

La discriminación en tensión: razones para no discriminar

Discrimination in Tension: Reasons not to Discriminate

Mariela G. Puga

Conicet, Argentina

mariela.puga@unc.edu.ar

Resumen: Las reglas de igualdad y no-discriminación se asientan en dos tipos de razones, categorialmente diferentes. Unas son razones de justicia correctiva o privada, otras, razones de justicia distributiva o pública. En muchos casos, ambos tipos de razones respaldan al mismo mandato normativo, en otros, tensionan las decisiones adjudicativas. De modo que razones categorialmente diferentes podrían respaldar respuestas jurisdiccionales opuestas ante los mismos hechos, dando un alcance distinto a la garantía de igualdad. Este trabajo muestra que las razones de distinto orden determinan los alcances de estándares aplicables a los casos de discriminación en tres instancias claves de la adjudicación: la prueba de los hechos, la subsunción de estos en la norma, y la remediación de la discriminación. Desde el análisis de casos de la jurisprudencia Argentina, se explica el modo en que esas diferentes razones tensionan las decisiones en cada instancias. Finalmente se advierte como las tensiones señaladas sobresalen en los casos en que el acusado es un particular. Es en estos casos donde el alcance normativo del principio de igualdad y sus estándares de prueba, subsunción y remediación, resulta limitado por la pervivencia, y en muchos casos la prevalencia, de razones de justicia privada.

Palabras claves: igualdad y discriminación jurídica, razones de justicia correctivas, razones de justicia distributivas, prueba y remediación, discriminación entre particulares.

Abstract: The rules of equality and non-discrimination are based on two types of reasons, categorically different. Some are reasons of corrective or private justice; others are reasons of distributive or public justice. In many cases, both types of reasons support the same normative mandate, in others, they strain adjudicatory decisions. Thus, categorically different reasons may underpin disparate jurisdictional responses to identical factual circumstances, thereby imparting a varied extent to the guarantee of equality. This work shows the way in which reasons of different order determine the scope of standards applicable to cases of discrimination in three key instances of adjudication: the proof of the facts, their subsumption under the norm, and

the remediation of the discrimination. Through the examination of case law in Argentina, this work elucidates how these distinct reasons exert pressure on decisions at each stage. Ultimately, it is observed how these tensions become particularly pronounced in cases involving private individuals as defendants. It is within these contexts that the normative scope of the principle of equality and its associated standards of proof, subsumption, and remediation are constrained by the enduring, and often predominant, influence of principles of private justice.

Keywords: equality and legal discrimination, corrective reasons of justice, distributive reasons of justice, proof and remediation, discrimination between individuals.

Introducción

El principio de igualdad y no-discriminación se asienta en dos tipos de razones morales o de justicia, categorialmente diferentes. Unas son razones de justicia correctiva o privada y, otras, razones de justicia distributiva o pública. Esas razones suelen entrar en tensión en la adjudicación de controversias entre agentes particulares, incluso determinar respuestas jurisdiccionales contradictorias ante la misma configuración de hechos. Estas determinaciones suelen pasar desapercibidas cuando estas controversias son analizadas en el plano de la razón dogmática y de sus estándares de interpretación jurídica. Ello oscurece el diferente alcance que tienen algunos estándares antidiscriminatorios en controversias entre particulares, en contraste con su alcance en controversias entre el estado y sus ciudadanos.

Este trabajo propone que la diferencia de fundamentación en términos de razones de justicia explica las tensiones en la aplicación de los estándares antidiscriminatorios y, en especial, permite identificar esas tensiones en instancias claves del proceso de adjudicación, tales como la prueba de los hechos, la subsunción de estos en las normas, y la remediación frente a una discriminación declarada.

Para desarrollar este argumento, aparentemente abstracto, el análisis se sitúa en el marco concreto del sistema jurídico argentino, y de sus estándares dogmáticos. En él se identifican las instancias de adjudicación del principio de igualdad que resultan pacíficas y, en contraste, aquellas en las que se generan tensiones entre razones de distinto orden, las que por lo general se relacionan con los conflictos entre sujetos privados. Se presume, sin embargo, que esas instancias de tensión son comunes a cualquier sistema constitucional de raíz moderna, y en especial, a los de América Latina. De modo que el enfoque de éste análisis sería igualmente aplicable a otros sistemas constitucionales de la región.

El trabajo se divide en dos partes. En la primera se ofrece un marco para ordenar los rasgos dogmáticos centrales del régimen antidiscriminatorio de Argentina, en base a dos tipos de razones morales: de justicia privada y de justicia pública. Lo que se ofrece es una explicación de cómo esos estándares, legales y jurisprudenciales, que fueron adoptados para implementar la regla de igualdad constitucional, se vinculan a ambos tipos de razones de justicia.

En la segunda parte se identifican tres instancias adjudicativas en las que el régimen antidiscriminatorio se pone en tensión. Por un lado, se analizan las tensiones más obvias, en la instancia típica de la determinación de la *existencia de un acto* de discriminación (o subsunción de los hechos en el derecho). Por otro lado, se identifican las tensiones que aparecen en la determinación de las *reglas de prueba* aplicables, y por último, en la instancia de fijación de las *reglas de remediación*.

I. La igualdad y no discriminación como regla bifronte

La tradición del constitucionalismo argentino dedujo la regla de no-discriminación de la norma del artículo 16° de la Constitución Nacional (en adelante CN), la que ordena que los habitantes sean tratados de forma igualitaria por la ley. Se trata de una norma prototípica del constitucionalismo liberal, que fue adoptada de forma bastante uniforme en las constituciones modernas.

La doctrina argentina entendió que la regla que “obliga” al estado a tratar de forma igualitaria a los habitantes tiene como correlato deóntico a la regla que “prohíbe” discriminarlas.¹ Esta fórmula bifronte, de obligación-prohibición, fue extendida a las relaciones entre particulares. En efecto, ya es parte del sentido común jurídico que la prohibición de discriminar, derivada del deber de trato igualitario, no sólo regula la acción estatal frente a sus habitantes, sino también limita a las conductas de los habitantes entre sí.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina (CSJA) dio respaldo a esa inteligibilidad de la regla señalando que los principios de igualdad y no discriminación resultan tan centrales a la estructura del sistema jurídico del país, que se los debe entender como parte del *ius cogens*.² La misma CSJA los hace exigibles, también de forma imperativa, a los particulares en sus relaciones privadas.³

De modo que aquellos actos, prácticas y políticas, ya sean públicas o privadas, que discriminen, estarían violentando en simultáneo una regla imperativa de “obligación” (igual trato), y su correlato deóntico, una regla imperativa de “prohibición” (de trato desigual o distinto).

A. Una regla bifronte, con doble fundamento

El argumento central de este trabajo es que el alcance de esta regla bifronte (obligación-prohibición) varía substantivamente según la justificación de moral jurídica en la que ella se asiente. En términos más precisos, la regla será más o menos exigente respecto a la conducta de un agente, público o privado, según las razones de justicia que la respalden. Llamaré a un tipo de razones, “razones de justicia privada”, y a las otras, “razones de justicia pública”. Desde esta inteligibilidad se observará como cada tipo de razón respalda un alcance distinto de los estándares antidiscriminatorios en el régimen argentino.

1. Las razones de justicia privada

Las razones de justicia privada avalan un particular tipo de reproche jurídico frente al trato desigualitario o discriminatorio. Lo que se reprocha es la ofensa específica contra la “dignidad” humana de aquel/la a quien se discrimina. Sin embargo, ese reproche no se mide desde la subjetividad del ofendido, sino desde la del ofensor. En efecto, la ofensa surge por la violación de un estándar de conducta subjetivado respecto al “modo de trato” que nos debemos unos a otros, en cuanto sujetos con igual dignidad. De modo que se discrimina a otra persona cuando se viola ese estándar relacional de conducta debida entre sujetos que se asumen iguales.

La dogmática jurídica que se inspira en este tipo de reproche se expresa en estándares que caracterizan los motivos del/la agente. En el derecho argentino, se refiere a los prejuicios, estigmas, y animosidades hostiles hacia cierta clase de personas. En otras palabras, la afectación percibida u objetivamente sufrida por el sujeto discriminado solo será jurídicamente injustificada desde la perspectiva del *carácter* motivado de la acción del agente.

