

ØKLAND

LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO ERA - TREVERIS

19 MARZO 2018

ELSE LEONA MCCLIMANS



This training session is funded under the “Rights, Equality and Citizenship Programme 2014-2020” of the European Commission.

Introducción

Contenido

- ❑ Evolución legislativa - igualdad de género
- ❑ Legislación comunitaria
- ❑ Examen del desplazamiento de la carga de la prueba
- ❑ Etapa 1: cuando existe una apariencia de discriminación o caso *prima facie*
- ❑ Acreditar los hechos
- ❑ Etapa 2: el demandado debe demostrar la no discriminación
- ❑ Otros medios de establecer el impacto desigual
- ❑ Jurisprudencia del TJUE

Evolución legislativa

El desplazamiento de la carga de la prueba está relacionada con el **acceso a la justicia** en los casos de discriminación

- ❑ Directiva 97/80 (considerando 2003/73) y 2006/54 considerando 30, Directiva 2004/113 considerando 22.
- ❑ Véanse también las Directivas 2000/78/CE, considerandos 31 y 32, y 2000/43/CE, considerandos 21 y 22
- ❑ Basado en el **principio de efectividad**: en el hecho práctico de que normalmente es imposible para el demandante probar la base fáctica real o los criterios aplicados para adoptar la decisión impugnada en los casos de discriminación.

El desplazamiento de la carga de la prueba

- ❑ Normalmente (responsabilidad civil extracontractual): la tarea de probar los hechos en los que se basa una denuncia recae en el demandante. El acusado no necesita probar nada
- ❑ C-109/88 Danfoss y C-127/92 Enderby: desarrollo de una transferencia de la carga de la prueba del demandante al demandado (empleador) una vez que el demandante haya establecido los hechos de que hubo un impacto desproporcionado en un sexo. El empleador debe probar que la razón no está relacionada con el sexo.

Directiva 97/80/EC sobre la carga de la prueba:

Art 4(1).

Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, **cuando una persona que se considere 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**, corresponda a la **parte demandada demostrar** que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

- Case C-196/02 *Vasiliki Nikoloudi*: una vez se acreditan los hechos, la carga de la prueba se desplaza a la parte demandada

MARCO JURIDICO

	2006/54	2004/113	2010/41	2000/78	2000/43	(92/85) + (2010/18)
Carga de la prueba	Articulo 19	Articulo 9	-	Articulo 10	Articulo 8	Art 19(4)a de 2006/54, ver C-531/15 para 92/85

No se aplica en procedimientos “inquisitoriales”

- ❑ El desplazamiento de la carga de la prueba podrá no aplicarse en los procedimientos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o al órgano competente, (esto es, procedimientos “inquisitoriales” en vez de procedimientos “adversariales”), así como en procesos penales
- Directiva 2006/54 art. 19(3) y (5)

Examen para el desplazamiento de la prueba

1. El demandante debe acreditar los hechos primarios para establecer un caso prima facie.
2. El tribunal debe evaluar los hechos y cerciorarse de que son lo suficientemente importantes como para plantear una presunción de discriminación.
3. Si el demandante tiene éxito en 1 y 2, la carga de la prueba recae en el demandado.
4. El demandado debe proporcionar una explicación adecuada para cumplir con la carga de probar que ninguno de los motivos prohibidos formaba parte de la(s) razón(es) del tratamiento en cuestión.
5. Si el demandado no cumple con la carga de la prueba, el tribunal debe fallar que la discriminación es ilegal.

Las dos etapas:

- 1) El **demandante** debe acreditar "hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta".
- 2) Si el punto 1 se cumple, entonces el **demandado** debe probar, sobre la base de un "balance de probabilidades" y a pesar del caso *prima facie* presentado por el demandante, que la razón del tratamiento alegado NO ha sido causado por ningún tipo de discriminación.

La primera fase: que tipo de hechos/pruebas?

Hechos c. Pruebas

La carga de la prueba no se desplaza simplemente al establecer que ha habido una diferencia de trato y una diferencia de sexo (o raza o edad o discapacidad, etc.).

