
La carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo

Basado en un informe para la Comisión Europea sobre la carga de la prueba
por Lilla Farkas y Orlagh O'Farrell, 2010



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

Inversión de la carga de la prueba

Dilemas prácticos a nivel nacional y europeo

Red europea de expertos jurídicos en el ámbito de la no discriminación, 2015
Escrito por Lilla Farkas y Orlagh O'Farrell

El informe

- ❖ Ocho capítulos sustantivos: se centran en las Directivas 2000/78 & 2000/43, pero también se aplican a la discriminación por razón de género
 - ❖ análisis de 4 sentencias recientes (capítulo 6)
 - ❖ esquema completo del procedimiento civil conforme a la directiva (causalidad: daño, conducta, motivo protegido, comparador) para localizar el CAMBIO
 - ❖ prácticas nacionales y tendencias generales (capítulo 9)
 - ❖ recomendaciones - establecimiento de normas sobre la aplicación de la carga de la prueba, facilitar el acceso a la información (capítulo 10)

La disposición sobre la carga de la prueba

- ❖ uniforme en cuanto al género y los demás motivos, excepto la nacionalidad
- ❖ aplicación dependiente de la definición del tipo de discriminación invocada - formas sui generis de discriminación directa: acoso (Coleman), victimización y segregación (jurisprudencia del TEDH)
- ❖ la intención no es necesaria pero se tiene en cuenta cuando se muestra
- ❖ no se aplica en los casos penales
- ❖ no hay obligación de garantizar la aplicación en los procedimientos en los que el tribunal o el organismo competente investigan los hechos

Doble problema

- ❖ Para conectar las pruebas con la demostración de la parcialidad, la carga se trata en dos puntos distintos:
 - ❖ (i) rebaja la carga de la prueba (presunción) que recae sobre el demandante en relación con la causalidad entre el motivo protegido y la conducta (caso *prima facie*), mientras que
 - ❖ (ii) hace recaer y limita la carga de la prueba restante en relación con la parcialidad al demandado (defensa de la justificación).

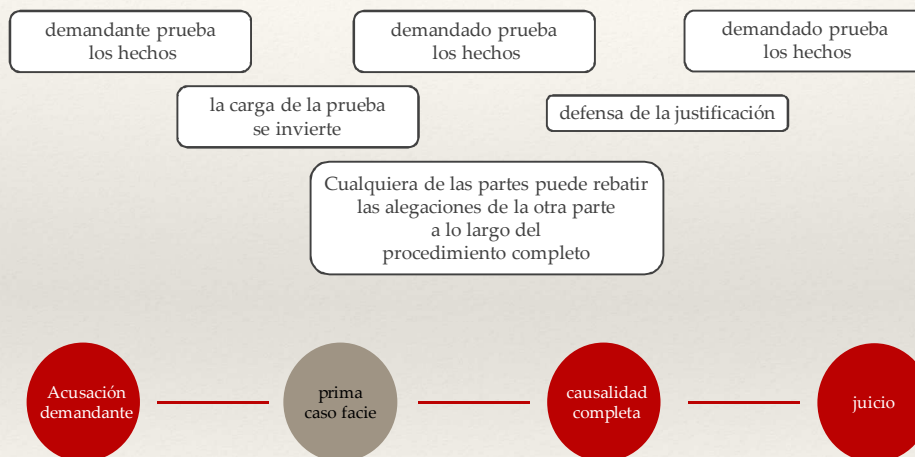
Caso prima facie

- La inversión de la carga de la prueba no significa que los demandantes estén exentos de convencer al tribunal de que tienen un caso. Al establecer un caso *prima facie*, convencer al tribunal de la probabilidad de que hayan sufrido discriminación.
- Los prejuicios y la parcialidad deben ser "incorporados" al proceso en beneficio de quienes suelen sufrirlos
- Directiva sobre la igualdad racial, Art. 8; Directiva sobre la igualdad en el empleo, Art. 10; Directiva sobre la igualdad de género (refundición), Art. 19; Directiva sobre bienes y servicios de género, Art. 9.
- cuando las personas que se consideren perjudicadas por no haberseles aplicado el principio de igualdad de trato acrediten, ante un tribunal u otra autoridad competente, hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta, corresponderá a la parte demandada demostrar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato.

