

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: Impacto discriminatorio y razonamiento probatorio. Sobre la distribución del riesgo probatorio y la función epistémica de la estadística en los casos de discriminación indirecta

Alumno: Alejo Joaquín Giles

Tutor: Dr. Jordi Ferrer Beltrán

Convocatoria: marzo de 2018

ÍNDICE

I. Presentación	1
Presentación y objeto del trabajo	1
II. ¿De qué nos protege el principio de igualdad y no discriminación?	2
II. 1. La indeterminación del principio de igualdad y no discriminación	2
II. 2. Dos tipos de discriminación: la directa y la indirecta	4
II. 3. La discriminación indirecta como objeto de este trabajo	8
III. La distribución del riesgo probatorio en los casos de discriminación indirecta	9
III. 1. Dificultades probatorias y distribución del riesgo	9
III. 2. Los criterios adoptados en los ámbitos norteamericano y europeo para la distribución del riesgo probatorio en casos de discriminación indirecta	13
III. 3. Propuestas para la distribución del riesgo probatorio en los casos de discriminación indirecta	14
IV. La prueba estadística en los casos de discriminación indirecta	19
IV. 1. Discriminación indirecta y prueba estadística	19
IV. 2. Precisiones sobre los presupuestos fácticos de la discriminación indirecta	20
IV. 3. El conocimiento estadístico y la prueba de la discriminación indirecta	27
V. Conclusiones	33
VI. Bibliografía	34

Impacto discriminatorio y razonamiento probatorio. Sobre la distribución del riesgo probatorio y la función epistémica de la estadística en los casos de discriminación indirecta

Alumno: Alejo Joaquín Giles

Tutor: Dr. Jordi Ferrer Beltrán

I.

PRESENTACIÓN

Este trabajo aborda el análisis del problema general de la prueba de la discriminación, en especial del tipo de discriminación llamada indirecta, que atiende a los efectos que causan las normas, políticas o prácticas que pese a ser neutrales en su enunciación perjudican especialmente a ciertos grupos vulnerables en comparación con otros.

La prueba de los hechos es un problema crucial al que suelen enfrentarse los operadores de justicia cuando ese tipo de casos llegan a los tribunales. ¿Cómo demostrarles a los jueces y juezas que una decisión es discriminatoria por sus efectos? ¿Cómo distribuir el riesgo probatorio en tales casos?

La complejidad del problema ha sido reconocido por la doctrina, la jurisprudencia y algunas normas que se han ocupado del tema. La solución ofrecida, generalmente, consiste en la combinación entre el uso de presunciones y la disminución del estándar de valoración del acervo probatorio. Con probar algunos extremos, se dice y prescribe, queda a cargo de la contraparte aportar evidencias que le quiten aval a esa hipótesis. Pero eso no responde suficientemente a las preguntas que acabamos de formular.

Me propongo en este trabajo abordar aquella problemática desde la perspectiva del razonamiento probatorio. Por un lado se indagará sobre las estrategias de distribución del riesgo probatorio implementadas en los casos de discriminación indirecta y se harán propuestas para optimizarlas. Por otro lado se indagará sobre la función epistémica que puede cumplir el conocimiento estadístico para tener por probada una hipótesis de discriminación indirecta. Buscaré identificar el campo de acción de la estadística aplicada a esos casos, sus límites, y los conceptos y herramientas básicas generadas en ese ámbito de conocimiento que permiten lograr resultados válidos y significativos sobre los presupuestos fácticos relevantes para el tipo de casos que ocupará nuestra atención en adelante.

II.

¿DE QUÉ NOS PROTEGE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN?

II. 1. La indeterminación del principio de igualdad y no discriminación

La igualdad es uno de los pilares políticos de las sociedades contemporáneas. La abrumadora mayoría de los Estados del mundo lo consideran como un valor fundamental, al punto de que han suscripto numerosos instrumentos internacionales donde se comprometen a garantizarlo.¹ Si bien los contextos regionales en los que se adoptaron esos compromisos difieren, así como el modo en que han sido aplicados a lo largo del tiempo, a través de ellos la mayoría de los países del mundo han convenido en adoptar un compromiso formal con la tutela de la igualdad en alguna de sus dimensiones. Los Estados también han reflejado ese compromiso en sus propios textos constitucionales. Casi todas las constituciones del mundo contemplan, cuanto menos, una garantía general de igualdad; a su vez, muchas contemplan protecciones especiales para ciertos grupos de personas y ciertos tipos de discriminación.²

Aunque con matices entre sí, los instrumentos internacionales y las constituciones suelen coincidir, en líneas generales, en declarar la igualdad de las personas ante la ley y su derecho a la igual protección de las leyes, el deber de los Estados de garantizar el ejercicio y goce de todos los derechos sin discriminación alguna y el derecho de las personas a la protección contra cualquier tipo de discriminación, en especial contra aquella que se base en ciertos motivos considerados inaceptables.³ Los Estados se han comprometido, en síntesis, a no discriminar en sus normas y a combatir las prácticas discriminatorias.