Una declaración no es suficiente, ni tampoco el embarazo

Deben existir hechos adicionales, que aunque *no prueben* que se ha producido una discriminación, apoyen la probabilidad de que se ha producido una discriminación directa o indirecta: la *probabilidad*

Una probabilidad ligeramente superior (50,1%) es suficiente para desplazar la carga de la prueba con respecto a

1. el trato menos favorable del demandante
2. la razón por la cual el demandante recibe un trato menos favorable (por el hecho de ser parte de un grupo protegido)

Prueba prima facie de discriminación:

- ¿Ocurrió el tratamiento alegado?
 - Si es así, ¿cuándo, por quién? ¿Quiénes se vieron afectados?
 - ¿Existe un comparador real o hipotético que haya sido/pueda haber sido tratado de manera diferente?
 - ¿Se siguieron los procedimientos adecuados?
 - ¿Existen pruebas de perjuicios, segregación o discriminación en el pasado?
 - ¿Era el trato por uno de los motivos alegados?
- El tribunal debe considerar todas las pruebas pertinentes, incluidas las pruebas presentadas por el demandado que cuestionan las pruebas del demandante.

Acreditar los hechos

- ❑ No siempre es fácil porque un caso prima facie debe establecerse en base a las informaciones de las que dispone el trabajador (¿tiene derecho un trabajador a solicitar información del empleador sobre las cualificaciones de otros candidatos? TJCE: "no", C-104/10 *Kelly*. C-415/10 *Meister* sobre el acceso a la información)
- ❑ En muchos países no se permite hacer grabaciones de voz o tomar fotografías o filmar, incluso delito punible.
- ❑ Los comentarios impertinentes son difíciles de probar. Una declaración oral no es aceptada como evidencia si no es presenciada o admitida.
 - ❑ (¿Está usted embarazada? Dada su religión, ¿será capaz de realizar esta tarea?)

Acreditar los hechos

- ❑ Las pruebas aceptadas por los tribunales nacionales son fundamentales para el éxito del caso del demandante
- ❑ CJUE Asunto C-531/15 *Otero Ramos*, párrafo 73: “elemento de prueba que puede demostrar que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no incluía un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual...”
- ❑ CJUE asunto C-104/10 *Kelly*, para 35:
 - ❑ “los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva, y como consecuencia privarla de su efecto útil”
 - ❑ Sin embargo, Kelly no consiguió el acceso a los hechos que hubieran podido hacer desplazar la carga de la prueba, ver párrafos 38+39

CJUE - C-415/10 Meister

- Derecho de información en virtud a las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54? **No** (párrafo 46)
- Y si así fuera, cuales son las consecuencias de una denegación de información por Speech Design? Una denegación de acceso puede constituir uno de los factores en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación

CJUE - C-54/07 *Firma Feryn*

Los hechos: un empleador belga declaró públicamente en 2005 una política de no contratar a trabajadores de una determinada minoría étnica (marroquí).

- ❑ ¿Era esta política capaz de ser un **hecho** que hace recaer sobre el empleador la carga de refutar la naturaleza discriminatoria de su política de contratación en un momento posterior?
- ❑ ¿Con qué rigor ha de apreciar el tribunal nacional la prueba en contrario que debe aportarse en caso de presunción de discriminación?

¿Qué indicios se requieren para desplazar la carga de la prueba?

- Comentarios discriminatorios: C-54/07 *Firma Feryn*, C-81/12 *Accept*, C-83/14 *Chez*
- ¿El hecho de un trato menos favorable y la diferencia de estatus?
Probablemente no: *Chez*
- Comparabilidad: C-381/99 *Brunnhofer*, C-415/10 *Meister*
- No divulgación de información relevante: *Meister*
- Explicación inadecuada de los empleadores: *Chez*
- Directiva sobre las trabajadoras embarazadas: matriz diferente: C-531/15 *Otero Ramos*? Próximo asunto C-41/17

Segunda fase: el demandado

- ❑ La carga de la prueba se desplaza al demandado (empleador) una vez que se establece un caso prima facie, que tiene que demostrar que no se ha violado el principio de igualdad de trato.
- ❑ El tribunal debe fallar a favor del demandante a menos que el demandado proporcione una explicación convincente que sea suficiente para probar, en un equilibrio de probabilidades, que no ha habido discriminación alguna.
- ❑ El tribunal puede pasar directamente a la "segunda fase" centrándose en la razón del tratamiento por parte del demandado.

