



CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO Y TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA

DOCUMENTO DE TOMA DE POSICIÓN No.5

***LA CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS DE
DISCRIMINACIÓN***

María Laura Rojas Vallejo
Camila Soto Mourraille

Dirigidos por

César Rodríguez Garavito
Nelson Camilo Sánchez León
Isabel Cavalier Adarve

Programa de Justicia Global y Derechos Humanos
Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes
Carrera 1 No. 18A-10, Bloque RGC, Piso 3
Tel. (+571) 3 39 4949
Fax. (+571) 3 32 4535
www.justiciaglobal.uniandes.edu.co
justiciaglobal@uniandes.edu.co

Human Rights Clinic
School of Law, university of Texas at Austin
Tel: (512) 232-4857
<http://www.utexas.edu/law>

Mayo de 2009

Tabla de contenido

Prefacio4

Presentación y propósito del texto5

1. La regulación de la inversión de la carga de la prueba para casos de discriminación en los sistemas internacionales5

 1.1 La inversión de la carga de la prueba en el sistema internacional6

 1.2 Prácticas del sistema regional europeo sobre la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación9

 1.3 Prácticas del sistema regional interamericano sobre el estándar de la carga de la prueba en casos de discriminación12

 1.4. Descripción de algunas prácticas nacionales relevantes en torno al tema14

2. Conclusiones y recomendaciones22

Prefacio

La Organización de Estados Americanos (OEA) está discutiendo la adopción de una “Convención Interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia” (Proyecto de Convención). El Programa de Justicia Global y Derechos Humanos y el Observatorio de Discriminación Racial de la Universidad de los Andes en conjunto con la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho Universidad de Texas en Austin, ha preparado la siguiente serie de ensayos con el fin de aportar al proceso de negociación del Proyecto de Convención. El propósito de estos ensayos es profundizar y fortalecer el proceso de negociación del Proyecto y facilitar la participación de las organizaciones de la sociedad civil. Los ensayos analizan áreas particulares del Proyecto de Convención que se han identificado como problemáticas.

La serie está compuesta por cinco ensayos. El primero, elaborado por Kimberly Kamienska-Hodge y John Lajzer, explica los beneficios de tener una convención cuyo objeto se limite a la discriminación racial, y los detrimentos de una que aborde múltiples formas de discriminación a la vez. El segundo ensayo fue elaborado por Sara Leuschke, y examina los 28 motivos de discriminación que están actualmente incluidos en el Proyecto de Convención, en el contexto del acercamiento de la comunidad internacional a la discriminación. El tercero elaborado por Juan Zarama y Héctor Herrera, resalta la importancia de reconocer las dimensiones colectivas de la discriminación, especialmente en grupos históricamente marginados como los afrodescendientes e indígenas. El cuarto, que fue elaborado por Annie Depper, hace un recuento de los mecanismos de acciones judiciales colectivas que existen en las normas nacionales e internacionales, y aboga por la inclusión de un mecanismo de este tipo en la convención. El quinto y último ensayo, elaborado por María Laura Rojas y Camila Soto, identifica la necesidad de invertir la carga de la prueba en los casos de discriminación en el ámbito civil y promueve una regulación de la inversión de la carga de la prueba más amplia en el Proyecto de Convención, en aras de garantizar el derecho efectivo a la igualdad a las víctimas de discriminación. El primero, el segundo y el cuarto fueron escritos bajo la dirección de Ariel E. Dulitzky, el tercero y el quinto fueron escritos bajo la dirección de César Rodríguez Garavito, Nelson Camilo Sánchez León e Isabel Cavelier Adarve.

Presentación y propósito del texto

El Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes es una clínica de Derechos Humanos que impulsa acciones jurídicas, estudios, cursos e intervenciones públicas que promueven el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Programa de Justicia Global y Derechos Humanos hace parte del Observatorio de Discriminación Racial (ODR) junto con el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJuSticia- y el Proceso de Comunidades Negras. El ODR es un espacio sistemático y específico que se dedica a documentar prácticas de discriminación racial en Colombia y a emprender acciones sociales, políticas y jurídicas para combatirlas. El Observatorio publicó en el año 2008 el primer informe sobre derechos humanos y discriminación racial en Colombia, disponible en inglés y español en la página web de Justicia Global www.justiciaglobal.info. Igualmente, en octubre de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo una audiencia con Justicia Global sobre la discriminación racial y la situación de la población afrodescendiente en Colombia.

El ODR y el Programa de Justicia Global y DDHH, de la mano con la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho Universidad de Austin Texas, están interesados en participar en el proceso de preparación de la Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (Convención), aportando al debate que se llevará a cabo en la Conferencia de los Estados en Junio de 2009.

De esta manera, este ensayo hará referencia al tema de la carga de la prueba en los casos de discriminación racial. Específicamente, 1) describirá el manejo de este asunto en otras convenciones, en la práctica internacional, y en jurisprudencia y legislación de la región y, 2) hará algunas recomendaciones sobre el desarrollo que se considera más adecuado para incluir en la Convención Interamericana, teniendo en cuenta las necesidades regionales.

1. La regulación de la inversión de la carga de la prueba para casos de discriminación en los sistemas internacionales

Este aparte está dedicado a revisar cómo se ha tratado el tema de la carga de la prueba en la práctica internacional, regional y nacional. El propósito de esta revisión es el de dar luces en el proceso de adopción de la posible Convención Interamericana sobre Discriminación sobre cómo se ha abordado este tema en otros sistemas, con el fin de extraer las buenas prácticas. Así, esta sección se divide en cuatro partes: la primera (1.1) repasa la práctica del sistema internacional; la segunda (1.2) se dedica a la revisión del sistema regional europeo, en que se han reportado avances con respecto al tema de la inversión de la carga de la prueba; la tercera (1.3) hace referencia a los avances realizados por el sistema

interamericano y la cuarta (1.4) hace una revisión de las prácticas nacionales en las que se ha institucionalizado la inversión de la carga de la prueba para casos de discriminación.

1.1 La inversión de la carga de la prueba en el sistema internacional

Los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos contienen la obligación de los estados de asegurar a todas las personas el derecho a la igualdad. Este derecho, incluye igualdad ante los tribunales. Así, los Estados están obligados a garantizar no sólo el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, sino a brindar asistencia jurídica, recursos efectivos y reparaciones proporcionales a las violaciones sufridas por las víctimas. Estos deberes adquieren mayor importancia cuando quienes acuden a los aparatos judiciales pertenecen a grupos históricamente marginados y vulnerables, y aún más si lo hacen con el propósito de denunciar casos de discriminación.

