

LA PRUEBA DE LOS MOTIVOS DISCRIMINATORIOS SEGÚN LA CORTE SUPREMA ARGENTINA: ¿CÓMO MEJORAR SU REGULACIÓN?

Alejo Joaquín Giles*

Olivia Minatta**

RESUMEN: En los litigios por discriminación, probar el motivo discriminatorio puede ser problemático. La Corte Suprema argentina, inspirada en su par estadounidense, estableció una regla que intenta facilitar esa tarea a los litigantes. Sin embargo, entre los procesos civiles de ambos países existen diferencias relevantes relativas a las facultades de las partes para incorporar evidencia al proceso y ajustar sus posiciones en base a la información nueva que surja en su desarrollo. En el contexto argentino, estas diferencias procesales le quitan a la regla potencial para lograr su propio cometido: allanar el camino probatorio de quien aduce discriminación. Luego de desarrollar el problema, en este artículo sugerimos dos cursos de acción posibles para corregirlo. Uno, establecer de forma más precisa las cargas probatorias asignadas a cada una de las partes. Otro, reevaluar algunos aspectos centrales del sistema procesal.

PALABRAS CLAVE: discriminación; presunciones; carga de la prueba; estándares de prueba; *discovery*.

* Abogado graduado en la Universidad Nacional de La Plata. Doctorando en Filosofía del Derecho (U. de Génova y U. de Girona). Máster en Razonamiento Probatorio (U. de Girona y U. de Génova) y en Argumentación Jurídica (U. de Alicante). Contacto: alejojgiles@gmail.com.

** Abogada graduada en la Universidad Nacional de La Plata. Magíster en Derecho (Universidad de Columbia de Nueva York) y Magíster en Derecho Administrativo (U. Austral de Buenos Aires). Contacto: oliviaminatta@gmail.com.

THE PROOF OF INTENTIONAL DISCRIMINATION IN ARGENTINA'S SUPREME COURT JURISPRUDENCE. HOW TO IMPROVE ITS REGULATION?

ABSTRACT: In discrimination cases, proving the discriminatory intent can be a difficult task. Inspired by the Supreme Court of the United States, the Supreme Court of Argentina created a rule that tries to make the task easier for plaintiffs. However, there are relevant differences in the way civil procedure is regulated in both countries. Particularly, the opportunities to introduce evidence and readjust the pleadings are more limited in the Argentinian context. This diminishes the rule's potential to fulfill its goal, namely to help plaintiffs to prove their case. After delving into the specifics of the problem, this article aims at providing two alternative solutions. First, to better define the burdens of proof allocated to each of the parties. Second, to reassess some aspects of Argentinian civil procedure.

KEYWORDS: discrimination; presumption; burden of proof; standards of proof; discovery.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. La prueba de los motivos discriminatorios según la Corte Suprema argentina: 2.1. Reglas para la prueba de los motivos discriminatorios. 2.2. No una sino (al menos) dos clases de reglas. 2.3. Las fuentes de las reglas (y un impulso inicial).—3. El «caso discriminatorio prima facie» en la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense y su encaje procesal: 3.1. «McDonnell Douglas» y su evolución. 3.2. El encaje procesal de las cargas de «McDonnell Douglas».—4. ¿Cómo mejorar la regla para el contexto argentino? Los caminos que la experiencia estadounidense nos invita a pensar: 4.1. Precisar las cargas. 4.2. Considerar el encaje procesal.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

RECOMMENDED CITATION: ALEJO JOAQUÍN GILES; OLIVIA MINATTA, 2022: «La prueba de los motivos discriminatorios según la Corte Suprema argentina: ¿cómo mejorar su regulación?», in *Quaestio facti*, 3: 521-549. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. DOI: http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i3.22699

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas principales en la prueba de la discriminación fáctica es la acreditación del *motivo* por el cual una persona ha tratado a otra de un modo comparativamente perjudicial. Se dará un caso de discriminación fáctica, por definición, cuando ese estado mental esté determinado por la posesión por parte del sujeto perjudicado de uno o varios atributos especialmente protegidos por el derecho, como la raza, el género, la religión, entre otros. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando se prohíbe el ingreso a un establecimiento a una persona por el hecho de ser mujer, es decir, por su género. El problema radica —básicamente— en que es difícil conocer el contenido de los estados mentales de las personas al actuar, sumado a que quienes llevan adelante acciones discriminatorias no suelen poner de manifiesto el motivo que las define como tales (en el ejemplo, el género de quien pretendía ingresar al lugar).

La Corte Suprema de la Nación argentina (CSJN), a través de una serie de sentencias, ha establecido una regla con la que intenta aliviar las consecuencias del mencionado problema respecto de las personas que alegan ante los tribunales haber sido discriminadas. La pregunta que orienta este trabajo es la de cómo es posible mejorar la regulación de dicha cuestión, una arista aún incipiente en nuestro contexto. Las respuestas que sugeriremos tienen que ver con dos cursos de acción: el de precisar la formulación de las reglas probatorias involucradas y el de adecuar algunos aspectos del sistema procesal que inciden sobre las posibilidades de que las reglas de ese tipo cumplan con su cometido, es decir, que repercuten sobre el potencial de estas reglas para alivianar dificultades probatorias.

El recorrido argumentativo que seguiremos será el siguiente. Comenzaremos estudiando la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina referida a la prueba de los motivos discriminatorios (2). Luego pasaremos a hacer lo propio con la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense (su fuente de inspiración) y con algunos rasgos del sistema procesal de ese país que influyen sobre la posibilidad de cumplir con las cargas probatorias atribuidas a las partes en los casos de discriminación fáctica (3). Por último, presentaremos dos vías de acción que —según nuestro entender— este cruce sugiere para mejorar el modo en que se aborda la cuestión en la jurisprudencia del máximo tribunal argentino (4).

Intuimos que las observaciones que presentaremos en el último apartado pueden ser extendidas a otros países que, como Argentina, adoptan sistemas procesales de raíz continental. Quienes leen podrán confirmarlo o refutarlo respecto de sus propios países.

2. LA PRUEBA DE LOS MOTIVOS DISCRIMINATORIOS SEGÚN LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

2.1. Reglas para la prueba de los motivos discriminatorios

Las sentencias más relevantes de la Corte Suprema argentina (CSJN de aquí en adelante) referidas al problema de la prueba de los motivos discriminatorios versan sobre casos donde se alega discriminación laboral al despedir o al contratar, por el desarrollo de actividades gremiales o por el género de la persona perjudicada. Ellas son «Pellicori» (2011), «Sisnero» (2014), «Varela» (2018) y «Fontana» (2021).¹ En todas, la CSJN ha establecido —o reiterado— que para la discriminación fáctica rige una regla probatoria según la cual, si la parte actora acredita indicios suficientes para inferir que el trato perjudicial que ha recibido se debe a un motivo discriminatorio,

¹ Su cita completa se encuentra en el apartado *Jurisprudencia* al final de este texto. «Pellicori» (2011), «Sisnero» (2014) y «Varela» (2018) fueron adoptadas por unanimidad. «Fontana» (2021) por mayoría.

la parte demandada tendrá la carga de refutar dicha conclusión.² Con sus propias palabras:

resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. («Pellicori», considerando 11.)³

En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia. («Sisnero», considerando 5.)

En «Varela» el tribunal avanza un paso más respecto de lo que venía sosteniendo en «Pellicori» y «Sisnero». Luego de recordar el criterio ya enunciado, precisa parcialmente aquello que las partes han de probar para cumplir con su respectiva carga. El caso se trataba de un despido por motivos sindicales. En esa clase de disputas —se sostuvo en el voto principal— para cumplir con su carga quien acciona «debe mostrar *prima facie* o verosímelmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca» (considerando 9), es decir, una que califique como ejercicio regular de la libertad sindical o como la emisión de opiniones gremiales.⁴ Satisfecho eso, la parte demandada —el empleador— tiene la carga de refutar acreditando que el despido se debió a cualquier otro motivo no discriminatorio.⁵ Al decidir el caso que tenía ante sus estrados, la Corte consideró que la sentencia recurrida —que rechazaba la pretensión del trabajador accionante— había omitido aplicar dichas reglas al establecer los hechos probados. En especial, no había tenido en cuenta la documentación y los testimonios que avalaban la realización por parte del actor de actividades calificables como sindicales (reclamos de diversa índole) ni que ello era conocido por la empleadora. Además, el tribunal había omitido analizar si la demandada había satisfecho su carga de acreditar las circunstancias invocadas como justificación del despido con causa (impuntualidades al ingresar al trabajo).

² En «Pellicori» la Corte se refiere a esta regla como aquella «que en materia probatoria han de regir en los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego» (considerando 11). En las sentencias posteriores la denomina, sintéticamente, «estándar de prueba». Sin embargo, para evitar confundirla con las reglas que establecen el grado de corroboración suficiente para que una proposición sea tenida por probada (el sentido que suele darse a la expresión en la literatura probatoria), evitaremos usar dicha denominación.

³ Con una formulación similar: «cuando se discute si [una] medida obedece a un motivo discriminatorio, la existencia de dicho motivo se considerará probada si el interesado acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón y, en ese caso, el demandado no prueba que responde a un móvil ajeno a toda discriminación.» («Varela», 2018, considerando 9.)

⁴ Esto dado que se invocaban la ley 23.551, que protege el ejercicio regular de la libertad sindical, y la ley 23.592, que prohíbe la discriminación por opiniones gremiales (entre otros motivos).

⁵ En la legislación laboral argentina hay dos tipos de despidos, uno donde el empleador justifica su causa y otro donde no lo hace. Ambos tienen reglas y consecuencias parcialmente distintas. Para el despido incausado, dice la Corte, basta con acreditar cualquier otro motivo no discriminatorio. Para el despido por justa causa, en cambio, es preciso demostrar que se ha configurado la causa invocada como justificante de la decisión (y que esta no sea en sí misma discriminatoria, claro).

La sentencia dictada en «Fontana», por su parte, permite observar bajo qué circunstancias más detalladas la Corte podría considerar cumplida la carga colocada sobre la empleadora en este tipo de casos. Se trataba, nuevamente, de un despido por motivos sindicales. El caso llegó a sus estrados con una sentencia que le había dado la razón a la actora, por considerar acreditado, a partir de un «haz de indicios suficientes», que había sido víctima de discriminación por su actividad gremial. La Corte, con un voto de mayoría, revocó esa sentencia al considerar que se sustentaba en una valoración arbitraria de la prueba producida en el proceso. El vicio estaba —sostuvo el voto— en que se había omitido analizar evidencia favorable a la hipótesis según la cual la decisión de despedir a la actora había obedecido a graves problemas económicos de la empresa involucrada (y no a la filiación sindical de la trabajadora). El mercado automotriz donde comercializaba la empresa estaba en caída y junto con la actora habían sido desvinculadas treinta y cuatro personas más por falta o disminución de trabajo. Ello «configura *prima facie* una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación» (considerando 6).