Segunda fase: el demandado



- ❑ El peso de la carga de la prueba impuesta en la segunda fase dependerá de la fuerza de la apariencia de discriminación en la primera fase.
- ❑ El demandado debe probar que existe una razón que no es discriminatoria, y que la razón no discriminatoria es la única razón. La explicación "inocente".
- ❑ El empleador debe explicar que en ningún caso está relacionado con la condición protegida del trabajador, o proporcionar una explicación en la que se acepte que lo que ocurrió está relacionado con condición protegida del trabajador, pero que se invocan las excepciones a la discriminación directa o indirecta.

Que indicios se pueden usar para refutar la apariencia de discriminación?

CJEU: asunto C-81/12 ACCEPT:

“conjunto de indicios concordantes”

“podría figurar, en particular, 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.”

La importancia de las “inferencias”

- ❑ Intentar establecer un vínculo causal entre los hechos primarios/tratamiento y la presunta discriminación
- ❑ Una inferencia es un vínculo entre el motivo de discriminación y un hecho en el caso; el proceso de deducción es una consideración de las conclusiones que pueden extraerse de las pruebas que no estén específicamente o indirectamente relacionadas con la discriminación.
- ❑ Inferencias adversas: cuando un empleador no proporciona testigos involucrados en el evento, etc.
- ❑ Cuando existe una diferencia de trato y una diferencia en la característica protegida y el empleador no da una explicación aceptable, puede darse una inferencia de discriminación.

Discrimination indirecta – justificación

- ❑ Si el demandante establece un caso *prima facie* de que una disposición, criterio o práctica del demandado pone/ pondría a personas mayores/discapacitados, etc., en una desventaja particular en comparación con otros sin esa característica particular.
- ❑ Si el demandado no puede dar una explicación adecuada para refutar los hechos del demandante y demostrar que la desventaja no está relacionada con el motivo protegido, el tribunal debe constatar la discriminación indirecta.
- ❑ A *MENOS* que el demandado pueda justificar que la disposición, criterio o práctica es un medio adecuado y necesario para lograr una finalidad legítima - y por lo tanto no discriminatorio....

Que pruebas se deben considerar en cada etapa?

- ❑ ¿Pruebas de situación? Dependiendo de la legislación nacional, si se admite como prueba
- ❑ Estadísticas - cada vez más utilizadas en relación con la discriminación indirecta, como en
 - ❑ Asunto CEDH D.H. y otros contra la República Checa, de 13 de diciembre de 2004. Noviembre de 2007 (app 57325/00) Gran Sala - % de alumnos romaníes en escuelas especiales
 - ❑ Opuz vs Turquía (app 33401/02) Estadísticas relativas a las mujeres víctimas de la violencia doméstica

Conclusión – sin directrices

- ❑ Objetivo: aplicación efectiva, pero el material del Tribunal de Justicia de la UE para guiar la interpretación de la carga de la prueba sigue siendo escaso y carece de una orientación clara y un marco estándar.
- ❑ Los tribunales nacionales deciden sobre los casos que tienen ante sí. ¿Igualdad de prácticas en todos los Estados miembros?
- ❑ ¿Qué hechos debe probar el demandante? ¿Declaración pública suficiente?
- ❑ ¿Deber de proporcionar información al demandante para construir el caso? El acceso a la información es un escollo
- ❑ Otros motivos de discriminación distintos del sexo: ¿Diferentes estándares para los diferentes motivos y casos?