Es fácil advertir que las razones que fundan este tipo de reproche responden a una concepción de justicia relacional o correctiva (en sentido aristotélico⁴), a las que aquí llamaremos de “justicia privada”. Ellas parecen enraizadas en la tradición del derecho civil romano,⁵ y es el tipo de gnosis moral que respalda muchas de las interpretaciones de las reglas de nuestro derecho privado antidiscriminatorio.⁶ Sin embargo, a veces resulta confuso que la dogmática antidiscriminatoria utilice los mismos términos que evocan esas razones de justicia privada, para referir a la acción discriminatoria de órganos estatales.⁷ La Corte Suprema Argentina (CSJA), por ejemplo, suele sancionar la discriminación estatal enunciando estándares tales como las “distinciones hostiles”, como si el estado estuviera motivado subjetivamente por un tipo de animosidad, o como si se le

atribuyese a su conducta este carácter moral. Pero esa confusión se diluye tan pronto se observa que la adjudicación de responsabilidad pública tiende a concentrarse en los elementos objetivos de la acción estatal y, en todo caso, en la hostilidad percibida por la víctima. En efecto, la acción estatal se juzga desde su razonabilidad (relación de medio a fin), y más allá de cuál haya sido la intencionalidad del agente público que actúa en nombre del estado.⁸ La supuesta “animosidad” de la distinción, en todo caso, se resume en la desproporción objetiva del trato diferencial hacia cierta clase de ciudadanos en comparación con otros. De modo que el término hostilidad es concebido en estos casos como un agravio-resultado arbitrario, en tanto no-razonable, antes que un agravio determinado por el carácter motivado de la acción. En todo caso, la razonabilidad en estos términos podría entenderse como un estándar de moralidad política liberal, respecto al modo de trato “debido” por el estado a sus ciudadanos.⁹

2. *Las razones de justicia pública*

Hay otro tipo de razones a las que llamaremos de “justicia pública”, que imponen un reproche jurídico distinto al agente acusado de discriminar. Ellas motivan juicios que no conciben a la igualdad como un estándar de buen trato entre iguales, sino como un tipo de orden social prescripto por la Constitución. Presumen, en fin, que el orden normativo puede arrastrar al orden social de hecho hacia el/los resultado/s agregativo/s igualitario/s previsto/s por la norma fundamental.

En otras palabras, los sujetos de una controversia estarían inmersos en un orden de desigualdad que los hace desiguales. El rol del derecho no será entonces re-establecer una situación de igualdad previa entre ellos, sino evitar que la desigualdad pre-existente en la que están inmersos se acreciente o perpetúe con la acción de un agente o del estado. Un derecho antidiscriminatorio con este fundamento se apoyaría en razones vinculadas a la justicia distributiva o legal, en términos aristotélicos.¹⁰

Es en este marco podemos entender a los juristas que refieren a la pre-existencia de grupos históricamente desaventajados, o de minorías insulares (Fiss, 1976, Saba, 2007), como grupos que exigen un tratamiento especial, y no uno meramente razonable. En tanto víctimas de injusticias históricas, o de vulnerabilidades creadas por relaciones de poder, o condicionamientos sociales estructurales (Ronconi, 2019), estos grupos serán vistos como clases desaventajadas, oprimidas, sojuzgadas o excluidas, y darán lugar a estándares de tratamiento tales como el del *no sojuzgamiento*¹¹ u *opresión*, o *no perpetuación* de sus desigualdades (Véase Fiss, 1999; Saba, 2007 y 2011, Ronconi, 2019).

Lo que se reprocha de la acción, entonces, no es su motivación sino su contribución objetiva a un resultado agregativo desfavorable sobre cierta clase de personas. Así, el análisis dogmático se aparta de los estándares de *trato debido* entre iguales, para dar lugar a estándares de *causalidad jurídica objetiva* sobre sujetos que nunca fueron pares con su ofensor, y para quienes la discriminación daña no su dignidad individual, sino la dignidad o posición de desventaja de los de su clase.¹²

El constitucionalismo suele vincular este enfoque de la igualdad al impacto que tuvo en el sentido común jurídico la ola del constitucionalismo social de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. En el caso argentino, el impacto de esta ola suele ejemplificarse con las reformas constitucionales de 1949, 1957 y 1994 (ver Rosatti, 2010, pp. 168-169). La idea medular, por un lado, es atribuir un nuevo rol al estado frente a las desigualdades de hecho y, por otro, consiste en dar cuenta de esas desigualdades como dato central para el análisis jurídico-dogmático del principio de igualdad y no discriminación. De modo que el derecho debería compensar a las desigualdades históricas con un trato especial hacía quienes resultaron desaventajados por ellas.

Ahora bien, interesa resaltar aquí que tanto las razones de justicia privada como las de justicia pública han cultivado concurrentemente la fundamentación de las reglas antidiscriminatorias en el sistema jurídico argentino, y a sus estándares de aplicación. A veces, ambos tipos de razones concurren de forma armónica para respaldar la misma solución normativa.¹³ Pero muchas otras veces, cada una de las razones de distinto orden respaldará reglas y estándares de adjudicación diferentes, o con alcances diferentes. De estas tensiones y contradicciones en las respuestas jurídicas nos ocuparemos en la segunda parte.

B. Una regla de obligación vacía

El marco del derecho antidiscriminatorio argentino se construyó bajo una máxima enunciada repetidamente por la Corte Suprema de Justicia Argentina (CSJA), la de “tratar igual a aquellas personas que se encuentran en idénticas circunstancias”.¹⁴ Ésta fórmula es similar a la máxima aristotélica que indica que “cosas que son iguales deben ser tratadas de forma igualitaria”.

Sin embargo, ya varios teóricos de la justicia han cuestionado la fórmula aristotélica por ser una regla vacía o, al menos, tautológica.¹⁵ En efecto, en tanto no se determine cuál o cuáles son los rasgos que hacen a las cosas iguales (las que siempre son desiguales

en algún otro sentido), y/o cuáles las circunstancias (o combinación de ellas) en las que se indica el tratamiento igualitario, no es posible decidir qué tratamiento es igualitario y cuál no lo es.

De modo que la fórmula aristotélica, y para el caso, la de la CSJA, no nos dicen demasiado. Lo dirimente serán las circunstancias, rasgos y/o condiciones que sean consideradas normativamente relevantes para aplicar la regla de tratamiento igualitario, y a su compañera deóntica,¹⁶ la prohibición de tratar de forma desigual en los mismos casos. Son esos elementos dirimientes los que cargan de contenido fáctico a la regla bifronte abstracta, en la que se asientan los regímenes antidiscriminatorios.

C. “La igualdad de los iguales”, cargada por la Constitución Argentina

La Constitución Argentina (en adelante CN), como muchas otras cartas occidentales, ofrece un catálogo bastante explícito de rasgos o condiciones personales que, en relación a ciertas circunstancias, se vuelven relevantes para hacer distinciones válidas (ej. la nacionalidad para ser presidente, o la idoneidad para acceder a un empleo).¹⁷ Al mismo tiempo, la CN ofrece un catálogo de rasgos o condiciones personales que tajantemente no son relevantes para distinguir entre las personas en otras circunstancias (ej. el título de nobleza para acceder a un empleo, o el sexo para competir por un cargo público).¹⁸

Así, podemos entender que la carta constitucional carga con éstos contenidos específicos a la prohibición de discriminar y a su correlativa obligación de tratar de igual manera; esos rasgos-circunstancias-condiciones funcionan como estándares, ya completos, de conductas debidas-prohibidas, públicas o privadas.

Por su parte la CSJA en su labor adjudicativa también contribuyó a completar y precisar el contenido de la máxima de “tratar igual a los iguales en iguales circunstancias”. En varias de sus decisiones, el alto tribunal reconoció rasgos-circunstancias que son relevantes o no para tratar desigualmente. En el caso *Arenzón* (1984), por ejemplo, precisó que la estatura física de una persona (un rasgo que no se menciona en la carta constitucional) no es un criterio válido para el acceso a un cargo docente. En el caso *Repetto* (1988), el tribunal estableció que el rasgo del origen nacional (éste sí mencionado en la CN) tampoco es un criterio válido para restringir el acceso a la docencia.¹⁹

1. *Armonías y tensiones*

Como se adelantó, los rasgos, condiciones y circunstancias estipulados por la CN, según las precisiones y agregados de la CSJA, funcionan como criterios o estándares que

determinan la conducta debida/prohibida. Lo que aquí nos interesa es mostrar como esos criterios o estándares, al fundarse en razones de justicia de distinto orden, van a tener un alcance diferente.

Por un lado, podemos aprehender esos estándares desde la perspectiva de razones privadas, como mandatos de *trato igual* o de *no trato desigual* a quien debemos igual respecto que a otros, en ciertas condiciones o circunstancias. Frente a la infracción de este mandato, el sistema jurídico presume la animosidad del agente activo, o el carácter prejuicioso u hostil de su acción. Por otro lado, podemos mirar esos estándares desde un enfoque público, como el reflejo de una preocupación distributiva de la ley hacia ciertos grupos cuya desigualdad estructural se presume a partir del rasgo que la norma hace relevante. El sistema jurídico se empeña en evitar el acrecentamiento o perpetuación de esa desigualdad, e incluso busca su disminución. Lo que hace injusta la conducta del agente, en este último caso, es su contribución agregativa a la desigualdad estructural previa.

