

La prueba en la discriminación: Inversión de la carga de la prueba y el acceso a las pruebas

Nicola Braganza, Garden Court Chambers, Londres

Nicolab@gclaw.co.uk

ERA - EL DERECHO DE DISCRIMINACIÓN DE LA UE EN LA PRÁCTICA

Barcelona, 24-25 de octubre 2019



GARDEN COURT CHAMBERS



Financiado por el Programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía 2014-2020» de la Comisión Europea

@gardencourtlaw

Algunos puntos clave

La discriminación es una realidad reconocida.

- Puede afectarnos a todos - características protegidas: nuestro género, raza, etnia, discapacidad física o mental, nuestra orientación sexual, nuestra religión, nuestra edad.
- Tanto si la característica protegida es real o percibida.
- Y sin embargo, es (muy, muy) difícil de probar.
- Afecta a nuestros derechos humanos más fundamentales: nuestra dignidad, respeto e igualdad.

Por lo tanto, nuestras leyes deben aplicarse de manera que combatan y protejan contra problemas sociales como la desigualdad y la discriminación.



Una realidad reconocida...

“Suele considerarse que la discriminación es algo especialmente difícil de probar. Esta observación es aún más cierta en el caso de la discriminación en la contratación. Consciente de este escollo, el legislador de la Unión ha adoptado unas medidas dirigidas a facilitar la acción de los demandantes cuando alegan ser víctimas de una discriminación, en particular, por razón de sexo, edad u origen. De este modo, ha permitido una remodelación de la carga de la prueba, sin llegar a consagrar su inversión total por cuanto, en efecto, no era posible hacer abstracción total de la libertad de que, tradicionalmente, goza el empresario para contratar a las personas de su elección.”

Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi 12/1/2012



GARDEN COURT CHAMBERS

Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH Asunto C-415/10

¿ Cómo se prueba una alegación de discriminación?

“Desde hace mucho tiempo se reconoce que probar las alegaciones de discriminación puede plantear grandes dificultades a los demandantes.”

Igen v Wong [2005] EWCA Civ 142

“Es importante tener en cuenta que es inusual encontrar pruebas directas de discriminación racial. Pocos empleadores estarán dispuestos a admitir esa discriminación incluso ante sí mismos. En algunos casos, la discriminación no será malintencionada, sino que se basará simplemente en la suposición de que "él o ella no habría encajado". King v Great Britain – China Centre [1992] ICR 516



Carga de la prueba - ¿quién debe probar el qué?

„Las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando exista a primera vista un caso de presunta discriminación. Para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato, la carga de la prueba debe recaer en la parte demandada cuando se aporten indicios de dicha discriminación.”

No se aplican las normas relativas a la carga de la prueba “en los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente.”



¿Por qué es tan importante?

“[13] Conviene subrayar a continuación que, en una situación en la que se discute un mecanismo de incrementos individuales de salarios, **caracterizado por una falta total de transparencia**, los trabajadores femeninos no pueden establecer diferencias **más que** entre retribuciones medias. **Estarían privados de todo medio eficaz** de hacer respetar el principio de igualdad de retribución ante el órgano jurisdiccional nacional, si el hecho de aportar esta prueba no tuviera por efecto trasladar al empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria en realidad.”

Danfoss C-109/88



¿Por qué es tan importante?

“[14] Por último conviene señalar que, a tenor del artículo 6 de la Directiva sobre la igualdad de retribuciones, los Estados miembros, conforme a sus circunstancias nacionales y sus sistemas jurídicos, adoptarán las medidas necesarias para garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución y garantizarán la existencia de medios eficaces que permitan velar por el respeto a este principio. **Así pues, la preocupación por la eficacia que inspira a la Directiva debe llevar a interpretarla en el sentido de que incluye la modificación** de las normas nacionales relativas a la carga de la prueba en las situaciones especiales en que tales modificaciones sean indispensables para la aplicación efectiva del principio de igualdad.” *Danfoss C-109/88*



Una herramienta esencial....

“[13] Incumbe normalmente a la persona que alega determinados hechos en apoyo de una demanda aportar la prueba de su realidad . En consecuencia , la carga de la prueba de la existencia de una discriminación de retribución por razón de sexo recae, en principio, sobre el trabajador que, considerándose víctima de tal discriminación, ejercita una acción judicial contra su empleador para que se ponga fin a la misma .”

Enderby v Frenchay Health Authority C-127/92



Una herramienta esencial....

“[14] No obstante , de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la carga de la prueba puede invertirse cuando ello resulte necesario para no privar a los trabajadores víctimas de una discriminación aparente de ningún **medio eficaz para hacer respetar** el principio de igualdad de retribución.