Es por esto que los instrumentos sobre la prevención de la discriminación incluyen disposiciones específicas en torno a los casos de discriminación y a las garantías judiciales necesarias para las víctimas.¹

Así, la Convención contra todas las formas de discriminación racial (CEDR) establece que los estados deben “asegurar protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial”². La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) compromete a los estados a “garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”³.

Adicionalmente, la Declaración de Durban declara que “es requisito ineludible de justicia que se dé acceso a la justicia a las víctimas de violaciones de los derechos humanos resultantes de discriminación racial (...) así como asistencia jurídica si procede, y protección y recursos eficaces y apropiados” y el Programa de Acción de ésta “subraya la importancia de que los denunciantes víctimas de actos de racismo y discriminación racial tengan acceso a la protección de la ley y de los tribunales, y señala la necesidad de dar a

¹ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada el 21 de diciembre de 1965, art. 6. [en adelante CERD]; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979, art. 2. [en adelante CEDAW]; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979, art. 2. [en adelante CEDAW]; Declaración y el Programa de Acción de Durban, adoptados en la Conferencia Mundial contra el Racismo de agosto 2001, § 104 y §165.

² CERD, *supra nota* viii, art. 6

³ CEDAR, *supra nota* viii, art. 2

conocer ampliamente los recursos judiciales y otros remedios legales existentes y de que éstos sean fácilmente accesibles, rápidos y no excesivamente complicados”⁴.

Así las cosas, salta a la vista el compromiso que tienen los estados con los sectores vulnerables en torno a realizar los esfuerzos necesarios para garantizar la igualdad de condiciones ante los tribunales, especialmente, al tratarse de casos de discriminación. Ahora bien, para garantizar esta igualdad es importante que se proporcionen garantías en todas las etapas procesales, incluyendo la etapa probatoria, esto teniendo en cuenta que el material probatorio es el fundamento de cualquier decisión judicial.

Resulta especialmente difícil para las personas probar que han sido objeto de discriminación, más aun si se tiene en cuenta que en la discriminación suele adoptar formas muy sutiles o que pueden ocultarse con facilidad. De esta manera, se hace necesario flexibilizar en los procesos civiles la regla general según la cual quien alega - el demandante - debe aportar las pruebas necesarias para la ejecución del proceso. De no ser así, se niega o por lo menos se limita radicalmente el acceso a los tribunales a los individuos que aspiran a denunciar un caso de discriminación ante el sistema y por medio de ello, su derecho a recibir la reparación integral y proporcionada al daño que se les ha causado.

En esta medida, se hace indispensable que los estados, a la hora de diseñar los procedimientos a los cuales se van a someter los casos de discriminación, formulen modelos que se compadezcan con la dificultad probatoria de éstos. De lo contrario, incumplirían sus compromisos internacionales adquiridos mediante la adopción de los ya citados instrumentos.

Los Comités de monitoreo de los instrumentos internacionales para la prevención de la discriminación ya han realizado este tipo de interpretaciones en su jurisprudencia. De esta manera, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) se ha basado en el artículo 6 de la Convención (relacionado con el derecho a recursos efectivos, igualdad ante los tribunales, etc.) para recomendar a los estados parte, a través de las observaciones finales, que consideren la posibilidad de adoptar modelos acordes con los obstáculos probatorios en los casos sobre discriminación. Entre estos, se puede mencionar la observación al estado de Zambia en el 2005 en la cual el Comité:

[Alentó] al Estado Parte a que considere la posibilidad de regular la carga de la prueba en las actuaciones civiles que entrañan discriminación racial, de modo que una vez que una persona haya demostrado que existen indicios suficientes de que ha sido víctima de dicha

⁴ Declaración y el Programa de Acción de Durban , *supra nota* viii, § 104 y §165.

discriminación, corresponderá al demandado presentar pruebas que justifiquen de manera objetiva y razonable el trato diferenciado (negrilla fuera del texto).⁵

Así mismo, en 2006 este mismo Comité relacionó las limitaciones probatorias y la rigidez en torno a la carga probatoria en los procesos de discriminación con la falta de acceso a los tribunales de las víctimas de discriminación. En este caso, en que examinó la situación en el Estado de Guyana, el Comité estimó que las circunstancias generaban una situación de impunidad frente a los casos de discriminación, y observó,

[Q]ue tan sólo se han presentado unas cuantas denuncias sobre actos de discriminación racial ante la Comisión de Relaciones Étnicas y que no se ha interpuesto ninguna ante los tribunales, algo que, según el Estado Parte, puede atribuirse en parte a los estrictos términos probatorios que se exigen en un proceso judicial y a las dificultades para conseguir testigos en una sociedad tan pequeña como la guyanesa.

El Comité recomienda al Estado Parte que considere la posibilidad de dividir la carga de la prueba en los procesos civiles y administrativos una vez que el demandante haya demostrado suficientemente que se ha cometido un acto de discriminación racial, y que asigne los fondos necesarios para los programas de protección de testigos en casos de discriminación racial (negrilla fuera del texto)⁶.

Recomendaciones similares se han realizado a los estados de Islandia (2005)⁷, Australia (2005)⁸ y Moldova (2008)⁹.

Así, de las obligaciones internacionales consagradas en los diferentes instrumentos que consolidan el sistema internacional de derechos humanos, se deriva para los estados un deber que consiste en realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar igualdad de condiciones a los miembros de grupos tradicionalmente discriminados a la hora de acceder a la justicia, máxime cuando se trata de un caso de discriminación.

Así las cosas, es necesario que la Convención Interamericana Contra el Racismo y toda Forma de Discriminación e Intolerancia esté en concordancia con los estándares internacionales que existen actualmente y de esta manera le dé la importancia que requiere al tema de la regulación de la carga de la prueba.

⁵Comité de CERD, Observaciones finales del Comité de CERD: Zambia, § 18, Doc. ONU CERD/C/ZMB/CO/16 (1 de noviembre de 2005)

⁶Comité de CERD, Observaciones finales del Comité de CERD: Guyana, § 21, Doc. ONU CERD/C/GUY/CO/14 (4 de abril de 2006)

⁷Comité de CERD, Observaciones finales del Comité de CERD: Islandia, § 14, Doc. ONU CERD/C/ISL/CO/18 (1 de noviembre de 2005)

⁸Comité de CERD, Observaciones finales del Comité de CERD: Australia, § 15, Doc. ONU CERD/C/AUS/CO/14 (14 de abril de 2005)

⁹Comité de CERD, Observaciones finales del Comité de CERD: Moldova, § 10, Doc. ONU CERD/C/MDA/CO/7 (16 de mayo de 2008)

1.2 Prácticas del sistema regional europeo sobre la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación

El tema de la inversión de la carga de la prueba ha sido recogido por el sistema de la Comunidad Europea en diversas directivas, así como en pronunciamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos.