Si bien en la mayoría de los casos ambas fundamentaciones podrían concurrir armónicamente, e implicar a la misma respuesta normativa, en otros, la distinta motivación del estándar podría llevar a decisiones adjudicativas encontradas.

Hay un ejemplo de la jurisprudencia argentina cuya complejidad nos ayuda a identificar las discrepancias en la solución adjudicativa desde esta perspectiva. Se trata de una autoridad electoral que decide no inscribir una lista de pre-candidatas mujeres para participar en un proceso eleccionario. La razón del rechazo es porque ésta estaba formada exclusivamente por personas del sexo femenino. Las integrantes de la lista reclaman judicialmente su inscripción y el juez de primera instancia confirma la decisión de la autoridad electoral, sosteniendo que la composición de la lista violaba el principio de igualdad sexual, al no incluir a hombres. Subrayó que la transgresión era a la “igualdad real de oportunidades políticas entre hombres y mujeres”, reconocido en la Constitución Nacional en el artículo 37°.

En una primera aproximación, el juez parece tomar el hecho-resultado de que no había hombres en la lista, para presumir que no se los trató como iguales en el proceso de acceso a la lista de candidaturas del partido. La infracción parece fundarse en una perspectiva de justicia correctiva o relacional. En efecto, estaría presumiendo el carácter moralmente reprochable del procedimiento de selección de candidatos a partir del resultado de éste.

Desde otro lado, el asunto puede verse como una limitación a las oportunidades de ser elegidos para los cargos públicos en disputa, más allá de cuál haya sido el procedimiento de selección de candidatos. Cuando la Cámara Nacional Electoral confirma la decisión de primera instancia (*Ciudad Futura*, 2017), explicita que el constituyente, “tuvo como intención asegurar la igualdad de trato en el ámbito político para varones y mujeres” (página 18°, 2° párrafo). Podría entenderse que el juicio del tribunal no recae sobre el proceso de selección de candidatos partidarios, sino sobre el acceso efectivo a cargos políticos. En efecto, una desigual relación en la composición sexual de la lista llevaría a una desigual oportunidad para acceder a los cargos del grupo de “los hombres.”

Ahora bien, ya sea que se presuma la infracción al estándar de *trato igual* en la elección de candidatos a las listas por razones morales reprochables, o que se procure garantizar un acceso formalmente igualitario a los cargos políticos, lo que resulta claro es que la cámara está asumiendo una premisa descontextualizada. Asume que no hay (o que al derecho antidiscriminatorio no le interesan las) desigualdades estructurales previas. Entonces, su juicio respecto al significado del estándar de *trato igual* es siempre de moral privada porque asume que ambos sexos están en la misma situación frente al acceso a las listas y a las candidaturas, y por tanto se les debe igual trato, y oportunidades de acceso.

De este modo, al no dar cuenta de las consabidas *desigualdades estructurales* entre hombres y mujeres en el campo político, se interpreta la regla de igualdad contra el grupo verdaderamente desaventajado. El resultado es un estándar que asegura que los hombres no disminuyan, o que perpetúen sus consabidas ventajas en el campo político. Se trata de un estándar de *trato igual* entre pares, fundado en razones de justicia correctiva o privada, que puede incluso contabilizar como desigualdad, a un resultado descontextualizado.

En cambio, si los rasgos-condiciones-circunstancias establecidos en el sistema jurídico se hubieran aprehendido como indicadores de las desigualdades sociales estructurales previas, estarían destinados a evitar la consolidación de ellas en un sentido agregativo-distributivo. En tal caso serían las razones de justicia pública las que fundarían la interpretación del estándar de igualdad de trato o de resultado, y éste no podría usarse en contra del grupo desaventajado.

D. La otra cara de la regla bifronte: el tratamiento desigual a los desiguales

En ciertos casos la CN establece que la “obligación de trato igualitario a los iguales” implica la obligación de “tratar distinto” a quienes no son iguales. Esta es la otra cara

de la fórmula aristotélica que, en su versión completa, indicaba “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.” En esta línea se entiende el artículo 37º, y el 75º inciso 23 de la CN cuando indican que el principio de igualdad exige un tratamiento estatal desigualitario conforme a los rasgos de género y edad, en las circunstancias de participación política, y de políticas de seguridad social, respectivamente. Ese tratamiento desigualitario se traduce en el mandato de “acciones positivas” en favor de mujeres y de niñas/os, a las que la dogmática suele llamar también “acciones afirmativas” o “políticas de discriminación inversa”.

El subtexto que da fundamento a las acciones positivas no es tan nuevo ni excepcional como suele creerse. Las interpretaciones tradicionales de varias reglas decimonónicas de la CN presentaron originariamente formas semejantes. Por ejemplo, la interpretación de la regla de que “la igualdad es la base de los impuestos” (art. 16 de la CN) implica, para una doctrina consolidada en el derecho argentino, que las tasas impositivas deben ser diferenciales, conforme a la capacidad contributiva de cada clase de contribuyente. De modo que si la situación de hecho de quién paga los impuestos importa a los fines de saber cuánto se debe pagar, son las desigualdades de hecho entre contribuyentes las que exigen su tratamiento diferencial, como una exigencia del principio de igualdad.²⁰ Esta forma de entender la exigencia de la igualdad como un mandato de trato desigual, no es, entonces, ni nueva ni heterodoxa para nuestro constitucionalismo.

Aun así, vale la pena resaltar aquí que cuando se contabilizan las desigualdades previas de una clase, el estándar que nos ocupa exigirá siempre una conducta de *trato desigual* con independencia de que una conducta opuesta (*trato igual*) sea reclamada con fundamento en la moral privada. De modo que el subtexto de justificación de esta forma deóntica no puede sino fundarse en una idea agregativa y re-distributiva de la igualdad. El mandato de *trato desigual* esta siempre fundado en razones públicas.²¹

Ello nos lleva a un tipo de tensión adjudicativa diferente, o a una lectura diferente de esas tensiones. En efecto, el mandato de *trato desigual* respecto a ciertos rasgos-circunstancias, podría entrar en contradicción lógica con el mandato de *trato igual* sobre esos mismos rasgos-circunstancias fundado en razones privadas. El ejemplo de la lista de candidatas mujeres del apartado anterior (*Ciudad Futura*, 2017), admite una lectura en este sentido. Podríamos decir que el fundamento para admitir esa lista de mujeres es el de entender que el artículo 37 de la CN no nos está dando un mandato de *trato igual*, sino uno de *trato desigual*. En otras palabras, la “igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para cargos electivos” exigiría el *trato desigual* entre ellos. De modo que la tensión entre el fundamento privatista y público del estándar de *trato igual* po-

dría traducirse en una contradicción lógica entre mandatos normativos, *trato igual vs. trato desigual*. El primero entra en contradicción con el segundo cuando está fundado en razones privadas, ya que el segundo siempre está fundado en razones públicas.

Para comprender a ésta como una tensión que se origina en la fundamentación, es necesario observar que ella se presenta con igual claridad en otras decisiones adjudicativas. El ejemplo clave es el de la imposición judicial de cupos como forma remedial frente a una discriminación sistémica. Este mandato judicial de *trato desigual* hacia toda una clase de personas, podría entrar en tensión con las razones privadas para el *trato igual* de aquellos que no tienen el rasgo que define al cupo. En efecto, si un juez ordena a quien discriminó a mujeres, que contrate solo mujeres hasta alcanzar un cupo,²² estaría tratando de forma desigual a los candidatos hombres que podrían sentirse discriminados por la regla del cupo, en base a razones de justicia privada.

E. Los tratados internacionales de derechos humanos y los particulares

Un aporte medular al derecho antidiscriminatorio argentino deviene de los diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (en adelante los IIDH). Varios de ellos tienen jerarquía constitucional en Argentina a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inciso 22° de la CN), y desde hace más de tres décadas gozan del mismo rango en otros países de América Latina.

En materia de igualdad y no discriminación estos IIDH también especifican rasgos, condiciones y circunstancias que serán normativamente relevantes, y no relevantes, para distinguir válidamente.²³ En algunos casos contemplan incluso el mandato de *trato desigual a ciertos grupos*, ya sea como política exigida o como conducta justificada en razón de la exigencia de igualdad.²⁴

Tal como se analizó antes, esos rasgos-condiciones-circunstancias pueden entenderse como estándares que reflejan objetivos regulativos-distributivos de la igualdad, es decir, estar fundados en razones públicas, o pueden admitir una lectura en clave de razones de justicia privada, como ocurrió en el caso *Ciudad Futura*, 2017. No obstante, cuando esos rasgos o criterios respaldan a una regla de *trato desigual* (como los mandatos de discriminación inversa), su raíz está siempre en razones públicas, y puede generar tensiones con otros estándares fundados en razones de justicia privada (aquellos que mandan un trato idéntico de acuerdo a esos rasgos).