Dejando de lado aquel desenlace, el estudio de este caso da pie para advertir otra cuestión. Como señaló el voto disidente, del otro lado de la balanza se encontraba acreditado que la actora era una asistente activa a las asambleas gremiales, que transmitía información entre los delegados del sindicato y los trabajadores y que el despido cuestionado era el segundo que había sufrido (el primero había ocurrido el año anterior, al culminar otro conflicto gremial). Esto sugiere que, tomando en cuenta todo el acervo probatorio, es posible identificar en el caso dos hipótesis en disputa, que compiten por explicar los motivos reales del despido de la actora. ¿Se debió a su actividad gremial, a la crisis económica de la empresa, o a ambas cosas en cierta medida? ¿Cuál es la hipótesis más probable a la luz de la evidencia? Los interrogantes son típicos de todo razonamiento probatorio. Y en los casos de discriminación se presentan especialmente cuando ambas partes han desplegado actividad probatoria relevante.⁶

⁶ Mientras terminábamos de escribir este trabajo la Corte dictó sentencia en el caso «Romero» (2021), donde se alegaba que la no renovación de un contrato a tiempo determinado con el Ministerio de Educación de la Nación se había debido a las actividades gremiales del trabajador. Entre otros argumentos, en el voto mayoritario se sostuvo que para tener por probada la motivación discriminatoria de la desvinculación no bastaba con acreditar el mero activismo sindical del actor, especialmente cuando la demandada se había defendido aduciendo que esta obedecía al cumplimiento del plazo convenido en el contrato (considerando 8). Según surge de la reconstrucción de los antecedentes que hace el tribunal, el actor venía prestando servicios desde el año 2014 para una universidad nacional en el marco de un programa del ministerio; y desde septiembre de 2016 para el ministerio mismo, con un contrato por tiempo determinado que culminó en diciembre de ese año y fue renovado por un mes, luego de lo cual se cortó la cadena de renovaciones. En un caso como este podría alegarse que lo que obedeció a un motivo discriminatorio no fue el cese del contrato que unía a las partes sino el corte de la cadena de renovaciones. Para lo cual sería relevante responder a preguntas como estas: ¿Era usual en el área o actividad donde se desempeñaba el actor entablar relaciones laborales con esa modalidad, mediante contratos a tiempo determinado renovados de modo sucesivo e ininterrumpido? ¿Había otros sujetos en las mismas circunstancias que el actor a los que sí se les siguió renovando el vínculo contractual? ¿Se

2.2. No una sino (al menos) dos clases de reglas

Los modos en que se enuncia la regla en «Pellicori» y «Sisnero», por un lado, y en «Varela», por el otro, insinúan que hay al menos dos formas distintas de articularla, con relevantes diferencias entre sí pero con el mismo objetivo: aliviar la carga probatoria de quienes alegan haber sido discriminados. Estas posibles formulaciones dan lugar a dos clases de reglas distintas, a las que denominaremos «R1» y «R2». Veamos.

Una formulación, cercana a la propuesta en «Pellicori» y «Sisnero», podría reconstruirse como sigue:

R1: Si hay *indicios suficientes* a favor de una proposición (la existencia de motivos discriminatorios en una cierta acción), entonces se debe aceptarla como verdadera.

Así como está enunciada la regla, da lugar a un razonamiento que se identifica con las llamadas «presunciones *hominis*», inferencias por las cuales, a partir de una serie de premisas tomadas por ciertas (los indicios), se llega a una conclusión sobre hechos desconocidos por el sujeto decisor. Las presunciones *hominis*, según se ha hecho notar, tienen la misma estructura que toda inferencia probatoria no deductiva, sin que haya una diferencia categorial entre ambas.⁷ Si se acepta esta última tesis, cabe preguntarse qué hace que una regla como R1 no sea trivial, es decir, que no sea interpretada como indicando lo obvio para todo razonamiento fáctico. Una respuesta plausible, teniendo en cuenta el objetivo perseguido al establecerla (aliviar la carga probatoria de quienes alegan haber sido discriminados), podría ser que su particularidad radica en la idea de «suficiencia». Cuando la pauta se aplique, el grado de suficiencia requerido para trazar el puente inferencial entre los indicios y una conclusión habrá de ser inferior al exigido ordinariamente para tener por probada cualquier proposición.⁸ Habiendo indicios —en este sentido— suficientes, la conclusión deberá ser aceptada como verdadera hasta que la parte demandada incorpore

dieron acciones de las que pudiera inferirse una animadversión de la empleadora hacia el actor y otras personas que realizaran actividades gremiales similares a las que este realizaba? Si las respuestas a las tres preguntas fueran positivas, y no se incorporara otra información adicional en sentido contrario, la hipótesis del motivo discriminatorio se vería fortalecida. Y lo contrario si las respuestas fueran negativas.

⁷ Por la similitud entre las presunciones *hominis* y las inferencias probatorias, y por la diferencia entre las primeras y las presunciones *iuris* (incluyendo a la variante *iuris tantum* que mencionaremos a continuación), puede consultarse, entre otros: GASCÓN ABELLÁN (2010: 123-140) y AGUILÓ-REGLA (2018). Para una síntesis de esas cuestiones, previo a estudiar el problema de la calificación (como presunciones o no) de las denominadas presunciones *iuris et de iure*, véase DEI VECCHI (2019: 3-5).

⁸ Este sentido parece tener en cuenta la propia Corte cuando, respecto del *corpus iuris* elaborado por los comités internacionales de derechos humanos, afirma que este se proyecta sobre el régimen probatorio de la discriminación fáctica de dos maneras: «Primeramente, *al reducir el grado de convicción* que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que esta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto.» («Pellicori», considerando 5, la cursiva es nuestra.)

información suficiente para refutarla demostrando que es falsa o que su verdad no puede ser sostenida.⁹ Así planteada, la regla actúa como un incentivo hacia la demandada para que realice actividad probatoria y evite la simple negación de todo lo afirmado por la actora.

Puede suceder, como vimos respecto de «Fontana», que habiendo desplegado su actividad probatoria ambas partes, del acervo probatorio emerjan con algún aval dos o más hipótesis que le asignen a una acción determinada un motivo distinto, uno discriminatorio y otro no. ¿Cuál cabe declarar como probada? La pregunta, que no podemos responder aquí, remite al problema más amplio de la valoración de la prueba y la decisión sobre los hechos probados.¹⁰

Una segunda formulación, distinta a la anterior y más cercana a la esbozada incipientemente en «Varela», podría reconstruirse como sigue:

R2: Si se encuentran probadas instancias de las circunstancias A (un trabajador fue despedido), B (el trabajador ejercía actividades sindicales) y C (el empleador sabía que la persona ejercía actividades sindicales), entonces se debe aceptar como verdadera la conclusión D (el despido estuvo motivado en las actividades sindicales ejercidas por el trabajador), salvo que se pruebe la falsedad de D en el caso concreto (acreditando por caso que el motivo fue otro, como la necesidad generada por una crisis económica).

Esta formulación tiene una forma lógica idéntica a la propia de las denominadas «presunciones *iusuris tantum*» (que pueden establecerse legal o jurisprudencialmente).¹¹ Acreditados los antecedentes de la regla (que sucedieron instancias de A, B y C, según el enunciado que funge de modelo), esta manda a aceptar como verdadera una proposición (según la cual ha sucedido una instancia de D) de modo interino y hasta que sea refutada, lo cual se evalúa del mismo modo en que se evalúa la refutación bajo la

⁹ Sobre la suficiencia de las razones para refutar una presunción, véase ULLMAN-MARGALIT (1983: 152-154), donde se sostiene que es la fuerza de la presunción lo que determina el peso de las razones requeridas para refutar sus conclusiones. Se proponen las siguientes variantes: si de un lado de la balanza hay una presunción débil a favor de una conclusión, esta última es refutada contando con alguna razón en su contra; si hay una presunción de fuerza intermedia, su conclusión es refutada contando con buenas razones en su contra; y si hay una presunción fuerte, su conclusión es refutada contando con razones concluyentes en su contra.

¹⁰ Por un panorama general al respecto véase FERRER BELTRÁN (2007). En «Pellicori» la Corte hace una referencia magistral a esta cuestión en relación con los casos de discriminación, pero sin aportar mayores orientaciones: afirma que el cumplimiento de la carga que recae sobre cada parte habrá de evaluarse «de conformidad con las reglas de la sana crítica» (considerando 11).

¹¹ La forma es análoga, por ejemplo, a aquella con la que puede reconstruirse la norma expresada por art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina (n. 20744), relacionada con la prohibición del despido por causa de embarazo: «Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento.» Esto se puede reconstruir así: si se da una instancia de A (el despido de una trabajadora embarazada en el plazo indicado), se debe aceptar como verdadera una instancia de B (que el despido fue motivado en el embarazo de la trabajadora), salvo que se pruebe su falsedad en el caso concreto.

formulación R1. Acreditados los antecedentes de la regla, entonces, la parte demandada pasa a tener un importante incentivo para desplegar actividad probatoria.

Ambas variantes tienen una diferencia fundamental. En R1 se le instruye al sujeto decisor a recurrir a *razones epistémicas* para establecer si es aceptable como verdadera una proposición según la cual un acto tuvo motivos discriminatorios; y a tomar la decisión, a falta de refutaciones, aplicando un estándar de suficiencia flexible o liviano (y así planteado, altamente indeterminado). En R2, en cambio, las razones para aceptar como verdadera una proposición de esa clase son, en un principio, *razones normativas*. Si el juez da por verificadas ciertas premisas, la regla le obliga a aceptar como verdadero, interinamente, que un acto determinado tuvo motivos discriminatorios, con independencia de la fuerza con que las premisas avalen dicha conclusión desde la perspectiva epistemológica. Las razones epistémicas pasan a ser relevantes recién al momento de evaluar si la parte demandada ha logrado refutar esa conclusión.

Como puede advertirse, las variantes mencionadas regulan de modo diverso las circunstancias bajo las cuales quien alega haber sido discriminado satisface su carga probatoria inicial. La carga de la parte demandada, por su parte, consiste en lo mismo bajo ambas formulaciones: satisfecha la de quien alega discriminación, le toca refutar la existencia de los motivos discriminatorios que *prima facie* se infieren o presumen. Las circunstancias del caso «Fontana» son una clara ilustración de cómo podría lograrse esa refutación. Cuando esta carga resulta cumplida, puede decirse que la presunción (sea *hominis* o *iuris*) ha sido *destruida* (MENDONCA, 1998: 97) o *derrotada*.

Al descansar sobre la discrecionalidad del decisor, las reglas del tipo R1 brindan flexibilidad para adaptarse a los matices de cada tipo de fenómeno discriminatorio, al tiempo que —en el otro platillo de la balanza— disminuyen la previsibilidad en las decisiones. Por el contrario, al limitar relativamente esa discrecionalidad, las reglas del tipo R2 resultan inflexibles a los matices de cada caso pero hacen más predecibles a sus actos de aplicación.

2.3. Las fuentes de las reglas (y un impulso inicial)

Al justificar sus decisiones —especialmente en «Pellicori» y «Sisnero»— la Corte tuvo la precaución de mostrar que no estaba siendo original al establecer reglas probatorias especiales para la prueba de la motivación discriminatoria. Una de sus principales referencias es el derecho de la Unión Europea y de sus países miembros.¹²

¹² Para un panorama general de la regulación europea puede consultarse el *Manual de legislación europea contra la discriminación* (2018, pp. 264-272) publicado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa. La Corte invocó, además del derecho de la Unión Europea, diversos informes que sugieren adecuaciones de las reglas probatorias para la discriminación fáctica (en el sentido de aliviar la carga de quien alega discriminación) emanados por órganos internacionales de derechos humanos, como el Comité contra la Discriminación Racial, el Comité de

Tomemos como ilustración lo que establece la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa al respecto:

Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato *presente*, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, *hechos que permitan presumir* la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. (Art. 19.1)¹³.