Ahora bien, ¿a qué conductas o situaciones alcanza el principio de igualdad y no discriminación así reconocido? ¿De qué nos protege en concreto?

¹ A modo de ejemplos, y sin pretensiones de exhaustividad, se puede mencionar, en el marco de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26). De los 193 Estados miembros del órgano, 167 han ratificado ese instrumento. En el marco de la OEA, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 1. 1 y 24), ratificada por 25 de 35 de los miembros de la organización. En Europa, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 14), que se aplica a los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, así como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21), jurídicamente vinculante para todos los miembros de la unión. En el marco de la Unión Africana, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 3), ratificada por 54 de los 55 países miembros de la unión.

² Según la plataforma www.constituteproject.org, de 192 constituciones en el mundo, 186 de ellas (el 97%) reconocen la garantía general de la igualdad, y en específico 166 (el 86%) reconocen la igualdad a pesar del género, 138 (el 72%) la igualdad a pesar de la raza, 132 (el 69%) la igualdad a pesar de la religión, 103 (el 54%) la igualdad a pesar del origen, 99 (el 52%) la igualdad salarial por el trabajo, 84 (el 44%) la igualdad a pesar del lenguaje, 74 (el 39%) la igualdad a pesar del color de piel, 33 (el 17%) la igualdad a pesar de la nacionalidad y 27 (el 14%) la igualdad a pesar de la edad.

³ Las mayores diferencias entre está, precisamente, en la identificación de esos motivos prohibidos.

Pues no es sencillo saberlo. Como la mayoría de los principios constitucionales, aquél es presa, usando las palabras de Carlos Nino (1997: 31), de una radical indeterminación: en su enunciación no están expuestas, de modo explícito y exhaustivo, las circunstancias fácticas y jurídicas a las que se aplica.⁴

Para superar ese escollo, convirtiendo aquellas disposiciones en proposiciones aptas para ser usadas como premisas de un razonamiento práctico justificativo, es preciso emprender -explica el jurista argentino- un proceso complejo, que comienza por asignarles un sentido para luego crear una proposición normativa aplicable a los hechos en disputa.

La actividad interpretativa de los tribunales resulta, entonces, imprescindible para tender puentes entre el enunciado constitucional-convencional y las circunstancias fácticas y jurídicas involucradas en cada caso concreto. A través suyo los tribunales crean normas generales más precisas en cuanto al entramado fáctico sobre el que rigen, lo que permite -al final del camino- concluir un razonamiento judicial con una norma individual aplicable al caso concreto que estuviera bajo decisión. O, en los términos propuestos por Alexy (1993: 70), dicha actividad cumple con la función de extraer de las disposiciones de derecho fundamental la norma adscrita aplicable como premisa mayor del razonamiento.⁵

Uno de los tópicos más importantes de la teoría constitucional luego de la Segunda Guerra Mundial, y de la teoría del derecho en general, tiene que ver, precisamente, con la técnica para determinar el contenido de los principios en los casos concretos, sobre las circunstancias fácticas y jurídicas involucradas en ellos. Para realizar tal operación se ha buscado forjar un método que reduzca lo más posible los márgenes de discrecionalidad del intérprete para hacer valer sus propias valoraciones.⁶ Los resultados de esta empresa son variopintos y no faltan quienes sostienen que está destinada al fracaso. En todo caso, afirman algunas posturas, lo importante es que los tribunales adopten una interpretación estable acerca del contenido de los principios y que ésta sea aceptable para la cultura jurídica en que se inserte, no tanto el método con el que llegan a ella.

Aunque no pueda detenerme aquí a recoger las principales propuestas que han surgido para resolver ese problema, me interesa mencionarlo ya que nos advierte de un

⁴ Refiriéndose a la noción de igualdad, Pérez Luño (2007) realiza una observación similar; habla de su *equivocidad significativa* y aborda en su obra las distintas *dimensiones* que la misma puede adoptar.

⁵ Me adelantaré a lo que viene para ejemplificar el punto. Cuando los tribunales dicen que la disposición según la cual *las personas tienen el derecho a ser protegidas de la discriminación* implica la *prohibición de la discriminación directa pero también de la indirecta*, definiendo las características ambos tipos, le están adscribiendo un significado a esa disposición que *a priori* no surge de su texto.