Cada sistema jurídico resuelve estas tensiones en los procesos de adjudicación jurisdiccional. Aquí, sin embargo, me importa recalcar en la lógica deóntica con la que operan estos IIDH. Ellos obligan directamente a los estados (tanto nacionales como

provinciales y municipales) a no discriminar a sus ciudadanos, pero también los obligan a garantizar la igualdad y no discriminación en las relaciones entre particulares. Suponen así la exigencia de *legislar* en materia antidiscriminatoria entre particulares y la de *interpretar* las reglas existentes conforme al principio de igualdad y no discriminación.

El problema central es que los estándares de IIDH no dejan en claro si la obligación que los particulares tienen entre sí, aunque enunciada con los mismos estándares, es o debería ser de igual alcance que la obligación que los estados tienen hacia sus ciudadanos. Por ello, las tensiones que aparecen con los mandatos de discriminación inversa se acentúan en los conflictos entre particulares. Esos conflictos no pueden resolverse ni desde la deontica constitucional, ni desde la mera deontica de los compromisos internacionales. Sólo podrían hacerse en el plano meta-jurídico de las razones de justicia.²⁵

1. Categorías sospechosas y prueba de la discriminación

Aquellos rasgos que enuncian los IIDH, tales como la raza, el sexo o la religión, además de indicar un *tratamiento desigual-favorable* hacia ciertos grupos, funcionan también para identificar a las llamadas “categorías sospechosas”. Categorías que serán cruciales para los estándares de prueba en el proceso de adjudicación. Así, cuando una o más personas que forman parte de esa categoría son tratadas de forma diferencialmente desventajosa (ej. que se las excluya del goce de ciertos derechos), la carga de la prueba se invierte, y es el demandado por discriminación quién deberá probar que el trato diferencial no es discriminatorio.

Las llamadas “categorías sospechosas” refieren, en teoría, a grupos de personas consideradas minorías insulares, tradicionalmente oprimidas, y respecto a las cuales el estado se ha obligado a una protección especial. La tendencia jurisdiccional argentina es, en la práctica, a identificar como tales sólo a aquellas categorías que el legislador, y en particular el legislador constitucional, refiere expresamente.²⁶

Lo que importa resaltar aquí es que incluso ésta inversión probatoria puede asentarse en razones distintas, ya sea de justicia privada o de justicia pública. En efecto, si el trato desfavorable al integrante de una “categorías sospechosas” se aprehende como un hecho indiciario para presumir el prejuicio, o la hostilidad subjetiva del agente hacia una clase de personas, entonces, la inversión de la carga de la prueba se asienta en razones de justicia privada, que reprocha el carácter moral de la acción. En estos casos el demandado se libera de la presunción demostrando la razonabilidad de su conducta, y con ello la inexistencia de animosidades. En cambio, si la inversión de la carga probatoria no presume animosidades, sino que asume la violación *prima facie* de la prohibición de trato

desigual desfavorable a cierto grupo, ésta asunción sólo podría asentarse en razones de justicia públicas. Si se ha tratado de forma desigual (desfavorable) a miembros de minorías históricamente desaventajadas, se asume que se aumentó con ello sus desventajas, en contra del mandato igualitario agregativo de no empeorar su situación. Un estándar como este, que reconoce desigualdades de hecho previas, y asume objetivos agregativos frente a ellas, no permitirá que el demandado se libere de responsabilidad probando la mera razonabilidad de su conducta. Le exigirá, como ocurre con el *test* del escrutinio estricto (ver Ronconi, 2019), que pruebe objetivos públicos trascendentes, de peso, superiores a los que justifican el estándar. Más aún, le exigirá demostrar la inexistencia de cualquier otro medios alternativo para alcanzar esos objetivos trascendentes. De forma tal que en estos casos la inversión de la carga de la prueba no es producto de una mera *presunción* de la existencia de razones privadas ilegítimas, sino de una *violación prima facie* del estándar de conducta debida.

El interrogante insidioso se presenta inexorablemente en los conflictos entre particulares. La duda surge respecto a si la inversión de la carga de la prueba en esos casos responde a presunciones basadas en razones de justicia privada (animosidad del agente), o pública (empeoramiento de la situación de los desaventajados). Como se verá en la segunda parte, esta es una de las instancias de tensión en el proceso de adjudicación, que resulta de la fundamentación híbrida que nutre también a las reglas de prueba.

F. El remedio a la discriminación: la legislación infra-constitucional como zona de tensión

El legislador argentino reglamentó el mandato del artículo 16 de la CN en armonía con las normas de los IIDH. Lo hizo en 1988 a través de la Ley Nacional N° 23.592 de Actos Discriminatorios (en adelante, la LAD). En ella se establece una fórmula genérica en la que no cualquier decisión que distinga o diferencie entre clase de personas es considerada discriminatoria, sino sólo aquella que “arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los **derechos y garantías fundamentales** reconocidos en la Constitución Nacional” (Art. 1º, LAD).

A su vez, la LAD, en consonancia con la CN y los IIDH, también explicita una serie de rasgos tales como la raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. De conformidad con el análisis que venimos haciendo, cuando esos rasgos son usados como criterios de

distinción desfavorable, o se presume que estamos ante una distinción discriminatoria, o bien, damos por acreditada la violación *prima facie* al deber de no tratar de forma desventajosa a una persona desaventajada. Desde cualquiera de esas ideas, se invierte la carga de prueba. Además, y también en consonancia con la dogmática de los IIDH, esos rasgos validarían, en principio, tratamientos preferenciales favorables o un *trato desigual* en favor de ciertos grupos.

Lo que interesa aquí, sin embargo, es destacar una contribución central de la LAD en relación a la regla de *remediación* de la discriminación. Ésta ordena “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización, y reparar el daño moral y material ocasionado” (Artículo 1 de la LAD). Si bien la indemnización a una víctima de discriminación no genera debates substantivos, en cambio, como se verá en el segundo apartado, el mandato de “dejar sin efectos los actos discriminatorios” puede entrar en tensión con otros mandatos de remediación previstos en regímenes especiales para conflictos entre particulares.

En efecto, hay algunos regímenes que regulan las relaciones privadas que no aceptan ciertas formas de “volver las cosas al estado anterior”. Ellos se respaldan en razones de justicia privada que admiten la sanción a una conducta reprochable, pero no la exigencia de ciertas conductas a los particulares. Un ejemplo es el de la Ley N° 20.744 del año 1974, conocida como Ley de Contrato de Trabajo (en adelante, la LCT) (véase artículo 17°).²⁷ Ella no admitiría, según la interpretación dominante, la reinstalación de un trabajador despedido por razones discriminatorias como forma de “volver las cosas al estado anterior” (según ordena la LAD). De modo que la prevalencia o no del estándar de remediación de la LAD sobre otro régimen especial para particulares como la LCT, será otro punto de tensión.

Esa tensión se relaciona previsiblemente con el hecho de que el fundamento de la solución remedial de la LAD es de justicia pública, mientras que la de la LCT es de justicia privada. El volver las cosas al estado anterior parece intentar evitar la perpetuación en términos agregativos de ciertas desigualdades, mientras que la mera indemnización sólo sanciona la conducta reprochable. En el apartado (C) de la segunda parte de este trabajo, se verá reflejada en detalle esta tensión.

II. La discriminación en tensión

Hasta aquí se viene insistiendo en que la fundamentación híbrida de la igualdad en el sistema jurídico argentino genera tensiones en la interpretación del mandato de *tratar*

igual a los iguales y, eventualmente, pone a este en tensión con el mandato de *tratar desigual a los desiguales*. También sugerimos que la tensión es más saliente cuando se trata de conflictos entre particulares.

Ahora analizaremos de cerca esas tensiones en tres instancias del proceso de adjudicación. La primera supone la determinación de la (in)existencia de un acto discriminatorio. Esta es la más analizada por la doctrina nacional, la que suele leer esas tensiones como parte del conflicto entre el derecho a la igualdad y el derecho a la libertad (ver Saba, 2011), o bien, del conflicto entre concepciones de igualdad liberal (jurídica o como no-discriminación) e igualdad real (estructural o como no-sometimiento) (ver Ronconi, 2019, Lobato, 2019). Desde el enfoque de este trabajo, el aparente conflicto de derechos, o de concepciones de la igualdad, se explica como un conflicto entre razones de moral jurídica de distinto orden.

Las otras dos instancias de análisis son la de las *reglas de la prueba*, y la de la fijación de las *reglas de remediación* de la discriminación. Como ya se adelantó, en general ellas son abordadas desde el silogismo dogmático deductivo, o en términos de fuentes normativas aplicables. Sin embargo, aquí se explican las controversias que aparecen en esas instancias, también desde el enfoque del diferente tipo de razones de moral jurídica en tensión.