La fórmula, como se advierte, es similar a la variante enunciada antes como R1 y a lo esbozado en «Pellicori» y «Sisnero».¹⁴ Pero según el máximo tribunal argentino, el origen del criterio adoptado se ubica en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Lo dice así:

Este principio de reparto de la carga de la prueba en materia de discriminación tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana, en el conocido caso “Mc Donnell Douglas Corp. vs. Green” (fallo del año 1973, publicado en 411 US 792). Esa doctrina continúa siendo aplicada por la Corte Suprema de los Estados Unidos hasta la actualidad, aunque con ciertos matices (ver 431 US 324, año 1977, 509 US 502, año 1993 y 530 US 133, año 2000). («Sisnero», considerando 5.)

En lo que sigue analizaremos la evolución de esta regla probatoria en la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense y el contexto procesal en el que se aplica. La tarea será útil para responder a la pregunta que abre este trabajo.

3. EL «CASO DISCRIMINATORIO PRIMA FACIE» EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE ESTADOUNIDENSE Y SU ENCAJE PROCESAL

3.1. «McDonnell Douglas» y su evolución

¿En qué consiste y cómo ha evolucionado la regla probatoria instaurada por la Suprema Corte estadounidense en «McDonnell Douglas» de 1973? En las páginas que siguen presentaremos una breve aproximación a la cuestión.¹⁵

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Discriminación de la Mujer. También de la Organización Internacional del Trabajo.

¹³ En el mismo sentido regulan otras directivas, como la 2000/43/CE (art. 8.1) la 2000/78/CE (art. 10.1) y la 2004/113/CE (art. 9.1).

¹⁴ Si vamos al plano jurisprudencial, sin embargo, se pueden encontrar sentencias de importantes tribunales que establecen pautas cercanas a la formulación R2. Así lo ha hecho, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso «Brunnhofen» (2001), sobre diferencia de salario en virtud del sexo. En ese precedente se sostiene que, para los casos como el analizado, la carga inicial de la persona que alega discriminación es satisfecha si logra probar «que percibe una retribución inferior a la que el banco paga a su compañero de trabajo de referencia y que en realidad realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, comparable al que efectúa este» (párrafo 58).

¹⁵ Nos detendremos en algunos de los casos más relevantes, de una línea jurisprudencial conformada por una elevada cantidad de decisiones.

Uno de los logros más importantes del movimiento por los derechos civiles que tomó fuerza en Estados Unidos en el siglo xx, fue la sanción de la Ley de Derechos Civiles de 1964, a partir de la cual se prohibió la segregación racial en espacios públicos y la discriminación en el trabajo por origen racial, sexo, religión o nacionalidad.¹⁶ La Ley y sus posteriores ampliaciones dieron lugar al desarrollo de una copiosa jurisprudencia que a lo largo de los años dejó entrever vaivenes y matices respecto de las reglas probatorias aplicables en los casos por discriminación.¹⁷ Nos enfocaremos en la línea jurisprudencial elaborada por la Suprema Corte de Estados Unidos a partir del caso «McDonnell Douglas Corp. v. Green» de 1973. Se trata de una pauta (o «estructura» o «marco» probatorio, como es denominada por el tribunal y la doctrina especializada de su país) aplicable a los casos individuales donde se intenta probar la motivación discriminatoria de uno o varios actos.¹⁸

¿Qué resolvió la Suprema Corte en «McDonnell Douglas»? En el caso, Green (un trabajador mecánico) demandó a su ex empleadora, McDonnell Douglas Corp. (una fábrica de aeronaves), por haber rechazado su recontratación pese a su calificación para el puesto.¹⁹ Entre sus argumentos, Green aducía que los motivos de la no contratación obedecían a su origen racial y a su activa participación en manifestaciones en defensa de los derechos civiles de los trabajadores afroamericanos. La empresa, de su lado, sostenía que la decisión se había debido a que Green había realizado actos ilegales en su contra.²⁰ La Suprema Corte resolvió por unanimidad en favor de Green, confirmando que debía revocarse la decisión que no le había permitido llevar su caso

¹⁶ Finalizada la Guerra Civil y durante el periodo de Reconstrucción, la Constitución de Estados Unidos prohibió la esclavitud, reconoció a todas las personas allí nacidas o naturalizadas la ciudadanía y estableció el derecho a voto y la igualdad ante la ley independientemente de la raza. Sin embargo, las reformas constitucionales no se tradujeron necesariamente en políticas, prácticas y leyes que reconocieran la igualdad racial, y la segregación siguió existiendo en distintas formas a lo largo y ancho de Estados Unidos. Las leyes de Jim Crow y la famosa doctrina de «separados pero iguales» que elaboró la Suprema Corte norteamericana en el caso «Plessy v. Ferguson» (1896) son claros ejemplos de ello.

¹⁷ En el derecho antidiscriminatorio estadounidense suelen distinguirse casos de discriminación intencional y no intencional, casos de «motivo mixto» y de «patrón y práctica»; los casos de «motivo mixto» obedecen a una reforma de la Ley de Derechos Civiles operada en 1991 (MALAMUD, 1995).

¹⁸ La pauta es aplicada, se afirma, a la gran mayoría de reclamos discriminatorios que se inician actualmente en el campo del derecho laboral. Sin perjuicio de ello, también se ha extendido a otros reclamos, como aquellos por discriminación en el acceso a la vivienda o discriminación en espacios públicos (EYER, 2019).

¹⁹ Green había sido previamente despedido, luego de trabajar ocho años en la empresa, en el marco de una reducción general de la fuerza de trabajo. Esto dio lugar a una serie de protestas contra la política general de contratación de la empresa porque, según se afirmaba, estaba racialmente sesgada.

²⁰ Según lo relatado en la sentencia comentada, uno de esos actos consistió en el bloqueo, junto con otras personas, del acceso a la planta de McDonnell Douglas Corp. durante un cambio de turno. A raíz de ello Green fue arrestado y acusado de obstrucción del tráfico, por lo que fue condenado a pagar una multa luego de haberse declarado culpable. La empresa también le sindicaba el haber participado en un «lock-in», esto es, el bloqueo (con cadenas y candados) de la salida de un edificio donde funcionaba parte de sus oficinas.

a juicio alegando discriminación racial.²¹ Además, aprovechó la oportunidad para expedirse acerca de lo que, entendió, versaba sobre «el orden propio y la naturaleza de la prueba»²² (411 U.S. 792, p. 793) de los casos del Título VII de la Ley de Derechos Civiles. Sin una base legal al respecto, el máximo tribunal federal estadounidense estableció un esquema de tres pasos para argumentar sobre la prueba de la motivación discriminatoria.²³ Los presentaremos como «C1», «C2» y «C3».²⁴

C1: *Caso prima facie*. La actora tiene la carga *inicial* de probar un «caso discriminatorio *prima facie*».²⁵

En supuestos como el estudiado, dicha carga se puede colmar, sostuvo el tribunal, con la acreditación de las siguientes premisas: (i) que el actor pertenece a una minoría racial; (ii) que aplicó y estaba calificado para un puesto de trabajo cuya convocatoria estaba abierta; (iii) que, sin embargo, fue rechazado; (iv) y que el puesto de trabajo siguió vacante luego de su rechazo, en búsqueda de un candidato con sus mismas calificaciones. Al hacerlo, se estarán descartando «las dos razones legítimas más comunes en las que un empleador puede basarse para rechazar a un solicitante de empleo: una absoluta o relativa falta de calificación o la ausencia de una vacante en el empleo buscado» (431 U.S. 324, p. 358).²⁶

²¹ La cuestión principal para la decisión del caso radicaba en lo siguiente. Se había desechado la pretensión de Green de tramitar su caso como uno de discriminación racial (con apoyo en el §703(a) de la Ley de Derechos Civiles) puesto que esta había sido rechazada en la instancia administrativa previa por carecer de sustento. Intervino allí la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC por sus siglas en inglés). La Suprema Corte entendió que esto último no podía ser tenido como un impedimento para la procedencia de una acción judicial. Este fue, en resumen, el argumento principal que resolvió el pleito, sin perjuicio de las pautas incorporadas en la sentencia acerca de cómo debería, en un nuevo juicio, ordenarse la prueba. Los efectos prácticos de la sentencia fueron reenviar a primera instancia para que se llevara adelante un nuevo juicio. En el nuevo juicio Green perdió nuevamente el caso.

²² Esta cita y las que siguen son todas traducciones propias del texto original de las respectivas sentencias.

²³ Si bien suelen presentarse como pasos sucesivos, en la práctica no siempre se dan en ese orden. Además, su cumplimiento o no suele resolverse de modo acumulado, en una única decisión.

²⁴ El tribunal establece estos pasos entre las páginas 802 y 805 de la sentencia (411 U.S. 792). Su semilla fue colocada en la decisión de la Cámara de Apelaciones que entendió en el caso.

²⁵ En una sentencia posterior, «Texas Department of Community Affairs v. Burdine» (1981), esta carga inicial es sintetizada así: «el actor tiene la carga de probar, *mediante la preponderancia de la evidencia*, un caso *prima facie* de discriminación» (450 U.S. 248, pp. 252-253). De otro pasaje resulta claro que lo que se tiene que probar con ese grado son los indicios que permitan presumir, descartando los motivos no discriminatorios más comunes, que un cierto acto tiene motivos discriminatorios («La carga de establecer un caso *prima facie* de trato desigual no es onerosa. El actor debe probar mediante una preponderancia de la evidencia que ha aplicado para un puesto disponible para el que estaba calificado, pero fue rechazado bajo circunstancias que dan lugar a una inferencia de discriminación ilegítima», *id.* ant., p. 253).

²⁶ Observa la Suprema Corte que esto «es suficiente, ante la falta de otra explicación, para inferir que la decisión fue discriminatoria» (431 U.S. 324, p. 358, nota 44; 438 U.S. 567, p. 577). Pero también aclara que en los casos del Título VII los hechos pueden variar y que las premisas especificadas no son necesariamente aplicables en los diferentes supuestos (411 U.S. 792, p. 802, nota 13). Eso hace que

C2: *Refutación*. Por ello, la carga probatoria recae en la demandada, quien para desvirtuar la presunción de discriminación ha de articular un motivo legítimo, no discriminatorio, de rechazo.²⁷

C3: *Contestación*. Luego, la actora tiene la carga (*final*) de desacreditar el motivo aducido por la demandada, mostrando que no es el verdadero, sino que se trata de un pretexto.²⁸

Al detentar esta última carga, la parte actora «*debe ser dotada de la oportunidad* de presentar evidencias acerca de que la justificación ofrecida [por la demandada] es meramente un pretexto para la discriminación» (438 U.S. 567, p. 578).

En el caso concreto, la Suprema Corte entendió que Green había cumplido con su carga inicial (C1) y la empresa con la suya (C2).²⁹ Pero que, luego de eso, Green no había tenido la oportunidad de dar el tercer paso (C3), es decir, no había podido alegar sobre si los motivos invocados por la empresa eran o no un mero pretexto.³⁰

Las pautas establecidas en el precedente al que se viene refiriendo dieron lugar a muchos interrogantes que se plantearían en casos futuros. ¿Cuáles son los alcances de cada una de las cargas? ¿Qué efectos concretos tiene su cumplimiento?