El Consejo Europeo tiene tres directivas que tratan de manera directa el tema de la discriminación; éstas se refieren a la discriminación por sexo¹⁰, por raza y etnia¹¹ y la discriminación en el empleo¹². Las tres Directivas tienen un artículo común (4, 8 y 10 respectivamente) que hace referencia a la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación:

“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.” (Negrillas fuera del texto)

Por lo tanto, en casos en los que se alegue discriminación, no corresponderá al demandante probarla, sino al demandado demostrar que no hubo trato desigual, o que si lo hubo, éste estaba justificado. En las tres directivas, el segundo numeral de los respectivos artículos sobre carga de la prueba, dejan abierta la posibilidad a los estados de establecer, además de la inversión de la carga de la prueba, regímenes más favorables para las víctimas de la discriminación. También, se establece que la inversión en la carga de la prueba no aplica en procesos penales.

La inversión de la carga de la prueba contemplada en las directrices europeas permite establecer ciertas presunciones en contra del demandado. Dichas presunciones deben ser desvirtuadas por éste exponiendo una causa que justifique su actuación. En este sentido, la ausencia de justificación, en un caso penal sería constitutiva del tipo delictual. Así las cosas, al implementar esta inversión en casos penales, estaría operando una presunción legal en contra del demandado que resulta contraria al derecho a la presunción de inocencia, esencial en el ámbito penal.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² 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.

La Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado en diferentes casos, reconociendo por un lado, la situación de vulnerabilidad de las víctimas de la discriminación, y por otro, la dificultad probatoria para acreditar suficientemente el trato discriminatorio basado en los criterios sospechosos o prohibidos. En consecuencia la Corte ha establecido la necesidad de invertir la carga de la prueba en casos de discriminación. A continuación exploramos en detalle tres de ellos.

El 26 de febrero de 2004, la Sala de la Corte Europea falló el caso *Nachova*¹³ en el que plantea un estándar de la prueba diferente al de la “prueba más allá de toda duda razonable”. El nuevo estándar es menos estricto, y permite la inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación, así como la valoración de diferentes medios de prueba como datos estadísticos. En este caso la Corte falló sobre una serie de ejecuciones extrajudiciales realizadas por militares del Estado de Bulgaria. Los demandantes alegaron que dichas ejecuciones estaban relacionadas con el origen étnico de las víctimas, pertenecientes a la comunidad Roma.

La Sala estableció en este caso que probar la discriminación racial puede llegar a ser extremadamente difícil en la práctica (§ 159). Por esta razón, la Sala reitera que, a pesar de que el criterio utilizado para la carga de la prueba es el de la “prueba más allá de toda duda razonable”, este estándar no debe entenderse de manera tan rígida en los procesos criminales. Se establece que ha sido práctica de la Corte la flexibilización de dicho estándar teniendo en cuenta el derecho vulnerado, y la dificultad probatoria del caso (§ 166). Con base en lo anterior, la Sala considera que en los casos en que las autoridades no han realizado una investigación exhaustiva por actos de violencia cometidos por agentes estatales, y han omitido posible evidencia de actos discriminatorios, puede haber presunciones en contra del Estado, o una inversión en la carga de la prueba hacia el Gobierno demandado (§ 169).

Con base en los hechos concretos del caso, la Sala estableció que se generaba una inversión en la carga de la prueba hacia el demandado (§ 171). Esto implica que le corresponde a éste convencer a la Corte, a partir de evidencia adicional o una explicación convincente sobre los hechos, de que los hechos objeto de la demanda no fueron el resultado de actitudes discriminatorias por parte del Estado.

Sin embargo, esta decisión, fue revisada por la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁴ a solicitud del Estado parte. La Gran Sala encontró, unánimemente, que había una violación de carácter procedimental del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, referida a la prohibición de discriminación, en cuanto a que el Estado no investigó los posibles motivos racistas detrás de los hechos alegados en el caso. Sin

¹³ Corte Europea de Derechos Humanos. Sala. *Caso Nachova y otros vs. Bulgaria*. 26 de febrero de 2004.

¹⁴ Corte Europea de Derechos Humanos. Gran Sala. *Caso Nachova y otros vs. Bulgaria*. 6 de julio de 2005.

embargo, en una decisión de 11 votos contra seis, la Gran Sala estableció que no había habido una vulneración sustancial del artículo 14 en cuanto a los alegados motivos racistas detrás de los hechos del caso. Es decir, en esta decisión, la Gran Sala no permitió la inversión en la carga de la prueba que se había realizado en el fallo de 2004.

A pesar de lo anterior, la decisión reitera que en ciertas circunstancias puede invertirse la carga de la prueba, como eventos en los cuales los hechos ocurrieron exclusivamente bajo la vigilancia del Estado. También, es muy importante resaltar que la Corte no descarta la posibilidad de que en algunos casos de discriminación pueda ser necesaria la inversión en la carga de la prueba, como casos de discriminación en el empleo o en la prestación de servicios (§ 157). La razón por la cual no admite la inversión en este caso es porque considera que dicha inversión supondría hacer que el demandado pruebe la ausencia de una motivación subjetiva, lo cual resulta problemático en casos en los que se alegan actos violentos con motivos racistas.

Teniendo en cuenta este precedente del caso Nachova, se ha ido consolidando una jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en la que opera la inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación. Este estándar probatorio ha sido retomado más adelante por la Corte en otros fallos.

El 13 de noviembre de 2007 la Corte falló un caso de discriminación en el acceso a la educación de los niños de la comunidad Roma¹⁵. Los demandantes sostuvieron que los niños de la comunidad estaban siendo tratados en la República Checa de manera menos favorable que otros niños en situaciones comparables, sin que hubiera alguna razón objetiva o una justificación razonable. En este caso la Corte estableció que una vez los demandantes han mostrado que existe una diferencia de trato, corresponde al Gobierno demostrar que éste ha sido justificado. Esto corresponde a una excepción al principio *affirmanti incumbit probatio*, según el cual quien alega debe probar (§ 181). La Corte consideró que la posición particular de los Roma como una minoría vulnerable, debe ser tenida en cuenta para la protección de sus derechos. En casos en que se esté alegando discriminación directa o indirecta, debe establecerse un estándar de la prueba menos estricto, para lograr la protección de los derechos de la comunidad.