A. La tensión sobre la (in)existencia de caso de discriminación

En el caso *Partido Nuevo Triunfo* (2009) el Estado de Buenos Aires enfrentó una demanda de “discriminación por opinión política” entablada por quienes, por su parte, sostenían ideologías discriminatorias. En este paradójico caso, el estado había denegado la inscripción administrativa como partido político a una agrupación que emulaba al partido Nazi Alemán. La CSJA resolvió el asunto afirmando que la decisión administrativa no había sido discriminatoria.

En primer lugar, no hay dudas de que el Estado demandado trató diferencialmente a los peticionantes, sólo en base a sus opiniones políticas. Es decir, *trató desigualmente* en base a un rasgo especialmente inválido para hacer diferencias, tanto según los TIDH como según la LAD. Ello haría *presumir* la discriminación en el caso, e invertir la carga de la prueba sobre las espaldas del estado, y así fue. No obstante, los magistrados supre-

mos entendieron que el estado logró justificar su decisión en el objetivo de impedir que la agrupación promoviera, con el aval oficial, teorías desigualesitarias o discriminatorias en la sociedad (la ideología Nazi). En otras palabras, el tribunal consideró que la conducta debida era la de *trato desigual a desiguales* como forma de respetar el principio de igualdad, aunque, en este caso, el trato desigual era desventajoso (rechazo de la inscripción).

Frente a la presunción generada en el caso, lo que hizo la Corte, de forma explícita, no fue concentrarse en supuestas animosidades subjetivas del estado contra la opinión política de este grupo. No miró los rasgos prohibidos como indicadores de animosidades. Por el contrario, los aprehendió como indicadores de desigualdades previas. Desde ese marco, la idea del objetivo substantivo en la decisión administrativa, tal, el evitar las consecuencias agregativas que tendría para la sociedad y para ciertos grupos desaventajados dar respaldo estatal a un partido Nazi, hizo sentido para la corte.

Más allá de las polémicas que una decisión como esta generan desde distintas apreciaciones del derecho público, es claro que ella prioriza razones de justicia públicas en la interpretación de los rasgos que hacen presumir la discriminación. La igualdad es vista en un sentido agregativo, antes que como una cuestión de mero tratamiento igualitario des-contextualizado. Desde este marco de razones públicas se entiende mejor la relevancia del argumento de no “dar aval oficial” a un discurso desigualitario.

B. La prueba en tensión

Las demandas por discriminación se rigen en Argentina por las mismas reglas de prueba aplicables a cualquier otra cuestión civil o, en su caso, a litigios contra el estado.²⁸ Pero cuando esa demanda es interpuesta por miembros de las llamadas “categorías sospechosas”, aparecen reglas de prueba muy diferentes. Estas reglas, a su vez, serán distintas según sea el estado el demandado, o lo sea un particular.

1. La distinción entre las reglas de prueba para el estado y para los particulares

En el caso *Castillo* (2017) la CSJA dejó establecida una distinción en materia de prueba. Los casos que categorizó como discriminación *de iure*, cuando envuelven a una categoría sospechosa, tendrán reglas distintas que aquellos a los que llamó discriminación causada por *prácticas* hacia categorías sospechosas (ver Considerando 22°). Con ello

le dio un orden conceptual a varios de sus precedentes en materia de estándares probatorios. Sin embargo, si se observa de cerca el conjunto de esos precedentes, lo que se hace obvio es que la distinción es en realidad entre una discriminación proveniente del estado (ya sea a través de una ley, una política, una práctica o un acto funcional), y la proveniente de particulares (a través de actos o prácticas sistémicas). En efecto, el término *prácticas*, usado por la corte, no es sino un eufemismo para referir exclusivamente a los casos de discriminación entre particulares.

En precedentes como *Pellicori* (2011) y *Sisnero* (2014) (casos que tienen a particulares como demandados), la regla de prueba fue diferente a los precedentes que tienen al estado como demandado –tales como *Castillo* (2017) o *Partido Nuevo Triunfo* (2009). Para los primeros, la regla probatoria es la del *caso prima facie*, mientras que, para el estado, la regla es la conocida como la del *escrutinio estricto*.

La cuestión a resaltar aquí es que cada una de esas doctrinas probatorias presupone teorías distintas del caso de discriminación y, así, de su fundamentación. Las razones que fundamentan una y otra discriminación son la raíz de la exigencia probatoria diferente. Ellas tienen como consecuencia, por lo general inadvertida por la doctrina, un alcance del principio de igualdad diferente para los particulares y para el estado.

2. *Escrutinio estricto para el estado*

Cuando el estado trata desfavorablemente a miembros de categorías sospechosas, se presume la “invalidez” de su conducta, y le toca probar y argumentar en contra de una presunción fuerte, enfrentando el *test del escrutinio estricto*. Esto significa que la prueba y argumentación defensiva del estado estará sometida a una evaluación mucho más rigurosa que la de la mera razonabilidad.²⁹

En vista a este tipo de evaluación, el estado deberá probar que la diferenciación que realiza persigue un fin substancial (no cualquier fin legítimo u objetivo) y, además, que no existe otro medio, ningún otro, que sea menos restrictivo de derechos para alcanzar ese fin. Como explica Treacy, “el examen no se satisface con una simple apariencia de que el medio guarda *alguna* relación con el fin perseguido, debe tratarse de medios que promuevan efectivamente esos fines, y de la inexistencia de medios alternativos, y menos restrictivos de los derechos en juego”. Este tipo de análisis “conlleva una exigencia muy difícil de levantar por parte del Estado” y si “subsisten las dudas acerca de la validez de la norma, prevalece la presunción de que es inconstitucional” (2019: 195-196).

Esta severidad en el esquema de valoración de la prueba autoriza a pensar que la presunción en contra del Estado es más que una mera presunción. De hecho, éste no logrará liberarse de responsabilidad si solo prueba que su conducta fue razonable. Se trata, en verdad, del reconocimiento de una invalidez *prima facie* de la conducta sindicada. El estado ya habría violado la prohibición de *trato desigual desfavorable a los desiguales* o, si se quiere, el mandato de trato preferente a éstos. De modo que sólo podrá librarse de su responsabilidad probando que habían razones de mayor peso para hacerlo (como lo hizo en el caso *Partido Nuevo Triunfo*, 2019).

Este mandato de no trato desfavorable a los desaventajados, o estándar de tratamiento preferencial hacia ellos, solo puede justificarse en razones de justicia pública. En palabras de la corte – caso *Castillo* (2017) – “el fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas...es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos” (Consid. 19º, 4to párrafo). Supone asumir una perspectiva estructural y distributiva de la desigualdad entre grupos, la misma que justificarían políticas de acciones afirmativas en base a razones públicas.

3. Mera razonabilidad para los particulares

Cuando es un particular el que trata desfavorablemente a un miembro de una categoría sospechosa, la presunción de “invalidez” de su conducta es diferente. Tal diferencia puede inferirse de dos circunstancias claves. Por un lado, de que la presunción no opera de forma automática por el trato diferencial a un grupo desaventajado. El ofendido debe probar, antes, un caso *prima facie*. Sólo así podrá generar la presunción en su favor. En segundo lugar, la valoración de la prueba y argumentación defensiva del particular que es demandado, ya no estará sometida a una evaluación tan rigurosa como la del “escrutinio estricto”, sino a una evaluación de razonabilidad de su conducta. Estas circunstancias son las que le dan inteligibilidad a la distinción probatoria instaurada por la Corte en el caso *Castillo* (2017).

La doctrina probatoria del *caso prima facie*³⁰ no supone que la acción de tratamiento diferencial-desfavorable a una categoría sospechosa sea *prima facie* discriminatoria. Para generar la inversión de la carga de la prueba, el demandante deberá aportar al menos pruebas indiciarias. Éstas no necesitan ser plena prueba, pero deben sugerir la arbitrariedad, ir-razonabilidad o animosidad en la *conducta* del demandado. En otras palabras, insinuar la transgresión de un mandato de *trato igual* entre pares, en términos de justicia privada.

Indiciado el caso *prima facie*, e invertida la carga de la prueba, al demandado le toca probar y argumentar bajo un *test* de valoración o escrutinio más débil. Lo que debe probar es que su conducta fue razonable, un medio adecuado para alcanzar un fin legítimo. Esto se ve con claridad cuando advertimos que lo que el *caso prima facie* indicia o hace presumir, son las motivaciones hostiles o prejuiciosas del particular demandado, es la irracionalidad de su decisión de distinción. Es decir, es un caso que se rige por estándares de conducta fundados en razones de justicia privada.