⁶ Sobre el principio de proporcionalidad como criterio para la fundamentación de las normas adscritas de derecho fundamental y sus límites racionales, véase Bernal Pulido (2007: 103 y sig.). Sobre la determinación del supuesto de hecho de los derechos fundamentales, véase Barak (2017: 69 y sig.).

obstáculo importante para nuestro propósito de abordar la discriminación desde la perspectiva probatoria: que dicha indeterminación genera interrogantes sobre cuáles hechos son jurídicamente relevantes en ese tipo de casos. Ese problema podría en buena medida solucionarse si se contara con normas infraconstitucionales que intermedien entre el principio y su aplicación jurisdiccional, especificando las características de los hechos discriminatorios prohibidos.⁷ En ese supuesto, la función jurisdiccional podría llegar a tener menos protagonismo en la definición de los alcances del principio. Aunque si esas normas a la vez utilizasen, como suele suceder, conceptos jurídicos indeterminados, seguirá siendo necesario realizar un proceso de determinación previo a su aplicación.⁸

II. 2. Dos tipos de discriminación: la directa y la indirecta

El principio de igualdad y no discriminación, como dijimos, puede tener distintas dimensiones y proyecciones sobre la realidad. El sistema institucional, a través de los actores habilitados para decir lo que es el derecho, lo circunscribe, limita el espectro de significados que se le puede dar dentro del campo del derecho.

Si bien los procesos de definición sobre los alcances de esa noción en América y en Europa tienen marcadas diferencias entre sí, de acuerdo al contexto político y social en el que se han desarrollado, se puede advertir una significativa adhesión a la identificación de dos tipos de discriminación, la directa y la indirecta, sin perjuicio de otras categorías transversales también utilizadas. La idea central que se refleja en esa clasificación indica que los hechos discriminatorios se dan tanto cuando las normas, políticas o prácticas realizan distinciones carentes de objetividad y razonabilidad (discriminación directa), como cuando son neutras, es decir que no realizan esa clase de distinciones, pero los efectos de su aplicación inciden negativamente y de modo desproporcionado sobre cierto colectivo de personas (discriminación indirecta).⁹

⁷ La Directiva 2000/43 de la Unión Europea es un buen ejemplo de eso.

⁸ Como señala Bernal Pulido (2007: 103), la indeterminación no es una propiedad exclusiva de las disposiciones de derecho fundamental. Es un fenómeno generalizado en el lenguaje, compartido por las normas jurídicas en general, que se presenta cada vez que un enunciado no hace explícito de forma exhaustiva el conjunto de sus significados. Cuando las normas prescriben que está prohibido discriminar, sin mayores detalles, no dejan en claro qué conductas deben ser consideradas discriminatorias y cuáles no. Lo que escinde ambos conceptos es una operación intelectual de determinación de los alcances del concepto de discriminación: no toda distinción es una discriminación prohibida. Según veremos, esa misma noción puede cambiar. En el derecho norteamericano encontramos un ejemplo por demás conocido de variación del entendimiento de aquella noción. El caso “Brown vs. Board of Education” de 1954 fue una bisagra para la interpretación de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que pasó de aceptar la doctrina *separate but equal* a rechazarla enfáticamente por considerarla contraria a la *equal protection clause*.

⁹ Una empresa puede decidir, por ejemplo, remunerar con un salario menor a las mujeres que a los hombres, apelando como criterio de diferenciación a la diferencia de género, y en ese caso estará incurriendo en una discriminación directa. En vez de eso, en cambio, puede decidir remunerar más algunas tareas que otras, sin

Veamos los principales rasgos asignados a esos dos tipos de discriminación.

II. 2. a. La prohibición de discriminación tradicionalmente ha sido entendida, en esencia, como la interdicción del trato arbitrario, aquél carente de justificación objetiva y razonable. Esa perspectiva, que llamaremos discriminación directa, se aplica cuando una persona ha recibido un trato menos favorable que otra, estando ambas en una situación similar, y el criterio utilizado para distinguir es irrazonable y, por lo tanto, arbitrario.¹⁰

Hay criterios, como el género, la raza, la religión, entre otros, que las propias normas suelen asumir como discriminatorios. Las distinciones que se hagan utilizándolos, entonces, serán violatorias del principio de igualdad salvo que se aduzcan buenas razones para justificarlas, las cuales deberán ser valoradas a través de un “escrutinio estricto”.¹¹

La discriminación directa opera tanto frente a normas u otras decisiones que expresamente recurren a criterios discriminatorios (por ejemplo leyes que excluyan a las mujeres de ciertos beneficios sociales o búsquedas laborales que las releguen del convite), como frente a las distinciones realizadas *de facto* sobre la base de esos criterios (por ejemplo el impedimento en el ingreso a bares por motivos de raza), en cuyo caso la intención de aplicarlos generalmente necesitará ser reconstruida a través de razonamientos presuntivos.

