedad pública”.

- Que “el tribunal remitente también debe tener en cuenta el carácter forzoso, generalizado y duradero de la práctica discutida, que, por el hecho de que se extendió así a todos los habitantes del barrio, con abstracción de si los contadores individuales de estos se habían manipulado o habían servido para conexiones ilícitas, y de la identidad de los autores de esos actos, así como por el hecho de que la referida práctica aún se mantiene, más de un cuarto de siglo después de haber sido establecida, sugiere que los habitantes de ese barrio, en el que es notorio que habitan principalmente nacionales búlgaros de origen gitano, son considerados en conjunto autores potenciales de esos actos ilícitos”.

Una relectura de estos razonamientos demuestra, a los efectos de desplazar la carga de la prueba, una clara utilización de juicios de verosimilitud al lado de declaraciones y negativas a aportar información.

La STJUE concluye –Párrafo 85- que, si el tribunal remitente llegara a apreciar la existencia de una presunción de discriminación, la carga de la prueba recaerá en el demandado, quien ha de demostrar que no hubo

violación de dicho principio, en el caso *“demostrando que la instauración de la práctica discutida y su mantenimiento actual no se basan en modo alguno en la circunstancia de que los barrios afectados sean barrios habitados principalmente por nacionales búlgaros de origen gitano, sino exclusivamente en factores objetivos ajenos a cualquier discriminación”*.

III. LA PRUEBA ESTADÍSTICA.

Discriminación indirecta y prueba estadística presentan una íntima relación teórica y práctica, aunque la misma puede ser más o menos intensa, apreciándose dos modelos, uno estricto y otro atenuado. El modelo estricto es característico de los Estados Unidos, donde se manejan de manera más técnica las pruebas estadísticas, utilizando criterios bastante bien definidos para cuantificar el impacto adverso –los más utilizados son la tasa negativa de rechazos²⁰ y el análisis de desviaciones²¹-. Pero el problema surge al definir los elementos de la comparación, tanto dentro de la empresa²², como el otro elemento de comparación –el número de candidaturas²³ o el de personas capaces dentro del área de la empresa²⁴-.

²⁰ La Equal Employment Opportunities Comision ha acogido en las Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures la regla de la tasa negativa de rechazos, o regla de los 4/5, o del 80%, que se estructura en cuatro pasos: (1) Calcular la tasa de seleccionados de cada grupo –por ejemplo, si se contrataron 52 de 100 aspirantes blancos, la tasa es del 52%, y si se contrataron 14 de 50 aspirantes negros, la tasa es del 28%- (2) Tomar el grupo con más contratados –en el ejemplo, los blancos-. (3) Dividir la tasa de seleccionados de un grupo por la tasa de seleccionados del grupo con más contratados –en el ejemplo, dividir 28 entre 52-. (4) Si el resultado es inferior a 4/5, o sea a 0,80, hay indicios de impacto adverso –en el ejemplo, el resultado es 0,538, de donde hay indicios de impacto adverso-. Fuente: Adoption of questions and answers to clarify and provide a common interpretation of the Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures, Federal Register 44, número 43, 2.3.1979, página 11998.

²¹ En el Caso Hazelwood School District vs United States, 433 US 299 (1977), se aceptó utilizar el análisis de desviaciones, considerándose significativas las superiores al doble o al triple. Veamos cómo se aplicó. La Escuela de Hazelwood contrató, de 1972 a 1974, a 15 profesores negros en 405 contrataciones. Se sustentó la demanda del Gobierno en que, como en el área de empleo –incluyendo la Ciudad de Sant Louis- había un 15,4% de personas negras calificadas, lo esperable sería haber contratado 62 profesores negros, suponiendo la desviación –de 15 a 62- más del cuádruplo: hay indicios de impacto adverso. Pero, descontando la Ciudad de Sant Louis, se reducía al 5,7% el porcentaje de personas negras calificadas, de donde lo esperable sería haber contratado 23 profesores negros, lo que suponía una desviación –de 15 a 23- de menos del doble: no hay indicios de impacto adverso. El Tribunal Supremo –que directamente no resuelve- establece criterios de valoración de esas estadísticas, devolviendo el asunto al juez de instancia.

²² No es lo mismo valorar la estructura sexual de la totalidad de la plantilla de una empresa, lo cual imposibilitaría la prueba del impacto adverso en empresas con elevada mano de obra femenina no

Indudablemente esas dificultades, de las cuales lo anterior es solo un botón de muestra, han llevado a relativizar la importancia de la prueba estadística del impacto adverso en Europa, de modo que, en la jurisprudencia británica los tribunales han confiado más en el sentido común y su general experiencia y conocimiento, que en concienzudas estadísticas, que de otra parte no son exigibles al empresario con relación con la composición sexual de la empresa. También en los Estados Unidos han surgido críticas, destacando por su gracejo la de aquel juez que afirma que *“demasiadas personas utilizan las estadísticas como un hombre borracho utiliza una farola: como un soporte y no como iluminación”*²⁵.