Un buen ejemplo se observa en el considerando 5° de la decisión de la CSJA en el caso *Sisnero* (2014). La Corte explica allí que la inversión de la carga probatoria en favor de las demandantes se funda en las dificultades de probar los “motivos” de la diferencia de trato hecha por el agente. La corte asume que los “motivos subyacentes... están en la mente de su autor”, y que la información y los archivos que los probarían “en manos de las personas a las que se dirige el reproche discriminatorio”. De modo que la presunción probatoria a favor de las demandantes es respecto a las motivaciones de los demandados, al verdadero carácter subjetivo de su acción. Las reglas de la prueba *prima facie* sólo atienden a la dificultad de probar aquella motivación.³¹

4. Los peligros de la distinta valoración de la prueba que hace la CSJA

Una consecuencia de esta distinción en las reglas de prueba para particulares y para el estado es habilitar la participación de los primeros en la perpetuación de las desigualdades sociales pre-existentes. Ellos no serán reprochados cuando realicen esa contribución sin animosidades subjetivas expresas.

Tal habilitación es un “tobogán resbaladizo” en términos agregativos. En efecto, si los resultados y condiciones de las desigualdades sociales previas son asumidos como un “dato” para exculpar o entender razonable la conducta de un individuo, el sistema jurídico privado se transforma en una herramienta eficiente para perpetuar la desigualdad.

El peligro se deja ver con claridad también en el caso *Sisnero* (2014). Las demandadas eran empresas privadas concesionarias del transporte de pasajeros, y ellas nunca habían contratado a una mujer como chofer del transporte. Acusadas de discriminarlas, las empresas afirmaron que las mujeres no se presentan como candidatas a ese puesto y que, si lo hacen, en general tienen menos idoneidad que los hombres. No pudieron probar esta aserción, con visos de verdad, dada la informalidad de sus procesos de selección. Pero si lo hubieran hecho, de acuerdo a las reglas de valoración de la prueba de la corte, se hubiera liberado de responsabilidad.

Las empresas explicaron que un requisito para la contratación era tener “experiencia” como chofer. Un requisito razonable para valorar la idoneidad del candidato. No

es difícil presumir que si se hubiera presentado una mujer, ésta tendría de seguro menos experiencia que un candidato hombre. Dado que nunca hubo una mujer chofer en ninguna empresa, era muy improbable que una mujer fuera más idónea que un hombre si la idoneidad se mide con el criterio razonable de la experiencia. En otras palabras, la desigualdad estructural previa ponía en desventaja actual a las mujeres, mientras hacía razonable la conducta selectiva de la empresa.

Pero la Corte no miró el asunto de esta manera. Entendió configurado el *caso prima facie* a partir de evidencia indiciaria sobre el prejuicio sexual de uno de los empresarios. Es decir, prefirió presumir animosidades subjetivas en la no contratación de las mujeres antes que juzgar los criterios de selección. Como las empresas no pudieron probar que esa situación presumida no existió, fueron responsabilizadas por la discriminación (Puga, 2022). Pero si lo hubieran probado, la historia hubiera sido diferente. La corte dejó abierta la puerta para que en el futuro las desigualdades pre-existentes puedan funcionar como formas de des-responsabilizar a particulares de su contribución a la desigualdad.³² No sólo eso. Al validar los criterios de selección, estos siguieron en uso por las empresas, y la remediación del caso ha resultado en la práctica substantivamente ineficiente (Puga, 2022).

C. La remediación en tensión

Como se adelantó, el mandato de “dejar sin efecto el acto discriminatorio” como forma de remediarlo puede entrar en conflicto con otros mandatos remediales asentados en razones de justicia privada. El caso *Álvarez* (2010), decidido por la CSJA,³³ ejemplifica esta tensión.

Las opiniones de los magistrados coincidieron en que existió un despido discriminatorio por razones gremiales en el ámbito de la contratación privada. Se dividieron las opiniones de los jueces, sin embargo, respecto a la forma de remediarlo. La mayoría (cuatro magistrados) ordenó al empleador “reinstalar” al trabajador despedido, aplicando el principio de *dejar sin efecto el acto discriminatorio*. Pero la minoría entendió que solo correspondía indemnizar al trabajador, y no reinstalarlo.³⁴

La doctrina nacional vio aquí una discrepancia interpretativa sobre la prevalencia del principio de igualdad sobre el de libertad de contratación (Lobato, 2019, p. 17). Sin embargo, veo necesario complementar esta explicación dando cuenta de las razones de justicia de distinto orden implicadas. En efecto, si la idea de igualdad de la mayoría hubiera estado asentada en razones privadas, su peso hubiera sido insuficiente para desplazar la solución remedial que propuso la minoría de la Corte.

Otra forma de mirar el desacuerdo es como el de una mera discrepancia dogmática respecto a la ley aplicable. La mayoría de los magistrados aplicó la LAD (ley posterior), mientras que la minoría prefirió aplicar la LCT (ley específica).³⁵ Sin embargo, esta preferencia dogmática también puede encontrar una mejor explicación en el tipo de razones de justicia que la fundamenta. Aunque ambas posiciones aludieron a razones de justicia pública para establecer la existencia de discriminación, la minoría razonó desde la razones de justicia correctiva o privada para remediarla. Esta señaló que no puede imponerse a un empleador (re)contratar a alguien respecto de quien “se perdió confianza” (ver considerando 9° del voto de la minoría en *Álvarez*, 2010). Así asume que el reproche jurídico es al carácter subjetivo de la conducta del agente, y este se satisface con la sanción indemnizatoria. Sólo el reproche a las consecuencias agregativas en el orden social desigualitario lleva a la reinstalación.

En otras palabras, quienes sostienen un sistema de fuentes normativas que dan prioridad a la LAD, presuponen la igual obligación del estado y de los particulares en el restablecimiento de un orden de hecho que profundizó desigualdades a través de la conducta sindicada. En tanto, quienes sostienen el régimen remedial especial de la LCT, respaldan su posición en razones de justicia relacional, o privada, tales como la “pérdida de confianza” del empleador hacia éste empleado. De este modo se conforman con “sancionar” la conducta que se reprocha, sin hacer responsables a los agentes de la desigualdad de hecho que la conducta consolida.

Conclusión

Se intentó mostrar algunas de las formas en que las razones de justicia pública y privada para no discriminar entran en tensión en varias instancias del proceso de adjudicación, y como ellas determinan el alcance de los estándares antidiscriminatorios.

Aún con estándares como el de las categorías sospechosas, no está resuelta la cuestión de si la conducta del estado se juzga por las mismas razones de justicia que aquellas con las que se juzgan las conductas de los particulares. La pregunta de si los particulares tienen el mismo deber que el estado en no contribuir a las desigualdades estructurales del orden social pone al régimen jurídico anti-discriminatorio en tensión y se cuela, en especial, en las controversias sobre el alcance de las reglas de prueba, de subsunción y de remediación de la discriminación.

Referencias bibliográficas

- Aristóteles, 1985: *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, citado por la traducción de Julio Pali Bonet, *Biblioteca Clásica Gredos 89*. Madrid, Editorial Gredos.
- Bayón Mohino, Juan Carlos, 2010: “Epistemología, moral y prueba de los hechos: Hacia un enfoque no Benthamiano”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 2 (4), pp. 6-30.
- _____, 2000: “Derechos, democracia y constitución.” *Discusiones: Derecho y justicia constitucional*, 1, pp. 65-94.
- Fiss, Owen, 1976: “Groups and the Equal Protection Clause.” *Philosophy and Public Affairs*, 5 (2). pp. 107-177.
- _____, 1999: *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Boston, Beacon Press, 1999. Citado por la traducción castellana de Raúl M. Mejía, *Una comunidad de iguales*, Buenos Aires, Miño y Avila, 2002.
- Gullco, Hernán, 2007: “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires, Lexis Nexis. pp. 173-190.
- Lobato, Julieta, 2019: “Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el derecho del trabajo argentino a partir del caso ‘Sisnero’”, *Revista de la Facultad de Derecho*, 46, ene-jun., pp. 1-48.
- Phillips, Anne, 2004: “Defending equality of outcome”, *Journal of Political Philosophy*, 12 (1), pp. 1-19.
- Puga, Mariela, 2022: “La segregación laboral de las mujeres como caso judicial”, *Revista Questio Iuris*, 15 (4), pp. 2182-2213.
- Ronconi, Liliana Mabel, 2019: “Repensando el principio de Igualdad: alcances de la igualdad real”, *Isonomía*, 49, pp. 103-140.
- Rosatti, Horacio, 2010: *Tratado de Derecho Constitucional Tomo I*. Santa Fé, Rubinzal Culzoni.
- Saba, Roberto, 2011: “Igualdad de trato entre particulares”, *Lecciones y Ensayos*, 89, pp. 217-276.

_____, 2007: “(Des)igualdad estructural”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires, Lexis Nexis, pp. 137-172.