Defensa de la justificación

- La carga de la prueba se desplaza antes de que se complete la causalidad. Se traslada al demandado. No se le considerará responsable si demuestra que la discriminación no ha desempeñado ningún papel en el trato o el efecto denunciado.
- Si el demandado no consigue demostrar que el trato se debe a razones objetivas no relacionadas con la discriminación, será responsable de una infracción de la ley de no discriminación.
- Esta es la única interpretación compatible con el artículo 611a (1) del Código Civil alemán, en el que se basó la disposición de la UE sobre la carga de la prueba. Esta disposición establece que "cuando un trabajador acredite mediante pruebas prima facie hechos de los que pueda presumirse que ha habido un trato menos favorable por razón de sexo, corresponderá al empresario demostrar que este trato está justificado por *razones objetivas distintas del sexo*".
- La defensa de la justificación está limitada en ciertos casos.

El esquema basado en la ex culpato



El talón de Aquiles: el comparador I.

- Causalidad: daño - conducta - motivo protegido

"La discriminación no es una respuesta al carácter o al comportamiento de un individuo determinado, sino una reacción repetida e irreflexiva ante cualquier persona que posea un rasgo determinado". Lo que se deduce de esto es que "una persona es maltratada porque es, involuntariamente, miembro de un grupo" que no gusta al demandado o a la sociedad en general. (Laurence Lustgarten)

- Difícil de identificar

El talón de Aquiles: el comparador II.

- ❖ falta de definición clara de los motivos: la discriminación directa puede concebirse como indirecta (por ejemplo, la lengua minoritaria)
- ❖ Por motivos reales, supuestos y asociados
- ❖ hipotético - ideal sustantivo de dignidad humana o norma de trato ampliamente reconocido (deber de asistencia)
- ❖ homogeneidad de los grupos - Nikoloudi y Maruko (discriminación directa encubierta)
- ❖ no se necesita un comparador: embarazo, declaración de sesgo (Feryn, Accept), acoso (Coleman) ...

No hay directrices del TJUE

- El TJUE ha aclarado las normas de los casos *prima facie* (embarazo) y la justificación en cuanto al género y ha dado forma a la justificación de la discriminación por edad.
- No ha fijado pautas a pesar de las peticiones de los tribunales nacionales en *Feryn & Accept*.
- La fijación de pautas es factible y beneficiosa: *Igen contra Wong*, Tribunal de Apelación del Reino Unido.
- Las pautas son necesarias:
 - comprensión imperfecta de la aplicación de la norma en los casos *de prima facie*
 - no se conoce el nivel de prueba para la refutación en todos los países, puede ser indulgente en algunos
 - Ante los organismos de igualdad el resultado tiende a ser mejor para el demandante
 - también puede haber diferencias si el litigante es un individuo o una ONG

Pautas

IGEN LTD V WONG: Tribunal de Apelación británico 18 FEB 2005

Cada caso plantea cuestiones de procedimiento, sobre como y cuando debe desplazarse la carga de la prueba. Exigía un proceso de dos fases antes de que se pudiera confirmar la existencia de una discriminación.

En primer lugar, el demandante debía demostrar hechos que permitieran al tribunal concluir, en ausencia de una explicación adecuada, que se había producido un acto ilegal de discriminación. Si se establece esto, el demandado debe demostrar que no cometió el acto ilegal.

El tribunal expuso 13 consideraciones adicionales.

Una vez que el trabajador ha establecido un caso *prima facie* de discriminación demostrando que hay pruebas *prima facie* de que ha sido tratado de forma menos favorable que un comparador relevante, la carga de la prueba se transfiere al empresario.

Para eludir la responsabilidad, el empresario debe demostrar, según un equilibrio de probabilidades, que el trato menos favorable denunciado no se debe a una discriminación.