Finalmente, el 4 de marzo de 2008¹⁶, la Corte falló otro caso de discriminación de un miembro de la comunidad Roma. El demandante alega que fue golpeado por un policía y que éste no fue juzgado. Arguyó que ambas conductas tuvieron una motivación racista. La Corte en este caso decidió que se invertía la carga de la prueba para que el Gobierno de

¹⁵ Corte Europea de Derechos Humanos. Sección Segunda. *Caso D.H. y otros vs. la República Checa*. 13 de noviembre de 2007.

¹⁶ Corte Europea de Derechos Humanos. Sección Tercera. *Caso Stoica vs. Rumania*. 4 de marzo de 2008.

Romania demostrara que el maltrato del policía y la falta de investigación, no ocurrieron dentro del marco de prejuicios racistas.

Estos casos fallados por la Corte Europea de Derechos Humanos han ido sentando un precedente claro y contundente con relación a la inversión de la carga de la prueba para casos de discriminación. Este precedente jurisprudencial, junto con las directivas del Consejo Europeo que han sido citadas, permiten concluir que la inversión de la carga de la prueba es necesaria para la protección de las víctimas de la discriminación en sus diferentes formas. Esto se debe a la dificultad probatoria que implica para quien alega haber sido discriminado, aportar los elementos probatorios suficientes para acreditar una motivación contraria al principio de igualdad. Por lo tanto, en estos casos y con el objetivo de brindar una real protección contra la discriminación, debe corresponder al demandado probar que su actuación no constituye un caso de discriminación. Es claro también que la inversión en la carga de la prueba no exime al demandante de probar, al menos sumariamente, hechos que permitan presumir un caso de discriminación directa o indirecta que justifique la inversión de la carga de la prueba.

En este sentido, la jurisprudencia y reglamentación del sistema regional europeo constituyen la práctica más contundente y transparente frente al tema de la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación. Los avances del sistema europeo en la materia deberán servir como ejemplo de buena práctica a la hora de diseñar una futura Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación y toda forma de Intolerancia.

1.3 Prácticas del sistema regional interamericano sobre el estándar de la carga de la prueba en casos de discriminación

Si bien el tema de la inversión de la carga de la prueba no ha sido tan ampliamente desarrollado en el sistema interamericano, es importante destacar el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) frente a un caso de discriminación racial en Brasil.¹⁷ En el caso, los peticionarios alegaron que el Estado no garantizó el derecho a la justicia y al debido proceso al haber archivado la indagatoria policial con base en que no existían argumentos para una denuncia penal, según la legislación interna (§ 114). La decisión de la justicia brasilera fue tomada a pesar de que en la investigación la policía detectó indicios de prueba suficientes y adecuados para la denuncia penal por discriminación racial (§ 15 y 97). Con base en la jurisprudencia interna de Brasil, la CIDH observó que la mayoría de los jueces requerían la comprobación de tres elementos para la procedencia de acciones penales por discriminación racial: 1) prueba directa del acto

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 66/66. Caso 12.001 fondo Simone André Diniz. Brasil. 21 de Octubre de 2006.

discriminatorio 2) prueba directa de la discriminación del ofensor al ofendido 3) prueba de la relación de causalidad entre aquéllas.

Frente a este estándar de la prueba, la CIDH determinó que “Para el autor, la exigencia de todos estos elementos para la comprobación del acto racista, representa una norma “probatoria” muy rigurosa, difícil de alcanzar. En consecuencia, el ofensor podría replicar cualquiera de estos tres elementos argumentando no ser una persona prejuiciosa, no tener una visión prejuiciosa del ofendido o que esa visión no constituyó la motivación.” (§ 80). Incluso, la Comisión consideró esta práctica como constitutiva de discriminación indirecta por impedir el reconocimiento de los derechos de los afrodescendientes a no ser discriminados y a acceder a la justicia para que se repare la violación (§ 87).

A pesar de que en este caso la CIDH no se pronunció frente a la inversión de la carga de la prueba, sí lo hizo en cuanto a la necesidad de flexibilizar el estándar probatorio que corresponde al demandante en casos de discriminación. De esta forma, la Comisión estableció que en aras de cumplir con las obligaciones internacionales de garantizar el derecho a la igualdad y el acceso a la justicia, los estados no deben adoptar en sus legislaciones internas requisitos para la prueba de la discriminación, que sean tan rígidos que en la práctica no se sancionen los casos de discriminación racial, quedando éstos en la impunidad.

De otro lado, también se puede rescatar la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre migrantes¹⁸. En dicho documento, la Corte IDH identificó que los extranjeros migrantes se encuentran en una situación de desigualdad frente a los demás en cuanto a las garantías judiciales. En esta medida, en aras de garantizar a los ciudadanos el derecho al debido proceso legal, los procesos judiciales deben compensar las desigualdades materiales existentes. Específicamente la Corte manifestó que:

“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales...y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*”. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.”¹⁹

A partir de lo anterior se puede decir que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos reconoce las dificultades procesales que enfrentan ciertos grupos de la población, entre los cuales se encuentran las víctimas de actos de discriminación, y en este sentido, exige a los Estados la adopción de medidas de compensación que garanticen el derecho al debido proceso a todos los ciudadanos. En este contexto, la implementación de la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación racial es ideal.

1.4. Descripción de algunas prácticas nacionales relevantes en torno al tema

En esta sección se hará una revisión de algunas prácticas nacionales relativas a la inversión de la carga de la prueba, con el fin de describir buenas prácticas que, desde las jurisdicciones nacionales, aporten al proceso de creación de la posible Convención Interamericana Contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia. En este ejercicio incluiremos ejemplos provenientes de las jurisdicciones de Estados Unidos, Canadá, Argentina, Colombia, Reino Unido y Suráfrica.

Estados Unidos

La Corte Suprema de los Estados Unidos fue pionera en la creación de un mecanismo para invertir la carga de la prueba en casos de discriminación denominado el McDonnell Douglas Test.

Dicho test fue inicialmente construido para valorar casos de discriminación en el empleo, pero hoy día se ha reformulado para estudiar casos de presunta discriminación en el acceso a lugares públicos. Así, en dicho modelo, en aras de establecer un caso prima facie de discriminación en un lugar abierto al público por motivos de raza, el accionante debe probar lo siguiente:

(1) que es miembro de un grupo protegido, en este caso afrodescendiente; (2) que sufrió un daño, que para el caso corresponde a la negativa al acceso a un lugar o servicio; (3) que la negativa en el acceso al lugar o servicio se basó en el hecho de pertenecer al grupo protegido; y (4) que fue tratado, en una situación similar, de manera diferente a personas no pertenecientes a este grupo.