Schauer, Frederick, 2018: “On Treating Unlike Cases Alike”, *Constitutional Commentary*, 33, pp. 437-450.

Fuentes normativas argentinas

Constitución de la Nación Argentina. Fecha de sanción de su última reforma 14/12/1994.

Argentina. Ley 23.592 de Actos Discriminatorios, BO 05/09/1988.

Argentina. Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, BO 27/9/1974.

Argentina. Ley 26.206 de Educación Nacional, BO 28/12/2006 (Fe de erratas BO 6/2/2007)

Argentina. Ley 21.965 del Personal de la Policía Federal Argentina, BO 2/4/1976.

Legislatura de la Provincia de Salta (6 de Enero de 2009) Ley de Educación de la Provincia de Salta [Ley 7546 de 2009].

Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia Argentina (CSJA)

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Criminal, contra D. Guillermo Olivar, por complicidad en el delito de rebelión; -sobre fianza de juzgado y sentenciado y desacato*. 1/5/1875, Fallos:16:118.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Callao (cine) s/interpone recurso jerárquico c/resolución dictada por la Direc. Nac. Serv. Empleo*. 22/6/1969, Fallos: 247:121.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Arenzón, Gabriel D. c. Gobierno Nacional, Ministerio de Educación – Dirección Nacional de Sanidad Escolar – REX*. 15/5/1984, Fallos: 306:400

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Repetto, Inés María c/ Bs. As. Prov. de s/ inconstitucionalidad de normas legales. Acción Declarativa*. ORI. 08/11/1988, Fallos: 311:2272.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nacional de Córdoba s/Amparo*. 19/09/2000, Fallos: 323:2659.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*. 16/11/2004, Fallos: 327:5118.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo*. 08/08/2006, Fallos: 329:2986.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional s/ Sumario*. 4/9/2007, Fallos: 330:3853.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Mantecón Valdez, Julio c/Estado Nacional – Poder Judicial de la Nación- Corte Suprema de Justicia de la Nación –Res.13//IX/04 (Concurso Biblioteca)*. 12/08/2008, Fallos: 331:1715.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Partido Nuevo Triunfo s/reconocimiento –Distrito Capital Federal. Causa S.C.P.1469*. 17/3/2009, Fallos: 332:433.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Álvarez Maximiliano y otros c/ CENCOSUD S.A. s/ Acción de Amparo*. 7/12/2010, Fallos 333:2306.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de abogados de la Capital Federal s/ amparo*. 15/11/2011, Fallos: 334:1387.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva S.R.L. y otros s/amparo*. 20/5/2014, Fallos 337:611.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*. 28/3/2017, Fallos: 340:257.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Castillo, Carina Viviana y otros c/Provincia de Salta – Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/amparo*. 12/12/2017, Fallos: 340:1795.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Farrell, Ricardo Domingo c/ Libertad S.A. s/despido*. 6/02/18, Fallos: 341:29.

Jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones Argentina

- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala II: *Borda, Erica c. Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación) y otros s/acción de amparo*, 11/10/2018, [SD: 113.078].

Cámara Nacional Electoral: *Incidente de Ciudad Futura Nro. 202 – Distrito Santa Fé en autos Ciudad Futura nro. 202 – distrito Santa Fe s/elecciones primarias – elección 2017*”, 13/7/2017 [Expte. N° CNE 5385/2017/1/CA1]

Cámara Nacional en lo Civil, Sala H: *Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo SA s/ amparo*, 16/12/2002 [Expte. Nro. 21606/00]

Jurisprudencia de Estados Unidos de América

Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Mc Donnell Douglas Corp. vs. Green*, 411 US 792 (1973).

Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144, 153 (1938)

Jurisprudencia y otras fuentes internacionales

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDES), “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, Observación General N° 20 del, 2/7/2009.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*.

Declaración Universal de Derechos Humanos. La Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948.

Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Año de publicación 2009.

Opinión Consultiva N° 4/84, 19/1/1984. Serie A, n° 4.

Notas

- 1 Horacio Rosatti, ex-presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (AADC) y actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJA), define al principio de igualdad constitucional reconstruyendo los términos de los precedentes jurisprudenciales de la CSJA. Señala que se trata de la “exigencia de que *se trate del mismo modo* a quienes se encuentran en iguales circunstancias *y la prohibición de que se formulen o practiquen distinciones* arbitrarias u hostiles entre los habitantes” (2010, p. 167).

- 2 El *ius cogens* es el concepto con el que se designa a las normas imperativas del derecho internacional, aquellas que no admiten desviaciones por parte de los Estados comprometidos.
- 3 La CSJA entiende que el *ius cogens* “implica, *inter alia*, el ejercicio de un deber especial de protección con respecto a acciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. [...] deben también velar para que en esas relaciones [de derecho privado] se respeten los derechos humanos” (Ver CSJA en el caso *Álvarez*, 2010, Considerando 4°).
- 4 Aristóteles señala que hay un modo de justicia “que regula o corrige los modos de trato” (ver Aristóteles, 1985, parágrafo 1131^a, p. 242). Explica que aquí “la ley sólo mira a la especie del daño y trata como iguales al que comete la injusticia y al que la sufre” (parágrafo 1132^a, p. 245). Interesantemente, para Aristóteles este tipo de injusticia es *per se* una desigualdad, ya que “el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo” (parágrafo 1132^a, p. 246).
- 5 Es posible entenderla como una violación al estándar de Ulpiniano de “dar a cada uno lo suyo”.
- 6 Ver por ejemplo los artículos 657, 1807, 402 y 1098 entre otros del Código Civil Argentino, y el artículo 17° de la ley de contrato de trabajo (LCT) N° 20.744.
- 7 Quizás la explicación histórica de esta confusión deba buscarse en el vínculo afincado entre la ideología liberal e individualista del constitucionalismo clásico, y las soluciones normativas del derecho romano absorbidas por el sistema de derecho civil continental.
- 8 Este examen de razonabilidad asume distintas formas en el modelo europeo y el norteamericano. Ver al respecto Ronconi, 2019, pp. 108-119.
- 9 No me detendré en este trabajo en los paralelismos que encuentro entre una razón de justicia privada y una razón de moralidad política liberal, como aquella de la “razonabilidad” en el trato diferencial. Sólo me interesa dejar a esta última por fuera de las razones de justicia pública, y de las razones de justicia privada que me ocupan aquí.
- 10 La concepción aristotélica de justicia legal es la que se ordena al bien común a través de la observancia regular de la ley. La concepción de justicia distributiva, en tanto, refiere a criterios de distribución de bienes comunes. En ambos casos, justicia legal y distributiva, la justificación en *lo común*, y en las proporciones igualitarias de la distribución de lo común, se distingue de las razones correctivas, o de las de la *reciprocidad* de trato (ver Aristóteles, 1985, Libro V, pp. 243-245).
- 11 Tiendo a pensar que la noción de “igualdad como no sojuzgamiento”, tal como lo plantean sus defensores, está unida a la de “igualdad de resultado”, de la misma forma que Anne Phillips (2004) plantea que la igualdad de resultado resulta la medida de la igualdad de oportunidades. En efecto, si los resultados de la acción son desiguales agregativamente para una clase de personas desaventajadas se podría presumir el sojuzgamiento y desigualdad de oportunidades.

- 12 Esta fundamentación de la regla de igualdad y no discriminación podría cuestionarse desde la ortodoxia liberal, aquella que entiende que los derechos básicos deberían estar “a resguardo de eventuales sacrificios basados en consideraciones agregativas” (Bayón, 2000, 65). Aunque no voy a ocuparme en este espacio de esta posible crítica, diré sólo que desde esa perspectiva es cada vez más difícil conciliar los rasgos estructurales que le adjudica a los derechos básicos, con la forma que éstos adquieren en regímenes antidiscriminatorios actuales, con estándares que ordenan acciones positivas o de discriminación inversa, o de las llamadas “categorías sospechosas”, y los estándares para “grupos vulnerables.”
- 13 La violación de un estándar de *trato* puede ser a la vez la violación del estándar de *no sojuzgamiento* aunque estos se funden en razones morales de distinto orden. La hibridez del sistema muchas veces diluye las diferencias, y combina el reproche a la *animosidad* del agente, con la prescripción de que los actos no resulten en el sojuzgamiento de ciertos grupos.
- 14 De entre las varias decisiones de la CSJA en las que se formula este estándar, la más antigua refiere un fallo de la CSJN de 1875 (ver CSJN, 1/5/1875, Fallos:16:118) en la que el juez Calisto S. de la Torre enuncia a la igualdad como “el derecho a que no se establezcan excepciones ó privilegios que excluyan á unos de lo que se conceda á otros en iguales circunstancias”.
- 15 Ver Schauer, 2018, quien cita importantes autores que se pronuncian en el mismo sentido, entre ellos a Larry Alexander & Emily Sherwin, a H.L.A. Hart, Joseph Raz y Leslie Green.
- 16 Schauer (2018) ha sostenido que para que el mandato aristotélico guíe decisiones y no sea una tautología inútil debe complementarse con objetivos o premisas adicionales (que no están implícitos en el mismo principio), que determinen cuáles son las diferencias relevantes y cuáles no para el propósito de fundar la obligación de tratamiento igualitario.
- 17 El tiempo de ejercicio de ciudadanía es otra circunstancia relevante para distinguir entre quienes pretendan acceder a ciertos cargos públicos (art. 55 de la CN); el pertenecer a un pueblo indígena resulta un rasgo que habilita el acceso a la propiedad colectiva de la tierra (art. 75 inc. 17° de la CN), y el ser representante gremial valida ciertas protecciones especiales por las leyes laborales (art. 14 bis de la CN).
- 18 De igual modo el origen nacional no puede usarse para desfavorecer el goce de derechos civiles (art. 20 de la CN).
- 19 Son muchas las decisiones de este tipo y solo al efecto ilustrativo se agrega el caso *Hoofi* (2004), en donde la Corte también refirió al rasgo de la nacionalidad como criterio inválido para ser *juez de cámara provincial* y, en *Gottschau* (2006), para acceder al cargo de secretario de primera instancia en la justicia. En el caso *Sisnero* (2014) decidió que el rasgo de género no puede restringir el acceso al empleo de chofer de transporte público, mientras que en *Schiffirin* (2017) validó el criterio de la edad para determinar un límite de permanencia de los jueces en sus cargos