Unos años más tarde la Suprema Corte resolvió el caso «Texas Department of Community Affairs v. Burdine» (1981), en el cual la actora, Burdine, alegaba haber sido perjudicada laboralmente por ser mujer, al no ser promovida a un cargo que se encontraba vacante y al ser despedida junto con otros colegas de la oficina en la que trabajaba (para posteriormente ser recontratada en otra oficina de la misma repartición).³¹ La defensa de la demandada, el Departamento de Asuntos Comunitarios de Texas, se basaba en que el despido había sido necesario para reorganizar la oficina y lograr resultados más eficientes en los equipos de trabajo. Para acreditar el

el criterio no se convierta en «una formulación inflexible» (431 U.S. 324, p. 358, nota 44; 438 U.S. 567, p. 575).

²⁷ En lo inmediato veremos distintas alternativas para interpretar los alcances de esta carga.

²⁸ El estándar para dar por cumplida C3, se aclara en «Burdine», es el de la preponderancia de la evidencia (450 U.S. 248, p. 253).

²⁹ En este caso, a diferencia de lo que había resuelto para el caso «Griggs v. Duke Power Co.» (1971), la Suprema Corte consideró aceptable como justificación la invocación de motivos no necesariamente relacionados con la calificación para el trabajo, como lo era la conducta previa de Green.

³⁰ Para superar esa carga, sostuvo el tribunal, sería relevante la evidencia que muestre: (i) que otros empleados blancos involucrados en actividades similares a las de Green fueron retenidos o recontratados; (ii) el trato dado a la actora tiempo antes del episodio; (iii) la reacción de la empleadora ante las manifestaciones legítimas a favor de los derechos civiles; (iv) y la política general de la empresa respecto del empleo de minorías raciales, lo que puede acreditarse mediante estadísticas (411 U.S. 792, pp. 804-805).

³¹ Según lo que se destaca en la sentencia, Burdine trabajaba en una oficina del Departamento de Asuntos Comunitarios de Texas dedicada a la promoción del acceso al empleo. Liberado un cargo inmediato superior al que tenía —el de Director de proyecto— la actora se postuló pero no fue promovida. El cargo se mantuvo vacante durante seis meses hasta que fue contratada otra persona, un varón. Sucesivamente, fueron despedidas tres personas en el marco de una reducción de personal, entre ellas la actora. Burdine fue posteriormente recontratada en otra oficina de la misma administración pública, donde recibía el mismo salario y tenía responsabilidades similares —según tiene por acreditado el tribunal— a las que hubiera tenido en el cargo al que no accedió.

mal funcionamiento que había llevado a esos despidos, Texas se apoyaba en el testimonio del funcionario responsable de tomar esas decisiones y en una «evaluación no discriminatoria» de las calificaciones de las personas involucradas. En primera instancia se consideró que la explicación era racional y suficiente para rebatir el caso *prima facie* presentado por Burdine. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones resolvió en sentido parcialmente contrario, afirmando que el testimonio del funcionario no resultaba suficiente para refutar la presunción de que el despido de Burdine había estado motivado por su género. La Suprema Corte estadounidense revocó la decisión de la Cámara.

Para resolver el caso, se discutió especialmente bajo qué circunstancias se satisface la carga de refutación (C2) de un caso *prima facie* de discriminación. Una alternativa, adoptada por la Cámara de Apelaciones, era establecer que la demandada debía probar por preponderancia de la evidencia que el acto cuestionado estuvo guiado por un motivo no discriminatorio.³² Otra alternativa, adoptada por la Suprema Corte, era establecer una exigencia menor según la cual la demandada debía «explicar claramente las razones no discriminatorias de sus acciones», valiéndose de la «introducción de evidencia admisible» al respecto (450 U.S. 248, pp. 255, 260). En opinión de la Suprema Corte, lo primero no estaba configurado en el caso, pero sí lo segundo.

Aquella elección por parte del máximo tribunal estadounidense deriva de la siguiente idea. El cumplimiento de C1 crea una presunción que es suficiente, ante el silencio de la demandada, para que los jueces tengan por verificado el carácter discriminatorio del acto impugnado.³³ Pero eso no significa, aclara el tribunal, trasladar la carga «de persuasión» hacia la demandada, sino simplemente asignarle una carga «de producción» de evidencia tendiente a desacreditar el motivo discriminatorio alegado por la actora. Al incorporar evidencia en ese sentido la demandada estará cumpliendo con C2, el caso *prima facie* habrá sido rebatido y «la investigación empírica [avanzará] hacia un nuevo nivel de especificidad» (450 U.S. 248, p. 255). En tal escenario, la actora seguirá teniendo su carga *final*, la de persuadir acerca de que su hipótesis de

³² A lo que agregaba el deber de «probar mediante evidencia objetiva que quienes fueron contratados o promovidos estaban mejor calificados que la parte actora» (450 U.S. 248, p. 252).

³³ «El establecimiento del caso *prima facie* crea, en efecto, una presunción de que el empleador discriminó ilegalmente al empleado. Si el juez cree en la evidencia de la actora y el empleador mantiene silencio ante la presunción, el juez debe fallar a favor de la actora porque no queda ninguna controversia fáctica que resolver.» (450 U.S. 248, p. 254.) Los intercambios de notas entre el Juez Powell y el Juez Stevens en el caso Burdine dejaron entrever distintas posturas sobre los alcances del caso *prima facie*. Mientras que para Powell lo central del caso *prima facie* era descartar los motivos más comunes del rechazo (como la falta de calificación) para Stevens era necesario que la actora diera lugar a una inferencia de discriminación. Se ha hecho notar que la no taxatividad de las condiciones para cumplir con C1 ha dado lugar a que las cortes inferiores elaboren una serie de «reglas técnicas» que muchas veces sobrecargan el caso *prima facie* y agregan elementos nuevos para su verificación. Muchos de estos elementos, se sostiene, hacen confluír los «tres pasos» de «McDonnell Douglas», porque adicionan aspectos que hacen al análisis del motivo brindado del empleador. Véase EYER (2019).

la motivación discriminatoria es la más probable a la luz de la evidencia.³⁴ Darle ese alcance a C2 tiene una utilidad, afirma el tribunal: sirve «para enmarcar la cuestión fáctica con suficiente claridad para que el actor tenga una oportunidad plena y justa» de cumplir con C3 (450 U.S. 248, pp. 255-256). Actúa, podría decirse, como un incentivo para que los demandados eviten el silencio e incorporen al proceso hipótesis y evidencias que permitan ampliar la indagación fáctica.

Post «Burdine» los tribunales inferiores estadounidenses tomaron distintas posturas sobre cuál debería ser la consecuencia de que el actor cumpliera con C3, la carga de desacreditar el motivo invocado por el demandado. Algunos consideraron que se generaba automáticamente una cuestión de puro derecho para resolver el caso a su favor sin ir a juicio oral. Otros consideraron que eso habilitaba al juzgador a declarar la causa de puro derecho, pero no era un paso automático. Finalmente, otros tribunales consideraron que esa evidencia era insuficiente para juzgar en favor del actor.³⁵

La Suprema Corte de los Estados Unidos se pronunció al respecto en el caso «St. Mary's Honor Center v. Hicks» de 1993. Hicks era un afroamericano que trabajaba como comandante de turno en una prisión de baja seguridad. Luego de unos años de buena performance en el trabajo y a partir de un cambio de supervisor, comenzó a registrar sanciones disciplinarias que derivaron en su despido. Hicks demandó a St. Mary's aduciendo despido discriminatorio. La empleadora contestó alegando que el motivo del despido había sido la comisión de una serie de graves infracciones disciplinarias. En primera instancia, la corte de distrito falló en contra del actor por considerar que pese a que el motivo alegado por la demandada había sido desacreditado, del acervo probatorio surgía un motivo alternativo no discriminatorio para el despido.³⁶ La Cámara de Apelaciones revocó esa decisión, al entender que una vez probado el caso *prima facie* y desacreditada la razón legítima brindada por el demandado, correspondía al juez fallar en favor de la actora. El juez no estaba habilitado a evaluar motivos no discriminatorios distintos a los alegados por la demandada, sostuvo.

³⁴ «La carga final de persuadir al juez de que el demandado discriminó intencionalmente al actor permanece en todo momento en el actor [...] La carga que recae sobre el demandado, por lo tanto, es la de refutar la presunción de discriminación produciendo evidencias de que el actor fue rechazado, o alguien más fue preferido, por una razón legítima y no discriminatoria. El demandado no necesita persuadir a la corte de que realmente estuvo motivado por las razones indicadas.» (450 U.S. 248, pp. 253, 254; en el mismo sentido: 438 U.S. 567, 439 U.S. 24.)

³⁵ Véase MALAMUD (1995: 2234, y nota al pie 23).

³⁶ Al analizar todo el conjunto de evidencias, la corte de distrito entendió que los motivos alegados por la demandada no eran los que verdaderamente habían motivado su decisión (por mencionar un dato, Hicks había sido, entre varios candidatos, el único supervisor sancionado por violaciones cometidas por sus subordinados). En cambio, entendió que era evidente que existía una animosidad personal del supervisor contra Hicks, pero que no estaba comprobado que esa animosidad obedeciera a razones raciales. La Cámara, por su parte, puso en duda que la animosidad personal pudiera considerarse un motivo legítimo.

En un fallo dividido 5 a 4, la Suprema Corte revocó la decisión de la Cámara.³⁷ El voto de la mayoría se basó fundamentalmente en la siguiente idea acerca de cómo se configuran las cargas que venimos estudiando. Una vez que el demandado alega motivos no discriminatorios y produce evidencias a su respecto, «sean o no persuasivos en última instancia», satisface su carga de producción (C2) y refuta el caso *prima facie*, colocándose en «una mejor posición que si hubiese guardado silencio». Cuando ello se da, «el marco *McDonnell Douglas* —con sus presunciones y sus cargas— no es más relevante» y la cuestión fáctica se decide como cualquier otra, manteniéndose la carga de persuasión en cabeza de la actora (como sucede con cualquier otra presunción regulada por las Reglas Federales de la Evidencia).³⁸

Con base en tal idea, la mayoría sostuvo que el hecho de que la actora desacreditase la razón legítima brindada por el empleador (cumpliendo con C3) no obligaba al juez a fallar a su favor sin enviar la causa a juicio oral, aunque podría resultar un elemento a considerar para inferir la discriminación.³⁹ Según este lineamiento, los jueces deben resolver de puro derecho a favor de la actora solo si no quedan cuestiones fácticas por resolver, lo que en estos casos se da cuando:

(1) cualquier persona racional sería capaz de identificar hechos que constituyen un caso *prima facie*, y (2) la demandada falla en su carga de producción —es decir, falla en introducir evidencia que, *de ser tomada como cierta, permitiría* llegar a la conclusión de que hubo un motivo no discriminatorio para el rechazo. (509 U.S. 502, p. 509.)⁴⁰

Al contrario, los jueces no pueden resolver la cuestión de puro derecho y deben enviar el caso a juicio «si la demandada ha fallado en cumplir con su carga pero mentes racionales podrían *diferir* respecto de que existe evidencia preponderante que estable-

³⁷ El voto en disidencia redactado por el Juez Souter, acusó a la mayoría de apartarse y dejar sin efecto la estructura probatoria de «*McDonnell Douglas*». La mayoría, por su parte, entendió que simplemente estaba resolviendo por la correcta aplicación de aquella estructura.