El escollo: el acceso a la información

- ❖ Se ha señalado como un gran problema a nivel nacional
- ❖ Reforzado por los casos que han llegado al TJUE: Kelly & Meister, Accept & Feryn
 - ❖ falta de transparencia de las prácticas del empresario (Danfoss: impide cualquier forma de control por parte de los tribunales nacionales): falta de información total o parcial
 - ❖ casos de igualdad salarial y acceso (al empleo): el trabajador aún no está "dentro"
 - ❖ Los demandados cultivan la reticencia de los tribunales a dictar órdenes de divulgación de información si eso puede llevar a revelar datos confidenciales de personas identificables que no son parte en el procedimiento.

¿Cómo establecer una presunción de discriminación?

- ❖ En caso de **discriminación directa**, los denunciantes deben demostrar que :
 - Sufrieron un trato desfavorable;
 - Existe una relación de causalidad entre este trato desfavorable y un motivo protegido.
 - => Reparto de la carga de la prueba especialmente útil para demostrar este vínculo causal.
 - => ¿Qué tipo de hechos pueden aducirse para justificar esta relación de causalidad?
 - Uso de un comparador
 - Otros tipos de hechos que hagan sospechar que el trato adverso ha sido determinado por el motivo prohibido (Nota: el comparador no es necesariamente necesario para probar la discriminación directa)

Discriminación directa: relación de causalidad entre el trato desfavorable y un motivo protegido

- Uso de un comparador:

Ejemplo (presunta discriminación por razón de sexo en relación con el salario):

En consecuencia, corresponde a la demandante probar, mediante cualquier medio de prueba admisible, que la retribución que recibe del banco es inferior a la de su compañero de trabajo de referencia, y que realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, comparable al realizado por éste, de modo que prima facie es víctima de una discriminación que sólo puede explicarse por la diferencia de sexo" (TJCE, Brunnhofer, 26 de junio de 2001, apartado 58).

¿Cómo establecer una presunción de discriminación?

Discriminación directa

- ❖ En caso de **discriminación indirecta**, los denunciados deben demostrar que :
 - ❖ La medida impugnada impone una desventaja;
 - ❖ Es probable que esta desventaja afecte especialmente a las personas que poseen una característica protegida en comparación con otras personas.

Las estadísticas como medio de prueba en los casos de discriminación

- ❖ Se utiliza especialmente en el contexto de la discriminación *indirecta*
- ❖ Pero también puede ser útil en casos de discriminación *directa*:

=> Las estadísticas que demuestran un patrón de discriminación por parte de una persona u organización pública o privada pueden reforzar otras pruebas y contribuir a provocar un cambio en la carga de la prueba

Véase el caso *Ethnic Profiling* ante el Tribunal de Casación francés (2016):

- Denunciantes que afirman ser víctimas de « perfiles étnicos »

- Los resultados de la investigación que demuestran que los controles de identidad discriminatorios realizados por la policía francesa a las personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas son especialmente frecuentes pueden constituir un elemento de contexto que, combinado con los informes de los testigos, puede dar lugar a una inversión de la carga de la prueba (Tribunal de Casación, Sala Primera de lo Civil, sentencia nº 15-25873, de 9.11.2016).

Medios de prueba especiales: estadísticas y pruebas de situación

- Los medios de prueba comúnmente aceptados (como los documentos escritos, las declaraciones de los testigos o las grabaciones de audio o vídeo) no suelen estar al alcance de las presuntas víctimas en caso de discriminación.

- Desarrollo de herramientas probatorias particulares para ayudar a los denunciantes a establecer una presunción de discriminación: estadísticas y pruebas de situación.