- 20 Un subtexto de justificación similar subyace en mandatos de equidad institucional, como el que indica un “reparto equitativo” del estado nacional hacia los estados provinciales en materia de distribución de coparticipación de impuestos (art. 75, inciso 2° de la CN). Ello usualmente entraña un tratamiento desigual con el fin de alcanzar una justa distribución entre las provincias en el goce de los bienes del tesoro nacional. En igual sentido puede verse el mandato de equidad en las políticas de crecimiento regional y en la educación pública (art. 75, inciso 19° de la CN).
- 21 Schauer (2018) critica la aparente necesidad lógica que plantea la máxima aristotélica. Entiende que de la obligación de “tratar igual a los iguales” no se sigue de forma *necesaria* una obligación de “tratar desigual a los desiguales”. Por eso, entiendo, que sólo cuando entendemos a la igualdad desde el punto de vista distributivo o público, podemos avalar que ella exija un trato no-idéntico.
- 22 La Cámara Nacional Civil, sala H., en el caso *Freddo* (2002), y la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el caso *Borda* (2018), declararon sexualmente discriminatorias las políticas de contratación de empresas privadas, y le ordenaron contratar solo mujeres hasta alcanzar un cupo del 30% de la planta de empleados y empleadas.
- 23 Son muchas normas de esos IIDH en este sentido. A modo ejemplificativo, ver la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2°); la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2°); la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, de la Organización de Estados Americanos (artículos 1°,13.5°,17.4° y 24°).
- 24 La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) señala que “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre diferencias objetivas y los fines de la norma” (Opinión Consultiva N° 4/84 de la CIDH, Capítulo IV, párrafo 56 a 58).
- 25 Agradezco especialmente el comentario de un/a revisor/a anónimo/a de esta revista, quien respecto al mandato convencional señala que “ya no es posible hablar de justicia privada y pública, menos aún en materia de igualdad”. Entiendo que una revisión exhaustiva de la interpretación de esos mandatos por parte de los organismos internacionales (la que aquí no se hizo), podría llevar a esa conclusión. En tal caso, su aplicación conforme en los sistemas internos quizás haría desaparecer la tensión que aquí señalo. Lo que veo en la jurisprudencia argentina, sin embargo, es una clara persistencia de esa tensión en los conflictos entre particulares, aún en casos en los que se invoca el mandato convencional.
- 26 Explica Hernán Gullco (2007) que “la falta de apoyo expreso en el texto constitucional deja al juez sin una guía segura, obligándolo a recurrir a pautas tan vagas como la “moral dominante” o el “consenso social... [y] no es evidente que los jueces sean mejores que los legisladores como registradores del consenso social [respecto a cuál es una minoría insular]” (p. 13).

- 27 En el mismo sentido puede verse regulada la discriminación en los artículos 55° y 11° inciso f, de la Ley N° 26.206/06 de Educación Nacional.
- 28 La alegación de que una manifestación estatal es discriminatoria debe enfrentar la presunción de validez de los actos estatales. La demandante debe probar, entonces, la irrazonabilidad instrumental de la acción del estado en los términos del artículo 28° CN. Sin embargo, ello debe hacerse en franca desventaja procesal, ya que al estado se le reconoce una amplia discrecionalidad para elegir los medios que considere *oportunos y convenientes* para alcanzar un fin legítimo (cualquiera). Más aún, en caso de duda, debe resolverse en favor de la validez de la norma estatal (Ver CSJNA en *Cine Callao*, 1960).
- En las relaciones civiles, el principio reinante indica que el que demanda debe probar su alegación, y si no lo consigue, se rechaza la demanda.
- 29 El llamado test del “escrutinio estricto” tiene como precedentes a los votos de los magistrados Petracchi y Bacqué en el caso *Repetto* (1988), al voto de Petracchi en el caso *González de Delgado* (2000), y a los votos de mayoría en *Hoofst* (2004) y *Gottschau* (2006). No obstante, la definitiva consolidación de la doctrina se advierte en los casos *Mantecón Valdez* (2008), *Reyes Aguilera* (2007), y, finalmente, en *Castillo* (2017), en considerandos 18° y 19° de éste último. En cuanto al origen histórico del *test*, suele remitirse a la decisión de la Corte Suprema Norteamericana en el caso *Carolene Products* (1938), en su cuarta nota al pie.
- 30 Esta regla de reparto de la carga probatoria, según lo recuerda la Corte, tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana, en el caso *Mc Donnell Douglas Corp. vs. Green* (1973). La regla es seguida por tribunales nacionales e internacionales que son citados en extenso en el caso *Pellicori* (2011).
- 31 Bayón Mohino (2010) entiende que un sistema probatorio no tiene por fin solo la búsqueda de la verdad, sino también puede mostrar una sensibilidad más que mínima a la distribución del riesgo del error probatorio. En tal caso, se impondrá la hipótesis de hecho que debe quedar más protegida del riesgo del error por razones de orden moral o político, antes que la que alcance un mayor grado de comprobación (pp. 10-17). Podría pensarse que en el caso en cuestión, esas razones son las de intentar compensar las dificultades de probar este tipo de caso, por “este tipo de demandante” desaventajado. Esta aproximación incluiría una razón de moral pública en el razonamiento probatorio. Sin embargo, entiendo que los términos de la corte no indican eso. No le preocupa una vulnerabilidad previa de las demandantes, sino la posición de ventaja del demandado frente a la circunstancia concreta de probar sus motivaciones.
- 32 En decisiones de tribunales inferiores de la Argentina, por el contrario, se ha aplicado la regla del escrutinio estricto a los particulares. Estas decisiones han sido ignoradas por la corte. Ver *Freddo* (2002) y *Borda* (2018).
- 33 Si bien la CSJN no se ha vuelto a pronunciar sobre el asunto de la reinstalación en específico, ésta omisión podría tomarse como síntoma de la persistencia de la tensión entre

las opiniones de una ajustada mayoría de entonces, de 4 magistrados, contra la entonces minoría de 3. En principio, en el caso *Ledesma* (2014) la mayoría de *Álvarez* (2010) pareció reafirmarse, aunque no se pronunció ni sobre la existencia de discriminación, ni sobre la reinstalación del trabajador. Algo similar podría verse en *Pellicori* (2011), donde omite los mismos extremos controvertidos en *Álvarez*, y se concentra en “la regla de prueba”. Ese patrón se repite, sospechosamente, en *Farrell* (2018) y *Varela* (2018).

- 34 Propusieron sumar (por analogía) la indemnización especial prevista para despidos por matrimonio o por maternidad (artículos 245 y 182 de la LCT), y la indemnización por daños y perjuicios previstos en la LAD (art. 1).
- 35 La minoría examina el caso desde la dogmática laboralista, donde la reinstalación del trabajador es un remedio excepcional que solo se aplica cuando la ley laboral expresamente lo prevé. La reinstalación del trabajador despedido por particulares esta prevista sólo en unos pocos casos, y por tiempo determinado (ej. durante el embarazo y conforme al artículo 177-178 de la LCT, o mientras se tenga el carácter de delegado gremial según los artículos 48 y 50 de la Ley de Asociaciones Sindicales (LAS).

Recepción: 26 mayo 2023
Revisión: 5 noviembre 2023
Aceptación: 28 marzo 2024