³⁸ Lo entrecomillado es tomado de las páginas 509 y 510 de la sentencia. Esta postura ya había sido adelantada en una sentencia de 1983, en el caso «*United States Postal Service Board of Governors v. Aikens*», donde se sostuvo que «cuando el demandado no logra persuadir al tribunal de distrito de que desestime la acción por falta de un caso *prima facie*, pero responde a la prueba del actor ofreciendo evidencia acerca de los motivos de su rechazo [...], la presunción queda por fuera del caso»; asimismo, cuando «el demandado ha hecho todo lo que le sería requerido si el actor hubiera establecido adecuadamente un caso *prima facie*, entonces deja de ser relevante si el actor realmente lo hizo» (460 U.S. 711, pp. 714-715).

³⁹ La disidencia toma una postura muy distinta: «bajo *McDonnell Douglas* y *Burdine*, la prueba del caso *prima facie* no solo hace surgir una inferencia de discriminación; en ausencia de mayor evidencia, también crea una presunción obligatoria en favor de la actora» (509 U.S. 502, p. 528). En una de sus críticas a la postura mayoritaria, observó que así planteada beneficia al demandado que miente por sobre el que omite. La lectura de «*McDonnell Douglas*» que hace la mayoría de la Suprema Corte en «*Hicks*» ha sido entendida como un intento de insular los casos individuales de discriminación intencional de los potenciales efectos que podría tener sobre los empleadores la estructura desarrollada previamente en «*Griggs v. Duke Power Co.*» (1971). Véase BAUMANN et. al. (1991), MALAMUD (1995).

⁴⁰ Dada la levedad de la carga C2 tal como la entiende la mayoría en «*Hicks*», en los hechos podría ser sumamente difícil que la presunción tenga estos efectos.

ce un caso *prima facie*» (509 U.S. 502, p. 509-510), dado que en ese supuesto quedarán cuestiones fácticas a resolver por parte de los jueces de los hechos (*trier of fact*).⁴¹

El fallo «Hicks» deja entrever dos visiones muy distintas de la naturaleza y funciones de la estructura «McDonnell Douglas». Para la mayoría, esta última es simplemente una forma de organizar la presentación de la prueba y de compeler a la demandada a introducir evidencia, pero no de constreñir la plataforma fáctica sobre la que decidirá el juez (o jurado). Articulado el motivo legítimo e introducida la prueba de su falsedad, el caso se resuelve como un caso civil más en el que la prueba de falsedad puede ser (o no) un indicio relevante en la inferencia de la discriminación. Para la disidencia, en cambio, el mayor propósito del esquema radica en delimitar el marco fáctico sobre el cual el juez debe resolver. Si bien articulado el motivo legítimo los hechos «adquieren un nuevo nivel de especificidad» (y ya no es relevante analizar si la actora acreditó el caso *prima facie*), la indagación en ese nivel se limita al análisis de la prueba del motivo dado por la demandada y a la prueba que intenta desvirtuarla.

En «Hicks» la Suprema Corte no fue clara sobre en qué supuestos la prueba de falsedad de los motivos alegados al cumplir C2 podría ser un indicio determinante. El voto mayoritario expresó que el jurado «podría» entender que el cumplimiento de C3 es suficiente prueba de discriminación, pero también dijo que no basta con «no creerle al demandado», sino que «es necesario creerle a la actora» y que, además de la falsedad del motivo legítimo, corresponde probar el motivo discriminatorio. Posteriormente, en «Reeves v. Sanderson Plumbing Products» (2000), la Corte se ocupó de aclarar, entre otros puntos, que siempre está permitido inferir la motivación discriminatoria a partir de la prueba de la falsedad de los motivos alegados al cumplirse con C2.⁴² Salvo los casos en los que, del análisis de toda la prueba, surge de manera conclusiva algún otro motivo no discriminatorio⁴³.

⁴¹ En estos casos la Suprema Corte distingue entre juez y juez de los hechos porque está analizando decisiones en las que los jueces pueden fallar sobre el mérito del caso o bien dejar que decida el jurado. Pero incluso cuando no hay jurado, el juez puede resolver «de puro derecho» o no cuando debe resolver controversias fácticas. Si bien «McDonnell Douglas», «Burdine» y «Hicks» fueron casos juzgados por jueces de banco (*bench trials*), a partir de una reforma legal operada en 1991, en los casos discriminatorios el juez de los hechos lo conforma el jurado.

⁴² En este caso la Cámara de Apelaciones había resuelto que la moción para obtener un *judgment as a matter of law* había sido mal denegada, por cuanto la parte actora no había probado el intento discriminatorio, pese a haber demostrado la falsedad del motivo legítimo articulado por la demandada. La Suprema Corte de Estados Unidos revocó esta decisión, bajo el entendimiento de que, en esos supuestos, el juez podría inferir el intento discriminatorio a partir de la demostración de que el motivo brindado por el empleador es falso. Y por tanto, el juez no podía suplantar el veredicto del jurado. Sin embargo, la Suprema Corte dejó abierta la posibilidad de otorgar esa moción en los casos en que hubiera «prueba conclusiva» de un motivo no discriminatorio. Algunos académicos entienden que «Reeves» contiene la articulación moderna más clara de la estructura McDonnell. Véase SPERINO (2018, Capítulo 3, p. 12).

⁴³ Esto tiene especial relevancia en el sistema estadounidense, pues puede determinar hasta qué punto el juez tiene la atribución de evitar el veredicto del jurado.

3.2. El encaje procesal de las cargas de «McDonnell Douglas»

Luego de brindar un panorama general sobre la evolución de la regla probatoria de «McDonnell Douglas», nos detendremos en un aspecto complementario: el encaje procesal de las cargas que se desprenden de aquel criterio. ¿De qué mecanismos procesales disponen las partes para cumplir con ellas?

El sistema procesal civil de los Estados Unidos se organiza, a grandes rasgos, en tres etapas: (i) la etapa previa al juicio (*pre-trial*); (ii) el juicio (*trial*); y (iii) la etapa posterior al juicio (*post-trial*).⁴⁴

Durante la etapa previa, la actora presenta su demanda (*complaint*) y la demandada sus defensas formales (*motions to dismiss*) y su contestación (*answer*). Su objetivo central es dar una oportunidad a las partes para que preparen sus casos para el juicio oral, descartar los reclamos que son legalmente insostenibles y determinar la plataforma fáctica sobre la que el juez o jurado deberá resolver. Para los fines de este trabajo nos interesa destacar las siguientes características de esta etapa:

(a) Flexibilidad en la fijación del *thema decidendum* (y del *thema probandum*). Las partes concretan sus alegaciones de fondo a través de la demanda y su contestación, inicialmente. Pero también pueden modificarlas posteriormente a través de enmiendas, de acuerdo con lo que se vaya descubriendo acerca de las posturas de sus rivales y a partir de la evidencia recolectada.⁴⁵ Esto es destacado por HAZARD y TARUFFO en los siguientes términos:

Bajo el proceso estadounidense moderno, las enmiendas están permitidas libremente, en particular cuando reflejan nueva información revelada en el *discovery* previo al juicio. Por lo tanto, los alegatos presentan las cuestiones de hecho para su determinación en el juicio ajustadas a la luz de la información producida mediante el *discovery*. (HAZARD y TARUFFO, 1993: 107, traducción propia).

(b) Acceso amplio a las evidencias. El mecanismo del *discovery* (descubrimiento) faculta a las partes, antes de ir a juicio, a recolectar las evidencias que se encuentren en poder o bajo el control de sus rivales y que podrían dar apoyo a sus respectivas posiciones.⁴⁶ Les habilita a investigar haciendo solicitudes directas a sus contrapartes (sin necesidad de aprobación judicial) y, sobre la base de las evidencias recolectadas y de la información que de ellas surge, ajustar sus pretensiones y las premisas fácticas que les dan sustento.⁴⁷ El alcance de lo que se puede obtener en ejercicio de esta

⁴⁴ Para un panorama general al respecto, véase JAMES y HAZARD (1985) y HAZARD y TARUFFO (1993). Nos referiremos al proceso civil *federal*, aunque las características que destacaremos suelen estar presentes también en los sistemas procesales de los estados que componen la unión.

⁴⁵ Cfr. Regla 15 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil (FRCP, por sus siglas en inglés).

⁴⁶ Regulado en el Título V de las FRCP, reglas 26 a 37.

⁴⁷ También permite apoyar mociones solicitando que se resuelva el mérito del caso antes del juicio: «el *discovery* no solo puede ser usado para prepararse para el juicio, sino también para obtener evidencias que lo impidan» (HAZARD y TARUFFO, 1993: 114, traducción propia).

facultad es amplio: las evidencias referidas a cualquier asunto no privilegiado que sea relevante para las posturas de las partes y proporcional a las necesidades del caso.⁴⁸ Esto incluye la obtención de testimonios, documentación, información electrónicamente almacenada y otros objetos tangibles.

(c) Instancias de decisión sin juicio. Se prevén ciertas instancias en las cuales se puede decidir acerca del mérito del caso sin atravesar un juicio oral o sin que el jurado se expida. Una es el *summary judgment* (juicio sumario), que puede ser solicitado hasta 30 días después del cierre del *discovery*.⁴⁹ Otra es el *judgment as a matter of law* (juicio o decisión como una cuestión de puro derecho), que puede ser solicitado en cualquier momento del juicio hasta que el caso sea sometido a deliberación del jurado.⁵⁰ Ambos le permiten al juez decidir acerca del mérito del caso si no hay hechos relevantes controvertidos, o bien si considera que no hay evidencia suficiente para que un jurado racional le otorgue la razón a la contraparte de quien presentó la moción.⁵¹

Retomemos el foco en los casos por discriminación fáctica. ¿De qué mecanismos disponen las partes para cumplir con las cargas de «McDonnell Douglas»? Mínimamente disponen, según acabamos de ver, de reglas flexibles para formular sus respectivas alegaciones y del *discovery* como mecanismo para acceder a la evidencia. Así, cuentan con un amplio acceso a la evidencia y con la posibilidad de *reaccionar* a la información que surja en el transcurso de la etapa previa, reformulando sus alegaciones y/o solicitando la producción de evidencias adicionales si lo creyesen necesario.

Imaginemos que un grupo de personas presentan una demanda colectiva donde alegan haber sido despedidas de la empresa donde trabajaban debido al credo religioso que profesan.⁵² Acreditan inicialmente que los despidos se dieron luego de que la demandada conociera su religión, que la demandada tenía una manifiesta animadversión hacia la misma y que en los despidos acaecidos ese año se dio la siguiente desproporción: si bien el total de empleados que profesaban el credo en cuestión era de 1/3, el total que adhería al mismo entre las personas despedidas fue de 2/3. Esto podría ser suficiente para dar por cumplida la carga C1. Imaginemos también que, una vez emplazada, la empleadora contesta la demanda y pretende cumplir con C2

⁴⁸ Cfr. Regla 26(b)(1), FRCP.

⁴⁹ Cfr. Regla 56 de las FRCP. Según esta disposición, el *summary judgment* cabe cuando «no existe una disputa genuina relativa a ningún hecho material» (traducción propia).