Las estadísticas como medio de prueba en los casos de discriminación

- ❖ Nota: para ser concluyentes, las estadísticas deben cumplir ciertas condiciones.
- ❖ En particular: según la jurisprudencia del TJUE, para determinar si una ley nacional afecta a un número considerablemente mayor de miembros de un grupo protegido que a otros, los tribunales nacionales deben tener en cuenta a todos los trabajadores *sujetos a esa legislación específica* (véase, por ejemplo, la sentencia *Seymour-Smith*, C-167/97, de 9.2.1999, apartado 59).
- ❖ Pero: TJUE, *Mino Schuch-Ghannadan*, C-274/18, 3 de octubre de 2019:
 - ❖ La falta de disponibilidad o la inaccesibilidad de los datos estadísticos relativos específicamente a la legislación en cuestión puede comprometer la consecución del objetivo de la norma especial sobre la carga de la prueba.
 - ❖ Por lo tanto, cuando los trabajadores que alegan una discriminación indirecta no tienen acceso o tienen poco acceso a las estadísticas o a los hechos sobre los trabajadores específicamente afectados por la legislación nacional en cuestión, se les debe permitir presentar datos generales sobre el mercado de trabajo del Estado miembro en cuestión (párrafos 55-57)

La prueba o test de situación como medio de prueba en los casos de discriminación

- ❖ Dos formas en las que el test de situación puede servir como medio de prueba:
 - ❖ Una persona que ha participado en un test de situación y a la que se le ha negado un trabajo, un bien o un servicio en este contexto, demanda a la organización a la que se le ha hecho ese test.
 - ❖ Una persona que no ha participado en el test de situación, pero a la que una persona u organización le ha negado un trabajo, un bien o un servicio, invoca, entre otras pruebas, el test de situación que documenta el comportamiento discriminatorio de esta persona u organización.
- ❖ Reconocimiento oficial de los tests de situación como medio de prueba válidos en casos de discriminación:
 - ❖ El caso de Francia
 - ❖ El caso de Bélgica

Tests de situación: el caso de Francia

- ❖ El Tribunal de Casación admitió en 2005 el uso de tests de situación como prueba de discriminación en un proceso penal

Decisión nº 04-87354, 7.6.2005. Véase también la Decisión nº 15-87378, de 28.2.2017.
- ❖ Artículo 225-3-1 del Código Penal introducido en 2006: el hecho de que la víctima haya buscado el acceso a un bien, un acto, un servicio o un contrato *con el fin de demostrar la existencia de un comportamiento discriminatorio*, no impide la constatación de la discriminación si se aporta la prueba de este comportamiento.
- ❖ Los tests de situación deben ser consideradas fiables y concluyentes por el tribunal.
- ❖ En la práctica, los tribunales suelen considerar que los resultados de un test deben estar respaldados por otras fuentes de prueba para poder llegar a una conclusión de discriminación.

¿Cómo refutar una presunción de discriminación?

Hay dos formas en las que un demandado puede refutar una presunción de discriminación:

- Al invalidar los elementos establecidos prima facie por el demandante:
 - Demostrar que el trato no estaba determinado por un motivo protegido (discriminación directa)
 - Demostrar que la medida impugnada no pondría a los miembros de un grupo protegido en una desventaja particular en comparación con otras personas (discriminación indirecta)
- O demostrando que la medida impugnada se apoya en una justificación legítima.

Discriminación directa: nexo de causalidad entre el trato desfavorable y un motivo protegido

- Otros tipos de hechos que pueden hacer sospechar que el trato adverso fue determinado por un motivo prohibido
 - Combinación de factores
 - TJUE, caso CHEZ, C-83/14, 16.7.2015, párrafos 80-84.
 - Tribunal de Igualdad de Irlanda, *McGreal contra Cluid Housing*:
 - Desalojo de un inquilino mayor de una vivienda social
 - Presunción de discriminación por razón de edad => establecida sobre la base de un conjunto de hechos: el desalojo se decidió sin dar razones e invitar al demandante a responder; el procedimiento adoptado fue extraordinario y se aparta de la práctica habitual en las viviendas sociales; la decisión fue consecuencia de una denuncia de abuso de ancianos presentada por el demandante y otros inquilinos.