El siguiente paso en el modelo probatorio propuesto corresponde a la parte demandada, pues una vez establecido un caso prima facie será responsabilidad de ésta probar, para librarse de responsabilidad, que las razones por las cuales se les ha negado el acceso son legítimas y no discriminatorias.

¹⁹ *Ibidem*. § 119

El caso de Estados Unidos constituye una referencia importante en tanto establece la necesidad de la inversión de la carga, y adicionalmente plantea cuáles son los supuestos que debe probar el demandante para que en el resto de la actuación procesal corresponda al demandado aportar los elementos necesarios para librarse de la responsabilidad.

Canadá

El Estado de Canadá también está obligado por las disposiciones internacionales universales y regionales que establecen las directrices que los estados deben seguir para regular los casos de discriminación, y promover el acceso a la justicia y a recursos efectivos para las personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados.

Dentro de las medidas que ha implementado el Estado canadiense cabe resaltar en primer lugar, la posibilidad de interponer una acción de índole judicial para denunciar un caso de discriminación, conforme a la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. Sin embargo, es importante aclarar que dicha Carta se refiere únicamente a las relaciones entre los particulares y el Estado.

Así las cosas, si una persona considera que ha sido discriminada, puede alegar una violación a la sección 15 de la Carta que dispone:

Igualdad de Derechos

15. (1) todos son iguales ante la ley y ésta se aplica igualmente a todos, y todos tienen derecho a la misma protección y al mismo beneficio de la ley, independiente de toda discriminación, especialmente de discriminación fundada en raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o deficiencias mentales o físicas.

(2) El párrafo (1) no precluye ninguna ley, programa o actividad destinada a mejorar la situación de individuos o de grupos menos favorecidos, especialmente en razón de su raza, origen nacional o étnico, de su color, de su religión, de su sexo, de su edad o de sus deficiencias mentales o físicas.

Bajo estos supuestos, y como se mencionó arriba, no existe en la jurisdicción canadiense una inversión automática de la carga de la prueba. No obstante, una vez el demandante “comprueba la discriminación, el acusado tiene que demostrar que es justificable al amparo de la sección 1 de la Carta (justificable en una sociedad libre y democrática). Conforme al Decreto sobre Derechos Humanos de Canadá, una vez que se ha demostrado un caso de

discriminación *prima facie*, corresponde al demandado demostrar que ha hecho ajustes hasta el punto de no imponer una carga desproporcionada.²⁰

Por último, el Código Laboral Canadiense²¹ incorpora un traslado de la carga de la prueba para los casos en que los empleadores no modifiquen las labores o trasladen a las trabajadoras que queden en embarazo cuando éstas lo soliciten por la existencia de un riesgo para su salud, la del feto o la del niño (24 semanas después del parto). Bajo estos supuestos, corresponde al empleador demostrar que dicha modificación o traslado era razonablemente imposible. La razón de esta inversión aplica para cualquier caso de discriminación, como por ejemplo discriminación racial, dado que el demandado tiene maneras de desvirtuar un trato discriminatorio mientras que el demandante no está en capacidad de probar que hubo discriminación.

Ahora bien, luego de este panorama del tratamiento de la carga de la prueba en el Sistema Jurídico Canadiense cabe decir que el actual proyecto de convención debería tener en cuenta como una posibilidad para regular este tema, la inclusión de tests como el mencionado en este segmento teniendo en cuenta que lo ideal es que tengan aplicación para cualquier caso de discriminación independiente de la naturaleza de los sujetos.

Argentina

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina también es un ejemplo interesante de buenas prácticas en la materia bajo examen. El Alto Tribunal argentino también ha establecido la necesidad de invertir la carga de la prueba en casos de discriminación. En noviembre de 2004²² la Corte falló un caso en que se demandó la inconstitucionalidad del artículo 177 de la Constitución de Buenos Aires, por establecer un trato discriminatorio entre ciudadanos argentinos de primera (“nativos”) y segunda clase (“naturalizados”) para acceder a determinados cargos públicos. Éste es un caso de discriminación por origen nacional puesto que el demandante no es ciudadano argentino de nacimiento sino por opción, y por esta razón no se le permite acceder a determinados cargos públicos.

Siguiendo la doctrina europea citada en el acápite anterior, la Corte argentina dijo que cuando se utiliza uno de los criterios sospechosos, prohibidos por el derecho a la igualdad de trato, existe una sospecha de ilegitimidad que conlleva a un desplazamiento de la carga de la prueba (considerando 4°). Esto implica que no corresponde al demandante probar que la norma es discriminatoria, sino al Estado justificarla. En el caso en particular, la Corte estableció que “*la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo*

²⁰ Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar un Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Doc. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-77/08. Pág. 7.

²¹ Código Laboral Canadiense. Artículos 204 y 205

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Hooff, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*. Buenos Aires. 16 de noviembre de 2004.

podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto” (considerando 6°). La Corte hace referencia a una serie de pasos a seguir para demostrar la constitucionalidad de la norma. En este caso la inversión en la carga de la prueba no consiste en el test mencionado, sino en el hecho de que, al haber presunción de inconstitucionalidad por el uso de un criterio sospechoso, quien debe realizar la evaluación de la norma es el demandado y no el demandante. En este caso, le corresponde al demandado demostrar la razonabilidad del trato diferente con base en el origen nacional.

Posteriormente, la Corte reiteró este criterio en otro caso de discriminación en razón del origen nacional²³. En el mencionado caso, una mujer de nacionalidad boliviana radicada en Argentina, demandó porque las autoridades administrativas se negaron a concederle la pensión por invalidez. La demandante padece de una incapacidad congénita desde su nacimiento y le niegan la pensión argumentando que no ha cumplido con los 20 años de residencia que exige la legislación argentina²⁴. En dicho caso la Corte encuentra una contradicción directa entre el decreto y el texto constitucional, además de establecer que la categorización realizada por el decreto es sospechosa de discriminación, por lo cual tiene una presunción de inconstitucionalidad. *“A partir de tal premisa, el juicio de razonabilidad de la norma... estará guiado por un escrutinio estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma... la que deberá realizar [la prueba sobre los fines perseguidos y medios utilizados]”*. Una vez más, la inversión en la carga de la prueba consiste en que, independientemente del tipo de de test utilizado, es el demandado quien debe realizarlo para justificar el trato diferente.