⁵⁰ Cfr. Regla 50 de las FRCP. El juez puede hacer lugar a una moción de *judgment as a matter of law* en cualquier momento del juicio, «tan pronto como sea evidente que cualquiera de las partes no puede soportar la carga de la prueba que es esencial para su caso» (SUBRIN et al., 2021: 150, traducción propia). El pedido, de ser rechazado, puede ser renovado luego del veredicto del jurado.

⁵¹ Las instancias están relacionadas de modo tal que «el estándar para otorgar un juicio sumario ‘refleja’ el estándar para la decisión como una cuestión de puro derecho, de modo que ‘la investigación bajo cada uno es la misma’» (530 U.S. 133, p. 150, citas omitidas).

⁵² El ejemplo es una libre reformulación de un caso similar, «Coates v. Johnson & Johnson» (756 F.2d 524, 7th Cir., 1985), citado en FINKELSTEIN (2009: 149).

alegando que, en realidad, todos los despidos estuvieron motivados en las sanciones disciplinarias recibidas por los empleados durante los doce meses previos al despido, lo que respalda con documentación pertinente. Eso parece refutar la hipótesis de la motivación discriminatoria. Ahora bien, enterada del motivo alegado por la demandada, y de ser cierto lo de las sanciones, la parte actora podría reaccionar durante el *pre-trial* reorientando su estrategia argumentativa. Podría ampliar su investigación, requerir los registros donde constan las sanciones y el tipo de faltas cometidas e indagar y buscar evidencias sobre una hipótesis alternativa que explique tanto las sanciones como los despidos desde el prisma de la discriminación. Esta podría consistir, por caso, en que el criterio para identificar faltas e imponer sanciones estuvo sesgado según la religión de los trabajadores. No es que cometieran más faltas sino que eran los que proporcionalmente más sanciones recibían por ellas. Si esta hipótesis fuera cierta y pudiera acreditarse, la que alega la demandada se vería debilitada y la que afirma un motivo discriminatorio, fortalecida.

A partir de este ejemplo se puede dimensionar cómo, en sistemas procesales como el estudiado, la parte actora se encuentra en condiciones de terminar la preparación de su caso trabajando sobre una serie de hipótesis que, de otro modo, quedarían libradas a su imaginación, por no poder acceder a la información que llevase a plantearlas o por no poder conocer la defensa de su contraparte en tiempo útil. Una vez que el caso *prima facie* resulta rebatido, «la investigación empírica [avanza] hacia un nuevo nivel de especificidad» («Burdine», 1981, 450 U.S. 248, p. 255). En sistemas como el estudiado, la parte actora, así como su contraparte, se encuentran en condiciones de *reaccionar* a la nueva información que desconocían al momento de entablar demanda o defenderse.

El ejemplo también ayuda a ilustrar un punto que es importante para este trabajo: la forma con la que está regulada la etapa previa de los procesos civiles estadounidenses, en especial por su flexibilidad y por el *discovery*, influye positivamente —y muchas veces resulta decisiva— sobre la posibilidad de cumplir con cargas como C1 y especialmente como C3 (en el ejemplo, investigar ampliamente sobre el sesgo en las sanciones), a la vez que contribuye a ampliar la información total de la que dispondrán los jueces para decidir. Esto mismo ha sido destacado por la Suprema Corte de los Estados Unidos. La existencia del *discovery* fue uno de los argumentos que esgrimió en «Burdine» para sostener que el alcance que decidió darle a la carga C2 (un nivel de exigencia leve) no perjudicaba indebidamente a quienes accionan por discriminación.⁵³ «Antes de que el discovery haya desenterrado hechos y pruebas

⁵³ En el caso la Suprema Corte sostuvo que no estaba de acuerdo en que «limitar la obligación probatoria de la parte demandada a una carga de producción obstaculice indebidamente a la parte actora» (450 U.S. 248, p. 258). Ello por tres razones: porque se exige que la explicación de la demandada sea razonablemente específica; porque, aunque no tenga una carga de persuasión, la demandada de todos modos conserva un incentivo para persuadir al juez de los hechos de que su decisión acerca del empleo fue legítima; y porque existen reglas de *discovery* liberales que además son complementadas por el acceso a las carpetas de investigación de la EEOC correspondientes a su caso. «Dados estos factores, no estamos

relevantes», sostuvo en otro caso, «puede ser difícil definir la formulación precisa del caso *prima facie* requerido en un caso particular» («Swierkiewicz», 2002, 534 U.S. 506, p. 512).

¿En qué instancias se decide acerca del cumplimiento de las cargas de «McDonnell Douglas»? Los tres pasos esbozados en ese precedente no se corresponden con etapas específicas dentro del proceso. Las partes canalizan sus cargas, a través de los lentes de aquel esquema, en la demanda y su contestación, en las defensas previas, en las mociones para obtener un *summary judgment*, en la presentación de sus casos durante el juicio, etcétera.⁵⁴ Se trata de una estructura que ordena el modo en que las partes alegan los hechos y la evidencia en sus distintas peticiones, mociones y contestaciones; y que brinda a los jueces un esquema y pautas para resolver esas peticiones. El cumplimiento de las respectivas cargas, así, se decide de modo acumulado al rechazar o acoger una moción por *summary judgment* o una por *judgment as a matter of law*. Lo mismo ocurre en el juicio oral al expedirse —jueces profesionales o jurados— sobre los hechos probados en el caso.

Distintas cuestiones relativas al marco «McDonnell Douglas» pueden surgir en diversos momentos procesales y depender de la estrategia de las partes. Por ejemplo, es posible que la actora inicie su reclamo indicando los elementos del caso *prima facie* y que se anticipe a los motivos que posiblemente alegará la demandada, o bien puede esperar escucharla y a atravesar el *discovery* para presentar evidencia que contradiga su hipótesis. Del mismo modo, la demandada puede defenderse en su contestación atacando los elementos del caso *prima facie*, o bien aduciendo un motivo legítimo de su actuar (o ambas cosas a la vez). Este mismo esquema se repetirá luego en instancia del juicio, aunque es usual que la actora se adelante a rebatir el motivo al presentar su caso, pues ya habrá advertido en la etapa de *pre-trial* cuáles son las cartas de la demandada.

Es muy frecuente que «McDonnell Douglas» penetre en el modo que se estructuran las decisiones judiciales que se adoptan en instancia del *summary judgment* y ante las mociones de *judgment as a matter of law*. Actualmente, una gran parte de los casos discriminatorios se resuelven en instancias de *summary judgment*.⁵⁵ En general, el

convencidos de que el actor encuentre particularmente difícil probar que una explicación ofrecida sin una base fáctica es un pretexto» (ídem anterior).

⁵⁴ El cumplimiento de estas cargas fue interpretado por algunos tribunales como un elemento de la acción, cuya ausencia configura un vicio formal. Pero esta postura fue descartada por la Suprema Corte en el caso «Swierkiewicz v. Sorema N. A.» (2002), donde se sostuvo que, para ser formalmente admisible, una demanda por discriminación en el empleo no necesita contener alegaciones sobre hechos específicos que configuren un caso *prima facie*. Por ende, no corresponde desestimar un caso discriminatorio a través de una *motion to dismiss* (defensa formal de la etapa previa). Este criterio, sostuvo la Corte en tal oportunidad, se basa en que el sistema dispone de reglas liberales de *discovery* (para terminar de apuntalar las respectivas posturas) y mociones de *summary judgment* (para deshacerse de los reclamos sin mérito).

⁵⁵ Véase EYER (2019: 977, nota al pie 55), describiendo una muestra tomada sobre la base de las decisiones adoptadas por las Cámaras de Apelaciones de Estados Unidos durante un periodo de 3 meses: 60 de 63 decisiones analizadas se resolvieron en instancias de *summary judgment*.

empleador demandado interpone una moción por *summary judgment* alegando que la actora no tiene evidencia suficiente para probar el caso *prima facie* y/o articulando un motivo legítimo, según la evidencia introducida en el *discovery*. La actora tiene la carga de responder demostrando que, según la evidencia introducida, hay hechos controvertidos suficientes de modo tal que un jurado racional podría entender que existe un caso *prima facie*, que el motivo alegado por la demandada es falso y que existe un motivo discriminatorio.⁵⁶

4. ¿CÓMO MEJORAR LA REGLA PARA EL CONTEXTO ARGENTINO? LOS CAMINOS QUE LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE NOS INVITA A PENSAR

Volvamos sobre la pregunta con la que abrimos este trabajo. ¿Cómo se puede mejorar la regla fijada por la Corte Suprema de la Nación argentina respecto de la prueba de los motivos discriminatorios? La experiencia estadounidense, representada aquí mediante algunos hitos jurisprudenciales de su Suprema Corte, nos invita a pensar en al menos dos caminos a desarrollar, sin que esto suponga seguir las soluciones que ha venido adoptando. Agruparemos estas reflexiones en dos, una sobre la precisión en la formulación de las cargas asignadas a las partes (4.1.) y otra sobre el encaje procesal que posibilita cumplirlas (4.2.).

4.1. Precisar las cargas

Las sentencias estudiadas sugieren que hay distintas alternativas para precisar la formulación de las cargas probatorias de las partes en los casos de discriminación fáctica. También que la falta de precisión puede generar confusiones acerca de cómo actuar en el proceso (lo que afecta a las partes) y acerca de cómo decidir (lo que afecta a los jueces). ¿Cómo pueden ser precisadas las cargas probatorias en los casos de discriminación fáctica? Presentaremos algunas propuestas. Para ello, seguiremos con las notaciones «C1», «C2» y «C3» para referirnos a las cargas de acreditar un caso

⁵⁶ Se ha señalado que la falta de claridad de «Hicks» respecto de cuál es el criterio para dar por probada la existencia de un motivo discriminatorio ha llevado al abuso de los institutos del *summary judgment* y el *judgment as a matter of law* por parte de empleadores y jueces. En ese sentido, «Reeves» es entendido como un intento de la Suprema Corte para frenar este abuso, al indicar que, si la actora introduce evidencia de falsedad del motivo alegado, la regla es que el caso puede resolverse como «cuestión de puro derecho» solo cuando existe prueba conclusiva de un motivo no discriminatorio. Luego de «Hicks», sería razonable pensar que, una vez cumplida C2, las cortes deberían dejar de lado «McDonnell Douglas» y enfocarse en establecer cuál de las presentadas por las partes es la hipótesis más probable. No obstante, la práctica demuestra que siguen enmarcando sus análisis en aquel esquema, aunque muchas veces hagan confluir el análisis de las tres etapas en uno. En general, si bien declaran estar aplicando la estructura de «McDonnell Douglas», en muchos casos el análisis hace confluir sus etapas en una evaluación combinada. La diferencia es sutil, pero puede tener relevancia práctica. Véase MALAMUD (1995).

prima facie de discriminación, refutarlo y contestar a la refutación, respectivamente. Y recuperaremos «R1» y «R2» para dar cuenta de dos formulaciones distintas para la carga C1, una similar a una presunción *hominis* (y por ende a toda inferencia probatoria no deductiva)⁵⁷ y otra similar a una presunción *iuris tantum*,⁵⁸ respectivamente.