Discriminación indirecta: desventaja particular

- ❖ ¿Cómo demostrar la desventaja particular?
 - ❖ **Estadísticas** que muestren que la medida tiene un impacto adverso en una proporción significativamente mayor de miembros del grupo protegido que de miembros de otros grupos.
 - ❖ Pero también: elementos que demuestren que la medida, **por su propia naturaleza**, basada en hechos que son de **dominio público**, tiene un impacto adverso principalmente o especialmente sobre un grupo protegido.
 - ❖ Exigencia de competencia en inglés que puede situar a las personas cuya lengua materna no es el inglés en una situación de desventaja con respecto a los hablantes nativos de inglés (Tribunal Laboral irlandés, *Noonan Services v A Worker*, EDA1126, 29.07.2011)
 - ❖ Se considera que el requisito de trabajar a tiempo completo tiene un "impacto obviamente desproporcionado sobre las mujeres" (Tribunal de la Igualdad de Irlanda, *McDonagh contra Navan Hire Limited*, DEC-S2004-017, 6.2.2004)

Pruebas de situación: el caso de Bélgica

- ❖ Nuevas disposiciones insertadas en 2017 en la legislación antidiscriminatoria de la región de Bruselas:
 - ❖ Cuando una prueba de situación es concluyente, constituye un hecho que permite establecer una presunción de discriminación (en procedimientos civiles o penales).
 - ❖ Condiciones que deben cumplirse para que la prueba sea admisible en los tribunales como medio de prueba:
 - ❖ La prueba puede ser realizada por funcionarios designados, por las propias víctimas o por un organismo de igualdad o una ONG que actúe en apoyo de una víctima.
 - ❖ La prueba no puede equivaler a una provocación en el sentido del derecho penal:

"La prueba no puede tener el efecto de crear, reforzar o confirmar una práctica discriminatoria cuando no existían indicios claros o prácticas susceptibles de ser calificadas de discriminación.
 - ❖ La prueba no puede realizarse al azar.

Pruebas de situación: el caso de Bélgica

- ❖ Condiciones que deben cumplirse para que la prueba sea admisible en los tribunales como medio de prueba:
 - ❖ La prueba no puede realizarse al azar:
 - ❖ La decisión de realizar una prueba debe basarse en elementos que hagan sospechar un comportamiento discriminatorio por parte de un determinado empresario o sector de actividad.
 - ❖ Cuando la prueba es realizada por funcionarios o por una ONG: sólo puede utilizarse a raíz de quejas o informes de discriminación y sobre la base de fuertes indicios de prácticas susceptibles de ser caracterizadas como discriminación por un empleador o en un sector de actividad.

Pruebas de situación: el caso de Bélgica

Nota:

- ❖ La legislación de la región belga también permite a los inspectores regionales de trabajo realizar pruebas de situación en el marco de su control de la normativa laboral general.
- ❖ La ley federal aprobada en 2018 autoriza a los inspectores sociales a realizar, en determinadas condiciones, pruebas de situación para controlar el cumplimiento de las disposiciones (penales) de la legislación antidiscriminatoria. Pero la ley no establece si estas pruebas serían admisibles como medio de prueba en los tribunales.

Cf. Nuevo Art. 42/1(1) del Código Penal Social belga.

Acceso del demandante a las pruebas en poder del demandado

El órgano jurisdiccional remitente no puede pasar por alto el hecho de que, dado que el empresario se ha negado a comunicar estas informaciones, hay una probabilidad nada desdeñable de que dicho empresario pueda, de este modo, hacer inimpugnables sus decisiones. En otros términos, el empresario mantiene en su exclusivo poder elementos importantes de los que finalmente depende la fundamentación y, por lo tanto, las posibilidades de prosperar, de una acción judicial que el candidato finalmente no contratado pueda entablar. [...]

Por lo tanto, el candidato a un puesto de trabajo suele quedar a merced de la buena voluntad del empresario en lo que atañe a la obtención de información relativa a hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación, pese a que ésta es indispensable para que entre en juego la atenuación de la carga de la prueba, y puede encontrar, objetivamente, dificultades reales a la hora de obtener dicha información".