El caso argentino también aporta luces al debate, en la medida en que esclarece cómo, en casos de normas discriminatorias, debe operar también la inversión de la carga de la prueba. Así, será la entidad demandada y encargada de defender la constitucionalidad de la norma quién deba probar que la disposición establece una diferencia justificada. Además, establece con claridad cómo, en casos en que la diferenciación se fundamente en cualquiera de los “criterios sospechosos” o “prohibidos”, el mismo mecanismo debe operar: la prueba estará a cargo de quién hace la diferencia. De esta manera la práctica jurisprudencial argentina ratifica la práctica que se está constituyendo en costumbre tanto a nivel regional (como en el sistema europeo), como nacional (como en los casos nacionales estudiados en este acápite).

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *R. A., D. c/ Estado Nacional. Recurso de Hecho* Buenos Aires. 4 de septiembre de 2007.

²⁴ Artículo 1.e del anexo I del Decreto 432/97

Colombia

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha planteado de una manera más amplia los casos en que se invierte la carga de la prueba. Ha dicho la Corte que hay lugar a una excepción constitucional respecto de la carga de la prueba cuando se cuestiona la constitucionalidad de medidas que afecten los derechos fundamentales de personas pertenecientes a un grupo especialmente protegido, por su condición de vulnerabilidad. Esta regla jurisprudencial implica que, en cualquier caso de violación a los derechos fundamentales de grupos especialmente protegidos, y entre ellos, de todas aquellas personas que pueden ser víctimas de la discriminación, la carga de la prueba debe ser invertida.

Un ejemplo de la aplicación de esta regla jurisprudencial se encuentra en la sentencia T-764 de 2005. En esta oportunidad la Corte Constitucional falló un caso en el que miembros del sindicato de trabajadores de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, demandaron a la empresa por haber dado por terminados sus contratos sin justa causa. Alegaron también que ésta era una conducta anti sindical que va en contra del derecho fundamental a la libre asociación. La Corte hizo énfasis en la dificultad probatoria que implica para los demandantes aportar la evidencia suficiente que demuestre que el motivo del despido fue la discriminación anti sindical, puesto que el empleador tiene la facultad de dar por terminado el contrato de manera unilateral sin necesidad de justificar la decisión.

Lo anterior, unido a la posibilidad de que se esté violando un derecho fundamental de los trabajadores, llevó a la Corte a considerar que en este caso hay lugar a la inversión en la carga de la prueba: *“Esa circunstancia ha llevado a que la Corte haya elaborado una regla de inversión de la carga de la prueba, conforme a la cual en las hipótesis de estabilidad laboral reforzada, corresponde al empleador acreditar que la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión.”* (negrilla fuera del texto). La Corte estableció que la inversión en la carga de la prueba no exime al demandante de probar, al menos sumariamente, que el despido se efectuó en razón a la condición de especial protección. En otras palabras, el demandante conserva la responsabilidad de probar, siquiera sumariamente, la existencia de un trato diferente.

Esta jurisprudencia ha sido reiterada en otros fallos, como la sentencia T-1023 de 2007, en que se invierte la carga de la prueba en el caso de un portador de VIH que alega que, en razón de su condición de salud, la Dirección del Ejército Nacional ha sido renuente a brindarle la atención que necesita.

La regla jurisprudencial que se puede extraer de esta línea de sentencias implica que el derecho a la igualdad y la no discriminación, consagrado en el artículo 13 de la

Constitución colombiana de 1991, es un derecho fundamental y protege de manera especial a grupos vulnerables que puedan ser discriminados por cualquiera de los criterios enumerados en dicho artículo. Por lo tanto en casos de discriminación, opera la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al demandado justificar el trato diferente que se esté alegando.

En el caso específico de la discriminación racial, la Corte Suprema de Justicia colombiana también se pronunció en el mismo sentido. El 25 de septiembre de 2008 falló a favor un caso de tutela, aceptando la inversión de la carga de la prueba para casos de discriminación por motivos de raza²⁵. La acción de tutela fue interpuesta porque tres establecimientos de comercio en la ciudad de Bogotá, le negaron la entrada a un grupo de personas afrocolombianas, en razón de su origen étnico. La demanda pretendía, además de la indemnización por perjuicios, que se aceptase un estándar probatorio que consista en la inversión en la carga de la prueba en los casos de discriminación, en este caso racial. La demanda del grupo de afrocolombianos discriminados justificó la pretensión de inversión en la carga de la prueba en razón a la dificultad probatoria que suponía para ellos conseguir y aportar la evidencia necesaria para crear una convicción, más allá de toda duda razonable, de que la negativa de los establecimientos de comercio corresponde a razones y prejuicios racistas. En este caso la Corte Suprema acogió este argumento de los demandantes, condenando a los establecimientos de comercio por su conducta discriminatoria hacia los demandantes.

Este estándar probatorio aceptado por la Corte Suprema de Justicia colombiana supone además, que la evidencia que deben aportar los demandantes para acreditar el hecho de que éste sea un caso de discriminación, deba ser valorada de una manera menos estricta para que, una vez acreditado esto, corresponda al demandado (en este caso los establecimientos de comercio), justificar cuál fue el motivo por el que le negaron la entrada a estos lugares a los afrocolombianos.

El ejemplo de la jurisprudencia colombiana también es importante en la discusión, en la medida en que aporta una nueva perspectiva al tema bajo estudio, de acuerdo con la cual se hace posible incluso ampliar la regla de la inversión de la carga de la prueba para todos los casos de violación de derechos de personas pertenecientes a grupos especialmente protegidos. Esta regla jurisprudencial colombiana recalca la necesidad de adoptar un estándar probatorio de inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación, dada la condición de vulnerabilidad de las personas que son víctimas de actos discriminatorios de todo tipo. Es de notar que la regla aplicada por las Cortes colombianas se asemeja a la que es aplicada por la Corte Suprema argentina, y aún a la que es aplicada en la jurisprudencia

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sala Segunda de Decisión de tutelas. Bogotá. Septiembre 25 de 2008. M.P: Jorge Luis Quintero Milanés.

canadiense, constituyéndose así un eje que va del norte, pasando por el centro, llegando hasta el sur de las Américas, en que la práctica de la inversión de la prueba es una constante para los casos de discriminación. De estos ejemplos de buenas prácticas deberá inspirarse el proyecto de Convención Interamericana contra la Discriminación, para establecer el estándar probatorio correspondiente a los casos de discriminación, que implique la estandarización en las Américas de la protección judicial a las víctimas de este flagelo.

Reino Unido

Al analizar los desarrollos jurídicos que ha tenido Reino Unido en torno al problema de la discriminación es posible afirmar que este Estado no sólo ha cumplido con sus responsabilidades internacionales sino que ha ido más allá en la introducción de medidas novedosas y efectivas para tratar esta situación.