(a) *Caso prima facie (C1)*

La carga C1 puede ser formulada como R1 (presunción *hominis*) o como R2 (presunción *iuris tantum*). O bien como R2 con una regla subsidiaria que remita a R1 para todo caso no regulado por una norma con forma R2 (es decir, siempre que no fuera aplicable una presunción *iuris tantum*). Esta última ha sido la opción adoptada por la Suprema Corte estadounidense y podría ser la que esté dispuesta a incorporar la Corte Suprema argentina.

Formulada a partir del antecedente de R2, C1 tiene un contenido como este:

C1-R2: La parte actora tiene la carga inicial de probar que se han dado instancias de las circunstancias A, B y C (en cuyo caso se debe aceptar como verdadera la conclusión D, salvo que se pruebe la falsedad de D en el caso concreto).

Formulada a partir del antecedente de R1, C1 adopta un contenido como este:

C1-R1: La parte actora tiene la carga inicial de probar *indicios suficientes* a favor de la existencia de motivos discriminatorios en una cierta acción (en cuyo caso se debe aceptarla como verdadera).

La pregunta sobre cuándo hay indicios «suficientes» para activar el consecuente de C1-R1 es traducible como cuál es el *estándar de prueba* para dar por cumplida esa carga. Podría convenirse en que cabe aplicar un estándar más liviano que el comúnmente requerido.⁵⁹ ¿Pero cómo expresarlo con más detalle? Un modo de hacerlo es recordar el argumento de la Suprema Corte estadounidense según el cual lo que se exige inicialmente es descartar como hipótesis los motivos no discriminatorios *más comunes* que podrían presentarse en cada caso, según el tipo de caso de que se trate.⁶⁰ Mientras que las reglas de forma R2 cristalizan estos motivos en premisas fijas (*v.gr.* que el postulante no esté capacitado, que no haya plazas disponibles para el empleo, etcétera), las reglas de forma R1 los dejan librados a la discrecionalidad judicial. De este modo, quien accione tendrá la carga de despertar la sospecha de que los motivos de la acción cuestionada son discriminatorios, acreditando que los motivos no discrimi-

⁵⁷ «R1», recordemos, tenía esta forma: «Si hay indicios suficientes a favor de una proposición (la existencia de motivos discriminatorios en una cierta acción), entonces se debe aceptarla como verdadera».

⁵⁸ «R2», recordemos, tenía una forma como esta: «Si se encuentran probadas instancias de las circunstancias A, B y C, entonces se debe aceptar como verdadera la conclusión D, salvo que se pruebe la falsedad de D en el caso concreto».

⁵⁹ Esto es, después de todo, lo que le da sentido a la regla.

⁶⁰ Brindó esta explicación, recordemos, al desarrollar por qué entendía que la prueba de ciertas premisas permitía dar por cumplida C1 (por ejemplo, en 431 U.S. 324, p. 358).

minatorios más comunes que suelen guiar esa clase de acciones no se presentan en el caso. Basados en esta idea, podría reformularse C1-R1 como sigue:

C1-R1': La parte actora tiene la carga inicial de probar que los motivos no discriminatorios *más comunes* que suelen guiar a las acciones del tipo al que pertenece la acción cuestionada no se presentan en el caso.

(b) *Refutación (C2)*

La carga C2 también puede ser formulada con distintos niveles de exigencia. Una opción, más leve (L), es exigir simplemente una carga de argumentar y de producir evidencias. De modo que:

C2-L: Cumplida C1, la parte demandada tiene la carga de brindar una explicación y producir evidencias que apunten a que el acto cuestionado estuvo guiado por un motivo no discriminatorio.⁶¹

Otra opción, de exigencia más elevada (E), es requerir que la demanda pruebe que el motivo para realizar el acto cuestionado fue uno no discriminatorio. De modo que:

C2-E: La parte demandada tiene la carga de probar, por preponderancia de la evidencia, que el motivo para realizar el acto cuestionado fue uno no discriminatorio.

(c) *Contestación (C3)*

La carga C3, finalmente, también es susceptible de distintas formulaciones que se traducen en la exigencia de niveles de suficiencia —estándares de prueba— menores o mayores para que se tenga por probada la hipótesis que alega la parte actora. Unas exigen menos esfuerzos epistémicos que otras. Una formulación con un nivel de suficiencia leve (L) consiste en exigirle a la actora que desacredite únicamente la hipótesis alegada por la demandada. De modo que:

C3-L: Cumplida C2, la parte actora tiene la carga de probar, por preponderancia de la evidencia, que es falso que el acto cuestionado se haya guiado por el motivo alegado por la demandada.

Una formulación con un nivel de suficiencia más elevado (E), en cambio, le exige a la actora que pruebe que su hipótesis es más probable que su negación y que todas las demás hipótesis que plausiblemente expliquen el acto impugnado mediante motivos no discriminatorios (hayan sido alegadas o no por la demandada). De modo que:

C3-E. Cumplida C2, la parte actora tiene la carga de probar, por preponderancia de la evidencia, que su afirmación acerca de que el acto impugnado obedeció a motivos discriminatorios es más probable que su negación y que todas las demás hipótesis plausibles según las cuales dicho acto estuvo guiado por motivos no discriminatorios.

⁶¹ Elegir esta opción requeriría ajustar C1-R2 de modo que la presunción sea derrotada no cuando «se pruebe la falsedad de D» sino cuando se alegue y produzca evidencias sobre un motivo no discriminatorio.

Las dos formulaciones de C3 suponen establecer distintos estándares de prueba para que se tenga por cumplida dicha carga. Hay muchas maneras de fijar estos umbrales de suficiencia, de modos menos o más exigentes.⁶² Por razones de simplicidad hemos contrapuesto dos alternativas que consideran solo uno de los varios elementos que podrían tenerse en cuenta para graduar la corroboración de una hipótesis. Esta estrategia, sin embargo, permite demostrar nuestro punto: que la regla formulada por la CSJN puede precisarse y que esta operación puede darse (entre varias opciones) en el sentido expuesto.

La elección por una u otra variante para cada carga supone establecer equilibrios distintos en los procesos por discriminación entre los intereses de sus partes.

4.2. Considerar el encaje procesal

La experiencia estadounidense también nos lleva a pensar en el encaje procesal de las cargas probatorias que venimos estudiando. Como se ha advertido, un sistema procesal flexible y con herramientas para acceder ampliamente a la evidencia influye positivamente —y muchas veces resulta decisivo— sobre la posibilidad de cumplir con las cargas probatorias atribuidas a las partes en los casos de discriminación fáctica. La Suprema Corte estadounidense ha sido enfática en que la parte actora debe contar con las oportunidades que un sistema así brinda, en especial para cumplir con C3.⁶³ Después de todo, ¿cómo podría rebatir la hipótesis alegada por su contraparte antes de que esta la alegue?

Ahora cabe preguntarnos en qué situación se encuentran, a este respecto, los sistemas procesales civiles vigentes en Argentina (que son similares a los vigentes en muchos otros países de la tradición jurídica continental). Se encuentran, pues, en una situación bastante problemática en relación con los dos aspectos relevantes que hemos destacado antes (la flexibilidad y el *discovery*).

Los códigos de procedimiento civil vigentes no suelen prever para los casos por discriminación (tampoco para los demás) ni herramientas que faculten a las partes a acceder *ampliamente* a la evidencia en poder o bajo el control de su contraparte, ni *flexibilidad* en la determinación de las alegaciones y pretensiones que defenderán en juicio (en general se prohíbe la *duplica*).⁶⁴ Tomando como ejemplo las previsiones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, vemos que este limita la produc-

⁶² En FERRER BELTRÁN (2021: 208-210) se proponen como ejemplos hasta siete formulaciones distintas.

⁶³ Ha destacado, por ejemplo, que la parte actora «debe ser dotada de la oportunidad de presentar evidencias acerca de que la justificación ofrecida [por la demandada] es meramente un pretexto para la discriminación» (438 U.S. 567, p. 578).

⁶⁴ TARUFFO (2008: 117-118) explica que el *discovery* —y en general la separación entre la fase procesal preliminar y la vista— es uno de los rasgos distintivos más importantes de los sistemas del *common law* en comparación con los del *civil law*. En el mismo sentido véase HAZARD y TARUFFO (1993: 125).

ción de evidencia antes del juicio a supuestos excepcionales, en los que haya alguna urgencia⁶⁵, y no prevé la posibilidad de exigirle a la contraparte que descubra todas las evidencias que posee o están en su poder.⁶⁶ El *thema decidendum*, por su parte, se establece por la relación entre la demanda que da inicio al proceso y su contestación. Los hechos a probar serán aquellos que resulten controvertidos en esa dialéctica y las evidencias a producirse las que se hubieran ofrecido en ambas piezas. Excepcionalmente, cuando al responder la demanda «se alegaren hechos no invocados en la demanda o contrademanda, los demandantes o reconvinientes podrán ofrecer prueba y agregar la documental referente a esos hechos, dentro de los cinco días» (art. 334)⁶⁷. En algunas jurisdicciones el alcance de esta facultad se reduce, notablemente, a la incorporación de documentos.⁶⁸ Los casos por discriminación, por su parte, se suelen tramitar mediante juicios de amparo y otras variantes de juicios sumarísimos,⁶⁹ que son las vías procesales más acotadas en actos procesales y que restringen el diálogo entre las partes al mínimo, eliminando, por ejemplo, la presentación de alegatos.⁷⁰

En sistemas así, las reglas probatorias analizadas previamente podrán incentivar a la parte demandada a desplegar cierta actividad probatoria (de distinta intensidad según su formulación), pero no alivianan la dificultad de la parte actora para cumplir con sus cargas. En especial con una carga de refutación como C3, puesto que conocerá la hipótesis que le toca refutar en un momento donde no podrá adecuar

⁶⁵ El código prevé la producción anticipada de evidencias pero solo para el supuesto donde las partes «tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba» (art. 326). En ese caso se habilita: tomar la declaración de algún testigo de avanzada edad, gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país; el reconocimiento judicial o dictamen pericial sobre la existencia de documentos o el estado, calidad o condición de cosas o de lugares; el pedido de informes; y/o la exhibición, resguardo o secuestro de documentos, etc.

⁶⁶ Se da una excepción respecto de los *documentos*: una parte está facultada a solicitar la incorporación al proceso de aquellos *que se encontrasen en poder de su contraparte*; y la negativa de esta última a presentarlos «constituirá una presunción en su contra» si «resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido» (art. 388). Esta facultad se extiende además a los documentos en poder de terceros (art. 396). Otra excepción tiene que ver con la facultad de solicitar informes a «oficinas públicas, escribanos con registro y entidades privadas» sobre hechos concretos controvertidos en el proceso y «que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante» (art. 396).

⁶⁷ Estos hechos son los que la doctrina llama *nuevos hechos*. También se prevén otras ventanas: la alegación de *hechos nuevos* que, relacionados con la cuestión ventilada, ocurren o llegan a conocimiento de las partes entre el momento de la traba de la litis (cuando la demanda es contestada) y hasta los cinco días posteriores a la audiencia preliminar (art. 365); y la facultad del juez de tomar en consideración hechos que, aunque no sean alegados por las partes, resulten probados (art. 163, inciso 6).

⁶⁸ Así lo establece, por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (art. 333).