(Opinión del Abogado General Mengozzi, 12.1.2012, Meister, párrafo 32).

Acceso del demandante a las pruebas en poder del demandado

- Jurisprudencia del TJUE:
 - *Kelly / Universidad Nacional de Irlanda (University College, Dublin)*, C-104/10, 21.7.2011
 - *Meister contra Speech Design Carrier Systems GmbH*, C-415/10, 19.4.2012
- Respuesta del Tribunal:
 - La legislación antidiscriminatoria de la UE **no da derecho a los denunciantes a disponer de información** en poder del denunciado que permita establecer una presunción de discriminación, como la información sobre si se contrató a otro solicitante o sobre las cualificaciones de otros solicitantes.
 - Sin embargo, la **negativa** del demandado **a revelar información puede ser uno de los factores que se deben tener en cuenta** para establecer los hechos de los que se puede presumir que ha habido discriminación.

Necesidad de mejorar el acceso a la información

- ❖ Dos formas disponibles
 - ❖ El TJUE analiza y resuelve los desajustes entre las disposiciones de protección de datos y del derecho a la igualdad de trato una vez que se le presenta una remisión reflexiva
 - ❖ instrumentos jurídicos adoptados a nivel de la UE para facilitar el acceso a la información, por ejemplo, mediante cuestionarios

Legislación

- Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, relativa a los principios comunes de los mecanismos de recurso colectivo de cesación y de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, DO L 201 de 26.7.2013, pp. 60-65.
- 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, Diario Oficial L 014 20/01/1998, p. 6.
- 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, Diario Oficial L 180, 19/07/2000 pp. 0022-0026.
- 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, Diario Oficial L 303, 02/12/2000, p.0016-0022.
- 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), Diario Oficial L 204 de 26.7.2006, pp. 23-36.
- Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso y suministro de bienes y servicios COM (2003) 657 final.

Lista de casos

- ◇ **CJEU**
- ◇ Asunto C-109/88 Danfoss [1989] ECR I-3199.
- ◇ Asunto C-127/92 Enderby v Frenchay Health Authority 1993 ECR I-05535.
- ◇ Asunto C-13/94 P contra S y Cornwall County Council, Rec. 1996.
- ◇ Asunto C-167/97 R v Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith and Perez [1999] ECR I-623.
- ◇ Caso C-432/05 Unibet Ltd v Justitiekanslern [2007] ECR I—2271.
- ◇ Asunto C-267/06 Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen [2008] ECR I-1757.
- ◇ Asunto C-303/06 S. Coleman / Attridge Law y Steve Law [2008] ECR I-5603.
- ◇ Caso C-13/05 Sonia Chacón Navas contra Eures Colectividades SA [2006] ECR I-6467.
- ◇ Caso C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV [2008] ECR I—5187.
- ◇ Caso C-246/09 Bulicke [2010] ECR I-7003.
- ◇ Asunto C-415/10 Meister / Speech Design [2012] ECR I-0000.
- ◇ Asunto C-104/10 Patrick Kelly / Universidad Nacional de Irlanda (University College, Dublin), [2011] REC I-06813.
- ◇ Caso C-81/12 Asociația Accept v Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, 25 de abril de 2013 .

Tribunales nacionales

Oxford v Department of Health and Social Security (1977) ICR 885, Reino Unido.

Mitchell v Southern Health Board (2001) Labour Court DEE 011, Irlanda.

IBM contra Buscail, Tribunal de Apelación de Montpellier, (2003) n° 0200504, Francia.

Equality Tribunal (2004) EED048, Irlanda .

Igen Ltd (antes Leeds Careers Guidance) y otros contra Wong, Chamberlin y otro contra Emokpae, y Webster contra Brunel University (2005) IRLR 258, Reino Unido.

Madarassy v Nomura International Plc, (2007) ICR 867, Reino Unido.

Sentencia del Tribunal Supremo (2008) 9ObA177/07f, Austria.