Este Estado ha logrado materializar sus compromisos legales internacionales a través de un mecanismo comprendido en la sección 65 del “Race Relations Act”²⁶. Esta normativa se compadece con las dificultades probatorias que implica para los demandantes iniciar un proceso de discriminación, es de fácil comprensión para cualquier ciudadano, y, por último, está diseñada para agilizar el aparato judicial. Esta norma incluye el diseño de una serie de preguntas tipo cuestionario elaboradas de tal manera que una persona que siente que ha sido objeto de discriminación debe poder responder con una descripción del tratamiento recibido y las razones por las cuales considera que este tratamiento no es acorde a la ley.

Posteriormente, otro cuestionario es enviado al supuesto agresor, para que éste relate su versión de los hechos. Si el agresor niega la existencia de un tratamiento discriminatorio, debe justificar sus razones. Con la información derivada del cuestionario se puede decidir si llevar el asunto a instancias judiciales o no, pues el material recogido es suficiente para iniciar un proceso. Incluso, dentro del proceso, las cortes o tribunales pueden hacer inferencias con base en las preguntas no contestadas sin razón o de las respuestas contestadas erróneamente o con evasivas.

El modelo descrito arriba puede considerarse como una inversión de la carga de la prueba pues corresponde al acusado desvirtuar el acto discriminatorio. Sin embargo, el sistema no es desproporcionadamente gravoso para quién es acusado de discriminación, en la medida en que no hay lugar a un proceso legal siempre y cuando responda adecuadamente el cuestionario; en caso de iniciarse uno, tendrá claridad acerca del objeto de la disputa.

En síntesis, el caso de Reino Unido debe tenerse en cuenta para la elaboración de la Convención Interamericana contra el Racismo y toda Forma de Discriminación al implementar un mecanismo que tiene en cuenta las necesidades específicas de los

²⁶ Disponible en <http://www.equalityhumanrights.com/Documents/CRE/PDF/rr65.pdf>

individuos pertenecientes a grupos históricamente discriminados y facilita el acceso de éstos a la justicia. Además, responde a las dificultades probatorias que implican los procesos sobre discriminación y finalmente, agiliza el aparato judicial pues evita procesos innecesarios y adelanta gran parte de los que sí son llevados a instancias judiciales.

Suráfrica

En cuanto a la República de Suráfrica, cabe resaltar que este Estado se ha pronunciado expresamente acerca del funcionamiento de la carga de la prueba en los casos de discriminación. Lo anterior se refleja en la ley para la promoción de la igualdad y la prevención de la discriminación injusta de 2000 (artículo 13).

En primer lugar, la ley define dos “criterios prohibidos” (*prohibited grounds*) bajo los cuales no puede operar la discriminación. El primero (*a*) consiste en: “raza, género, sexo, estado de embarazo, estado civil, origen étnico o social, color, orientación sexual, edad, discapacidad, religión, consciencia, creencias, cultura, idioma y nacimiento” y el segundo (*b*) en “cualquier otro criterio en el cual la discriminación por razón de este criterio (i) cause o perpetúe desventajas sistemáticas, (ii) violente la dignidad humana o (iii) conscientemente afecte de manera grave el goce igualitario de una persona de sus derechos y libertades de manera comparable con las discriminaciones definidas en el numeral (a).

Así las cosas, la carga de la prueba opera de la siguiente manera:

Si el demandante presenta un caso *prima facie* de discriminación le corresponde al demandado:

-probar sobre los hechos ante la corte que la discriminación no tuvo lugar tal y como lo expone el demandante o,

-probar que la conducta no estuvo basada en uno o más de los “criterios prohibidos”.

Si el acto de discriminación sí se ocasionó, con fundamento en uno de los “criterios prohibidos” del numeral (*a*) entonces se considera injusto a menos que el demandante pruebe que la discriminación fue justa. Por otro lado, si se comprueba que la discriminación se ocasionó con fundamento en uno de los “criterios prohibidos” del numeral (*b*), entonces es injusto (i) si una o más de las condiciones del numeral *b* se comprueban y (ii) a menos que el demandante pruebe que la discriminación es justa²⁷.

El caso de Suráfrica es muy interesante y útil para la elaboración de la Convención Interamericana, en cuanto define detallada y técnicamente la manera como opera el traslado de la carga de la prueba en los casos de discriminación. Esto puede ser muy ventajoso dado

²⁷ República de Suráfrica, Ley para la Promoción de la Igualdad y la Prevención de la Discriminación Injusta. 2000. Art. 13.

que si se da la libertad a cada estado de diseñar un modelo diferente se corre el riesgo de que se elaboren mecanismos radicalmente diferentes, que no respondan a la finalidad propia de la Convención.

2. Conclusiones y recomendaciones

1. La inversión en la carga de la prueba se justifica por dos razones. Por un lado se justifica por la condición de vulnerabilidad de las víctimas de la discriminación que requieren de un trato más favorable para la real protección del derecho a la igualdad. Por otro lado, los casos de discriminación suponen una carga de la prueba que es muy difícil de alcanzar por parte de la víctima. La carga de probar más allá de toda duda razonable la discriminación alegada, resulta desproporcionada para la víctima por la dificultad que implica conseguir y aportar los medios de prueba suficientes, lo cual justifica la inversión de la carga de la prueba en estos casos, correspondiendo al demandado probar la no discriminación.
2. Si bien es cierto que la inversión de la carga de la prueba es necesaria para procesar los casos de discriminación también es importante que previamente a dicha inversión, el demandante haya demostrado siquiera la existencia de hechos de los cuales se pueda inferir un trato discriminatorio. Sin esta aclaración, se estaría dejando al demandado en una posición desproporcionalmente desventajosa y se podrían presentar casos en los que sería imposible para el demandado exonerarse.
3. Existen sistemas internacionales y nacionales que han regulado la inversión de la carga de la prueba de manera ejemplar en la medida que comprenden las dificultades probatorias que implican los casos de discriminación, y además, exponen un mecanismo detallado de la forma como opera dicha inversión. En este sentido, es importante que la Convención recoja estos avances y establezca cuáles son las maneras en las que el demandado puede desvirtuar su responsabilidad que son: (i) Probar que la discriminación no ocurrió tal y como lo alega el demandante y (ii) Probar que el trato diferenciado estaba justificado
4. La inversión en la carga de la prueba no es aplicable en procesos penales porque sería violatorio del principio de la presunción de inocencia y el principio de defensa.
5. Siguiendo las prácticas nacionales y regionales, los Estados pueden adoptar medidas diferentes a la inversión en la carga de la prueba, o que amplíen el ámbito de aplicación de la misma para lograr una mayor protección de las personas vulnerables. El caso de Colombia, por ejemplo, muestra cómo la inversión en la carga de la prueba puede aplicarse en casos de violaciones a derechos fundamentales de personas especialmente protegidas, sin restringirlo a los casos de discriminación. Por lo tanto, la inversión en la carga de la prueba es una medida necesaria para la protección del derecho a la igualdad y la no discriminación, pero no es la única medida favorable que puede ser adoptada por los Estados para la protección del derecho a la igualdad.
6. Dentro de los sistemas regionales de derechos humanos, el sistema europeo ha realizado avances muy importantes, tanto normativos como jurisprudenciales, en cuanto al