⁶⁹ Todos los casos de la CSJN estudiados en #2, «Pellicori» (2011), «Sisnero» (2014), «Varela» (2018) y «Fontana» (2021), fueron tramitados por la vía del amparo o de juicio sumarísimo (lo mismo «Romero», 2021).

⁷⁰ Véase el art. 498, inciso 5 del Código y el art. 11 de la Ley 16.986. Cabe destacar que el art. 334 del Código está previsto concretamente para los procesos ordinarios. La extensión de su alcance a los procesos sumarísimos ha sido obra interpretativa, doctrinal y jurisprudencial (véase: PALACIO y ALVARADO VELLOSO, 1994: 74; HITTERS, 2008).

su escrito postulatorio y, sobre todo, se verá impedida de realizar una investigación profunda acerca de las evidencias disponibles relevantes para dicho propósito, más allá de la limitada facultad de ofrecer, en un plazo de cinco días, la producción de nuevas evidencias de cuya existencia supiera, referidas a lo que la demandada hubiera expresamente alegado. La actora, además, carecerá de la posibilidad de *reaccionar* al resultado de la evidencia ofrecida por su contraparte, cuyo contenido conocerá recién durante el juicio.

En el caso que pusimos de ejemplo unas páginas atrás, sobre los despidos que se sindicaban motivados por la religión de los trabajadores desafectados, la parte actora tendría relevantes dificultades para cumplir con C3. La demandada alegaría su motivo no discriminatorio, las sanciones disciplinarias, al contestar la demanda. Por ende, la actora solo podrá solicitar la producción de alguna evidencia acerca de ello de cuya existencia supiera. Una vez recibida esta última, carecerá de oportunidad de requerir la producción de otra evidencia adicional que, a tenor suyo, se demostrara relevante. Además, no podrá reformular su demanda a la luz de la nueva información agregada.

Un problema similar podría darse en el caso «Fontana» resuelto por la Corte Suprema de Justicia argentina. Recordemos: la actora alegaba haber sido despedida por motivos sindicales y la demandada se defendió aduciendo que la decisión de despedirla había obedecido a graves problemas económicos: el mercado automotriz estaba en caída y junto con la actora habían sido desvinculadas treinta y cuatro personas más por falta o disminución de trabajo. Ello configuraría una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación (como sostuvo el voto mayoritario de la Corte), pero siempre y cuando fuera cierto (agregamos). Sin embargo, la actora contaría con una oportunidad muy limitada para cuestionarlo, mostrando que la crisis no era tal, que los despedidos no eran tantos, que de todos los empleados los únicos despedidos fueron quienes ejercían actividades sindicales, entre muchas otras alternativas que —de darse— le quitarían peso a la hipótesis de la demandada.

Pues bien, pese a que la CSJN se inspiró en la jurisprudencia de su par estadounidense, la regla que incorporó no tiene las mismas condiciones de funcionamiento que las que detenta en su jurisdicción original. Sistemas procesales como el argentino colocan en un mayor nivel de dificultad a la parte actora en comparación con la posición en la que estaría en el sistema estadounidense. «McDonnell Douglas» y el modo en que se aplica en los Estados Unidos nos invita, entonces, a repensar esta arista.

Este problema se podría resolver de al menos dos maneras. Una, la más evidente, consiste en modificar las reglas procesales (al menos las aplicables a los casos de discriminación) flexibilizando la constitución de la litis y brindando herramientas para acceder ampliamente a la evidencia en poder o bajo el control de la contraparte. La otra manera está vinculada con el modo de formular las cargas procesales en cabeza de cada parte, partiendo de la premisa según la cual establecer una carga leve para C2, tal y como pareciera exigir la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, no tiene los mismos efectos para las partes en un sistema procesal como el argentino. Como señala Ronald ALLEN (2014: 203), en los sistemas que no tienen

discovery la carga de la prueba tiene mucha más relevancia que en los sistemas que sí lo tienen. En un sistema en que las partes tienen acceso amplio a la información y poseen la oportunidad de aportar evidencia que refute los hechos y la prueba aportados por la contraparte, la determinación de quién lleva la carga de la prueba solo tendría relevancia cuando no existiera evidencia suficiente para probar un hecho controvertido. En cambio, en un sistema en que las oportunidades de alegar hechos y pruebas son limitadas, las reglas de la carga de la prueba pueden funcionar como verdaderos *incentivos* para que las partes que se encuentran en una mejor situación para producir evidencia, lo hagan. De este modo, parece que la ausencia de flexibilidad y de *discovery* en el sistema procesal es una buena razón para adoptar una formulación más exigente para C2, la que denominamos C2-E («La parte demandada tiene la carga de probar, por preponderancia de la evidencia, que el motivo para realizar el acto cuestionado fue uno no discriminatorio») o alguna variante, intentando generar los incentivos suficientes para que la parte demandada aporte toda la evidencia de que disponga y no la retace especulando con que la actora no podrá refutar las hipótesis planteadas como defensas.

5. CONCLUSIONES

En el texto hemos dado cuenta del modo en que la Corte Suprema argentina formuló una regla para la prueba de los motivos discriminatorios y de cómo fue formulada una regla con similar objeto en la jurisprudencia de su par estadounidense, la cual ha sido su declarada fuente de inspiración. El recorrido y el cotejo nos ha servido para:

1. Distinguir entre dos maneras de formular la carga probatoria inicial de quien acciona, traducible en dos clases de reglas: una similar a una presunción *hominis* (y a toda inferencia probatoria no deductiva) y otra similar a una presunción *iuris tantum*.

2. Notar que uno de los cursos de acción para mejorar la regla tal y como es presentada por la CSJN es precisar su formulación. A ese efecto identificamos tres cargas distintas repartibles entre las partes y dos alternativas de formulación para cada una. La opción por una u otra alternativa incide en el balance de los intereses de las partes en el proceso.

3. Advertir, por último, que las cargas probatorias de las partes encajan de modo distinto en los sistemas procesales estadounidense y argentino. Dada la falta de flexibilidad en la constitución de la litis y la ausencia de mecanismos para acceder ampliamente a la evidencia que caracterizan al sistema procesal civil argentino, formular las cargas como lo hace la Suprema Corte de los Estados Unidos coloca sobre la parte actora una exigencia superior a la que tendría en el contexto estadounidense. Esto se puede solucionar al menos de dos maneras: cambiando el sistema procesal o cambiando la formulación de las cargas, en el sentido que acaba de mencionarse unos párrafos atrás.

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA y CONSEJO DE EUROPA. (2018). *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, https://www.echr.coe.int/documents/handbook_non_discr_law_spa.pdf
- AGUILÓ-REGLA, J. (2018), «Las presunciones en el Derecho», *Anuario de filosofía del derecho*, 34, 201-227, <http://hdl.handle.net/10045/86475>
- ALLEN, R. J. (2014), «Burdens of proof», *Law, Probability and Risk*, 13(3-4), 195-219, <https://doi.org/10.1093/lpr/mgu005>
- BAUMANN, P. T. B., BROWN, J. O. y SUBRIN, S. N. (1991), «Substance in the Shadow of Procedure: The Integration of Substantive and Procedural Law in Title VII Cases». *Boston College Law Review*, 33, 211-303, <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol33/iss2/1/>
- DEI VECCHI, D. (2019), «El carácter presuntivo de las presunciones absolutas», *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 38, <https://doi.org/10.4000/revus.5333>
- EYER, K. (2019), «The Return of the Technical McDonnell Douglas Paradigm», *Washington Law Review*, 94, 967-1017, <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol94/iss3/2/>
- FERRER BELTRÁN, J. (2007), *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons.
- (2021), *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons.
- FINKELSTEIN, M. O. (2009), *Basic Concepts of Probability and Statistics in the Law*, Springer, <http://dx.doi.org/10.1007/b105519>
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2010), *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba* (3.a ed.), Marcial Pons.
- HAZARD, G. C. y TARUFFO, M. (1993), *American Civil Procedure: An introduction*, Yale University Press.
- HITTERS, J. M. (2008), «Hechos nuevos, hechos sobrevinientes, nuevos hechos y nuevos documentos», *La Ley*, 998.
- JAMES, F. y HAZARD, G. C. (1985), *Civil Procedure* (3rd Edition), Little, Brown and Company.
- MALAMUD, D. C. (1995), «The Last Minuet: Disparate Treatment after Hicks», *Michigan Law Review*, 93(8), 2229-2324, <https://doi.org/10.2307/1289935>
- MENDONCA, D. (1998), «Presunciones». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21-I, <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.05>
- PALACIO, L. E. y ALVARADO VELLOSO, A. (1994), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente: Vol. 80*, Rubinzal Culzoni Editores.
- SUPERINO, S. F. (2018), *McDonnell Douglas: The Most Important Case in Employment Discrimination Law*, Bloomberg Law.
- SUBRIN, S. N., MINOW, M. L., BRODIN, M. S., MAIN, T. O. y LAHAV, A. (2021), *Federal Rules of Civil Procedure*, Wolters Kluwer.
- TARUFFO, M. (2008), *La prueba*, L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán (trads.), Marcial Pons.
- ULLMAN-MARGALIT, E. (1983), «On Presumption», *The Journal of Philosophy*, 80(3), 143-163, <https://doi.org/10.2307/2026132>

Jurisprudencia

*Corte Suprema de la Nación Argentina*⁷¹

Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional —Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología— en la causa Romero, Jonathan Iván c/ Ministerio de Educación y Deportes de la Nación s/ juicio sumarísimo. Fallos 344:3057. 21 de octubre de 2021.

⁷¹ Se pueden consultar las sentencias en: sj.csn.gov.ar.

Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa Fontana, Edith Fabiana c/ Cibie Argentina S.A. s/ juicio sumarisimo. Fallos: 344:527. 8 de abril de 2021.

Recurso de hecho deducido por José Gilberto Varela en la causa Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical. Fallos: 341:1106. 4 de septiembre de 2018.

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo. Fallos: 337:611. 20 de mayo de 2014.

Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo. Fallos: 334:1387. 15 de noviembre de 2011.

*Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)*⁷²

Susanna Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG. Asunto C-381/99. 26 de junio de 2001. Sala sexta.

*Corte Suprema de los Estados Unidos*⁷³

Swierkiewicz v. Sorema N. A. 534 U.S. 506. 26 de febrero de 2002.

Reeves v. Sanderson Plumbing Products. 530 U.S. 133. 12 de junio del 2000.

St. Mary's Honor Center v. Hicks. 509 U.S. 502. 25 de junio de 1993.

United States Postal Service Board of Governors v. Aikens. 460 U.S. 711. 4 de abril de 1983.

Texas Dept. of Commun. Affairs v. Burdine. 450 U.S. 248. 4 de marzo de 1981.

Board of Trustees, Keene State Coll. v. Sweeney. 439 U.S. 24. 12 de noviembre de 1978.

Furnco Constr. Corp. v. Waters. 438 U.S. 567. 29 de junio de 1978.

Teamsters v. United States. 431 U.S. 324. 31 de mayo de 1977.

Mc Donnell Douglas Corp. v. Green. 411 U.S. 792. 14 de mayo de 1973.

Griggs v. Duke Power Co. 401 U.S. 424. 8 de marzo de 1971.

Plessy v. Ferguson. 163 U.S. 537. 18 de mayo de 1896.

⁷² Se pueden consultar las sentencias en: curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es.

⁷³ Se pueden consultar las sentencias en: supreme.justia.com.