De este modo , cuando una medida que distingue a los empleados en función de su jornada laboral **afecta** en realidad a un número mucho mayor de personas de un sexo que de otro, dicha medida debe considerarse contraria al objetivo perseguido por el **artículo 119 del Tratado**, a menos que el empleador demuestre que está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

De igual modo, 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 salarial no es discriminatoria, una vez que el trabajador femenino haya 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”



¿Cómo funciona?

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

“Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante”



¿Cómo funciona?

Kelly C-104/10 – Solicitud para un curso de un candidato masculino es rechazada. No se le da acceso a las copias de las otras solicitudes. No existe un derecho a ellas PERO esto podría comprometer la eficacia, lo debe comprobar el tribunal nacional.

Meister C-415/10 Speech design, 2x rechaza una candidatura de una mujer. Se le deniega acceso a la información sobre la selección. No existe derecho a la información PERO puede constituir un factor en la acreditación de los hechos para una presunción de discriminación.

Asociatia ACCEPT C-81/12 – Entrevista homofóbica. La persona que realiza las declaraciones no tiene capacidad jurídica para vincular a la entidad PERO el empresario no se distancia claramente de las declaraciones controvertidas

Firma Feryn C-54/07 – Anuncio de que no se emplearán a «extranjeros». Ningún denunciante identificable PERO tal declaración pública es suficiente.



Pasos

- Paso 1 => Demandante debe establecer una presunción de discriminación.
- Paso 2 => Si lo consigue(n), la carga de la prueba pasa a la parte demandada. Ya no está con el demandante.
- Paso 3 => El empleador acusado deberá probar que la razón del trato objeto de la queja no está causado por ningún tipo de discriminación.



Demandante debe probar la característica protegida

“No obstante, 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.”

(Recital. Framework)



Otra herramienta esencial – indicios de una presunción de discriminación

- Concepto clave y particular de la discriminación
- Indicios para establecer una presunción de discriminación
- *“La estimación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes nacionales (incluso basándose en pruebas estadísticas).”*
- *“hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o*

Guía práctica y pruebas

- Cuando se actúa en nombre del empleador – ¿Qué hay que buscar? ¿Qué aconsejar?
- Cuando se actúa en nombre del empleado – ¿cómo substanciar la alegación de discriminación?
- Como juez – ¿qué tipo de pruebas serán de ayuda?



¿Qué hay que buscar?

- ¿Cual es el *trato* objeto de la queja? ¿Oferta de empleo, promoción, remuneración, acceso a la formación, horas? ¿O cual es el *resultado* objeto de la queja?
- ¿Qué pruebas existen? ¿Pruebas directas, pruebas documentales, pruebas de testigos, expedientes de personal, notas de la empresa, estadísticas que muestran impactos dispares?
- ¿Hay pruebas circunstanciales? Observaciones, estadísticas generales, quejas pasadas, comportamiento incoherente/ contradictorio (¿empleador malo/incorrecto o empleador discriminatorio?)
- ¿Qué trato dio el empleado/empleador al asunto internamente? ¿Hubo una queja formal? ¿Dilaciones? ¿Cómo se llevó acabo la investigación?



Otros factores

- ¿Explicación? ¿Es razonable la explicación?
- ¿Grado del trato?
- ¿Divulgación? Solicitud de información? Cuestionario - indicios
- ¿Cuáles son las políticas de igualdad de oportunidades del empleador?
- ¿ Contrato de trabajo?
- ¿Formación en Igualdad de Oportunidades? ¿Se actualiza/ repite?



Buenas prácticas y prevención

- ¿Existen algún sistema establecido para combatir la discriminación?
- ¿Qué pruebas existen sobre un compromiso con la igualdad por parte de la empresa? ¿Cuáles son las políticas de igualdad de oportunidades?
- ¿Quién es responsable de los recursos humanos? ¿Hay algún responsable de asuntos de igualdad de oportunidades?
- ¿Qué formación en la materia tiene el personal? ¿En todos los niveles? ¿Existen revisiones periódicas?
- ¿Cual es la estadística de la totalidad de los trabajadores? ¿Actualizado? ¿Seguimiento? ¿Analizado?
- ¿Cómo se documenta todo esto? ¿Pruebas?



Buenas prácticas y prevención

- Procedimientos de queja internos justos, independientes y oportunos?
- Alegaciones/quejas anteriores - ¿cómo se han resuelto? ¿Cómo se han abordado?
- Contratos de trabajo con disposiciones relativas a la lucha contra la discriminación? ¿Compromiso serio demostrado?
- ¿Cumplimiento de las directrices o buenas prácticas emitidas por los organismos de igualdad de oportunidades?
- En casos específicos, ¿existe una explicación para la conducta denunciada?
- ¿Archivos de personal? ¿Mantenido y revisado apropiadamente?



Gracias!

020 7993 7600

info@gclaw.co.uk

@gardencourtlaw

<https://www.gardencourtchambers.co.uk/barristers/nicola-braganza/sao>

nicolab@gclaw.co.uk