establecimiento de un estándar de la prueba que suponga la inversión de la carga en casos de discriminación. El sistema interamericano, a pesar de situarse en una posición jerárquica equivalente al europeo, no ha producido los mismos avances que éste en materia de inversión de la carga de la prueba.

Es necesario que el sistema interamericano en la presente Convención Interamericana recoja los avances del sistema europeo teniendo en cuenta que la CIDH ya se ha pronunciado sobre la necesidad de la flexibilización de la carga de la prueba en los casos de discriminación.

7. Varios Estados pertenecientes al sistema interamericano han adoptado la inversión en la carga de la prueba en desarrollos tanto normativos como jurisprudenciales. Se han adoptado medidas para regular la procedencia de la inversión en la carga de la prueba tanto en casos de discriminación como de violaciones a los derechos de personas pertenecientes a grupos especialmente protegidos, constituyendo así una costumbre regional. En este sentido, la Convención del sistema interamericano debería recoger estos avances y reflejar la necesidad de la inversión en la carga de la prueba que ya ha sido reconocida a nivel nacional por los Estados pertenecientes al sistema.
8. El aparte final del artículo propuesto por el Grupo de Trabajo es insuficiente para garantizar la protección del derecho a la igualdad en los casos de discriminación, en la medida en que propone una carga de la prueba en cabeza del demandado que en realidad no es suficiente para desvirtuar la discriminación en un caso concreto. El artículo establece que la inversión en la carga de la prueba consiste en que el demandado pruebe *la adopción de procedimientos y prácticas que aseguren un tratamiento equitativo y no discriminatorio*.

Sin embargo, el hecho de que el demandado haya adoptado múltiples *procedimientos y prácticas no discriminatorios*, si fuera el caso, no es suficiente para probar que en un caso concreto, determinada norma o conducta no constituye una situación de discriminación. En esa medida, las víctimas se encontrarían desprotegidas por una presunción de no discriminación sobre los demandados que estén en capacidad de probar legislación y prácticas existentes que pretendan garantizar la igualdad, desconociendo las circunstancias particulares del caso concreto y las múltiples formas en que se presentan los casos de discriminación.

Con base en las consideraciones anteriores, procederemos a exponer la propuesta de artículo para la Convención que fue redactada utilizando como base el artículo propuesto por el Grupo de Trabajo. Dicha propuesta, establece de manera clara y específica cuáles son las maneras en que el demandado puede desvirtuar la discriminación alegada. De esta manera, se restringe el marco de interpretación que puedan realizar los Estados y que podría permitir la admisión de pruebas para desvirtuar la acusación, que en la realidad no protejan el derecho a la igualdad.

Adicionalmente, el artículo propone ampliar los casos en los cuales se entiende que hay un caso de discriminación. Los casos no estarían restringidos a la aplicación de los criterios tradicionalmente entendidos como prohibidos, sino que se amplía la protección del derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Este artículo estaría reconociendo que la discriminación se puede presentar de múltiples maneras y que, a pesar de que no se esté utilizando un criterio prohibido, puede estarse presentando en la realidad una situación en la que a una persona se le esté violando el derecho a la igualdad y deba ser protegida. Sin embargo, el artículo limita también esta ampliación, estableciendo tres criterios con base en los cuales procede la inversión en la carga de la prueba por considerar que también constituye una discriminación.

Finalmente, sugiere a los Estados la posibilidad de ampliar la aplicación de la inversión de la carga de la prueba, así como la de adoptar medidas adicionales que puedan facilitar aún más la protección del derecho a la igualdad de las víctimas de la discriminación. Al respecto, el artículo propone una posibilidad y es la de ampliar la aplicación de la inversión de la carga de la prueba a los casos de violación de derechos fundamentales de personas especialmente protegidas.

De esta manera, el artículo abarcaría múltiples formas de discriminación que deben ser protegidas tanto a nivel nacional como por la comunidad internacional. Además, establecer las maneras en que se puede desvirtuar la alegación de discriminación no restringe los medios de prueba que puedan ser aportados y admitidos, lo cual le permite a los Estados regular de manera interna este aspecto de los procesos.

Esta propuesta de redacción es detallada en cuanto al manejo de la inversión en la carga de la prueba, pero no se entromete en la posibilidad que tiene cada Estado de regular internamente los demás aspectos relevantes de los procesos que sean iniciados por discriminación.

A continuación presentamos la propuesta.

Propuesta de artículo:

Los Estados Parte se comprometen a asegurar a las víctimas del racismo, la discriminación y la intolerancia un trato equitativo, la igualdad de acceso al sistema de justicia, procesos ágiles y eficaces, una justa reparación en el ámbito civil o penal, según corresponda. Además, considerarán adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la inversión de la carga de la prueba, de tal manera que corresponda al demandado probar que no ha habido vulneración al principio de igualdad de trato, cuando una persona alegue hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. Corresponderá entonces al acusado probar i) que la discriminación alegada

no tuvo lugar tal y como lo expone el demandante o ii) que el trato o efecto diferenciado no constituye una violación de los principios de igualdad y no discriminación.

También considerarán aplicar la inversión en la carga de la prueba en los casos en que en razón a criterios diferentes a los prohibidos, se establezca un trato diferenciado que cause o perpetúe desventajas sistemáticas; violente la dignidad humana; o conscientemente afecte de manera grave el goce igualitario de una persona de sus derechos y libertades de manera comparable a la discriminación causada por la utilización de los criterios prohibidos.

El presente artículo se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a ampliar esta regla para todos los casos de violaciones de derechos humanos de personas pertenecientes a grupos especialmente protegidos y adoptar medidas adicionales.

Lo relativo a la inversión de la carga de la prueba no se aplicará a los procedimientos penales.