Sea como fuere, los datos estadísticos aportados son un punto de partida en la aplicación de la doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba a los casos de discriminación sexista indirecta. Pero su aportación no es una exigencia cuyo no riguroso cumplimiento lleve a desestimar la acción. Cada caso obligará a determinar si los datos estadísticos aportados, por sí solos o unidos a otras pruebas y al conocimiento judicial de la realidad social, nos permiten configurar el panorama indiciario determinante de la inversión de la carga de la prueba. De ahí la relatividad de unas reglas rigurosas de valoración estadística y de ahí, asimismo, la imposibilidad de fijar unas reglas de validez universal en todos los casos.

IV. LA ASISTENCIA PÚBLICA A LAS VÍCTIMAS DE DISCRIMINACIÓN.

calificada, que valorar la estructura sexual de una categoría profesional elevada o de los trabajadores contratados a consecuencia de determinada oferta empresarial, que son criterios mucho más exigentes.

²³ Son las denominadas *“flow statistics”*. Inconveniente de este criterio es que, al atender a las personas candidatas, pueden quedar fuera, por la configuración discriminatoria de la oferta, personas calificadas.

²⁴ Son las denominadas *“stock statistics”*. Inconveniente de este criterio —que es el seguido en las Guidelines de la EEOC— es que no siempre es fácil determinar cuál es el área de actuación de la empresa.

²⁵ *“Too many use statistics as a drunk man uses a lamppost – for support and not for illumination”*, según dice el Caso Keely versus Westinghouse Electric Corporation, 404 FSupp. 573 (E.D.Mo. 1975).

El artículo 13.2 de la Directiva 2000/43/CE –sin correspondencia en la Directiva 2000/78/CE–, el artículo 12.2.a) de la Directiva 2004/113/CEE y el artículo 20.2.a) de la Directiva 2006/54/CE atribuyen a los organismos de fomento de la igualdad la competencia de “*prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación*”. Y la asistencia a las víctimas debe necesariamente comprender aspectos probatorios, lo cual es especialmente relevante en aquellos supuestos de discriminación indirecta donde la aportación de la prueba estadística puede no estar al alcance de las personas individuales dadas sus dificultades técnicas y dados sus costes económicos.

Ya el artículo 4 de la Propuesta de Directiva relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, de 24.5.1988, obligaba a los Estados miembros a establecer “*las medidas necesarias para que los tribunales y otras instancias competentes puedan adoptar medidas dirigidas a asegurar la instrucción efectiva de las demandas de discriminación*”. Que esta norma no haya pasado al texto definitivo de la 97/80/CE, ni aparezca en la 2000/43/CE, la 2000/78/CE, o la 2006/54/CE, no justifica a las legislaciones nacionales para desentenderse del apoyo probatorio a las víctimas de la discriminación cuando tales Directivas obligan en general a un apoyo público a las víctimas de la discriminación²⁶.

V. UNA BREVE CONSIDERACIÓN FINAL.

Las reglas generales de distribución de la carga de la prueba que se concretan en los clásicos aforismos “*ei incumbit probatio qui dicit, non qui*

²⁶ Un ejemplo de asistencia pública a las víctimas de discriminación se encuentra, en el derecho español, en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva para Mujeres y Hombres (2007), que establece que, a efectos de la aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba, “*el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes*” –que puede ser cualquiera cuyas competencias se correspondan con la utilidad de la prueba, y no solo los organismos de igualdad–. La Ley reguladora de la Jurisdicción Social (2011) permite al órgano judicial solicitar dicho informe o dictamen en cualquier proceso sobre discriminación.

negat” y “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, se muestran demasiado rígidas cuando se trata de acreditar una conducta discriminatoria porque dichas conductas son polimórficas, al presentar múltiples matices, y habitualmente escondidas bajo apariencia de legitimidad, de modo que, al ser la prueba un factor esencial en la tutela frente a esas conductas, ha surgido la necesidad de flexibilizar las reglas sobre la carga de la prueba con medidas probatorias abiertas, so riesgo de dejar las normas sobre igualdad y derechos humanos en el limbo de las declaraciones de buenas intenciones.

Ahora bien, no estamos –ni en las elaboraciones normativas y jurisprudenciales del derecho comunitario ni en las elaboraciones normativas y jurisprudenciales de los derechos internos- ante una auténtica inversión de la carga de la prueba en sentido técnico jurídico estricto porque al demandante le corresponde la carga de realizar alguna actividad probatoria, sino ante una distribución de la carga de la prueba, de modo que, una vez el demandante ha cumplido esa carga, se desplaza al demandado el acreditar la existencia de motivos ajenos a la discriminación o lesión de derechos fundamentales, lo cual, si ha actuado con racionalidad –algo presumible de un buen empresario-, no le debiera ser difícil acreditar.

Una distribución de la carga de la prueba entre los litigantes que tiende a aligerar, aliviar, atenuar, corregir, facilitar, flexibilizar o modular – por utilizar algunas de las expresiones más usadas- la carga de la prueba del demandante, mientras se sobrecarga la del demandado. Aunque los criterios de distribución no son rígidos, sino abiertos, susceptibles de acomodación a cada caso particularizado. Por ello, la distribución de la carga de la prueba de la discriminación o lesión de los derechos fundamentales no se puede condensar en un enunciado cerrado, sino que es un mandato de receptividad de los jueces a las sugerencias doctrinales sobre la conveniencia de flexibilizar la aplicación de las normas sobre la prueba.