Una de las principales críticas dirigidas a la teoría que reduce el espectro de significados del principio de igualdad y no discriminación a la discriminación directa observa que la misma se sostiene sobre una visión individualista de los derechos que, descontextualizada del tejido social, presupone una situación ideal de igualdad de oportunidades (Fiss, 1976: 123; Saba, 2016: 52, 55 y 108). Cimentada sobre la noción de neutralidad de la ley, esa concepción evita considerar las desigualdades reales en las que se encuentran las personas, especialmente ciertos grupos históricamente excluidos, permitiendo su reproducción y consolidación.

II. 2. b. En paralelo a esa perspectiva de la discriminación se presenta otra, no excluyente, que llamaremos discriminación indirecta, en la que se desplaza la atención desde el trato diferente hacia la diferencia comparativa en los efectos de la aplicación de una norma,

apelar al género de quienes las realizan. Sin embargo, si las tareas menos remuneradas son cumplidas mayormente por mujeres, podría estar incurriendo en una discriminación indirecta, salvo que tenga, como veremos, buenos motivos para justificarlo.

¹⁰ Para lograrlo es necesario analizar la relación de *funcionalidad* entre el criterio (como medio) y el fin buscado por él (Saba, 2016: 40). Para profundizar sobre la estructura posible de ese razonamiento, véanse, entre otros, Fiss (1976: 108-18), Saba (2016: 47, 94-108) y D. Vázquez (2016: 77-97). Saba propone un test integrado por tres pruebas: de funcionalidad, de encaje (relación entre el indicador utilizado y la condición o habilidad que se busca asegurar con él) y de legitimidad del fin perseguido con la distinción.

¹¹ Sobre las categorías o motivos “sospechosos de discriminación” y su justificación bajo el estándar de “escrutinio estricto”, véanse, entre otros, Gerards (2007) y Vázquez (2016: 77-97).

política o práctica que fueran neutras en su enunciación. En estos supuestos el foco de la impugnación jurídica no está en el criterio adoptado para distinguir, sino en el impacto social que la aplicación de ese criterio genera.

En esta primera aproximación se pueden identificar tres componentes de este tipo de discriminación: (1) una norma, política o práctica aparentemente neutra; (2) que produce un efecto perjudicial y desproporcionado sobre un grupo vulnerable (o lo sitúe en una desventaja particular), en comparación con otras en situación similar; y (3) que no está justificada.

Como puede advertirse, esta perspectiva se nutre indefectiblemente de la noción de grupo. Le asigna relevancia a los datos de carácter sociológico que dan cuenta de la desigualdad material en la que se ven sumidos ciertos sectores sociales.

El grado de afectación que debe tener la medida en cuestión sobre ese grupo ha sido identificado mayormente como una desproporción (un «impacto desproporcionado» o un «efecto perjudicial desproporcionado»). Sin embargo, algunas fuentes hablan, en cambio, de que la medida produzca una «desventaja particular». En adelante usaré las expresiones de modo indistinto para simplificar la exposición.¹²

Por otro lado, se ha sostenido que el desplazamiento de la atención del trato arbitrario hacia el efecto vuelve irrelevante indagar sobre la motivación o intención discriminatoria del emisor del acto cuestionado.¹³ La indagación fáctica se referiría básicamente a los resultados adversos sobre ciertos grupos de decisión una vez aplicada, aunque éstos no sean buscados.

Con todo, una norma, política o práctica neutra pero perjudicial para ciertos grupos puede ser acorde con el principio de igualdad y no discriminación si tuviera una justificación objetiva y razonable. Básicamente cuando tuviera un fin legítimo y existiera una relación de proporcionalidad entre el medio empleado y ese fin (incluyendo en el examen los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Suele afirmarse que el origen de esa perspectiva de la discriminación se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el marco del combate contra la segregación racial en los años 70. Con la sanción de la *Civil Rights Act* en 1964, precisamente en la fecha de su entrada en vigencia, la empresa Duke Power Company modificó su política de contratación según la cual los negros sólo podían trabajar como mano de obra. En cambio, introdujo una regla que indicaba que para acceder a las tareas mejor

¹² La Corte Interamericana de Derechos Humanos identifica el grado de afectación sobre el colectivo vulnerable como un «impacto desproporcionado» ("Nadege Dorzema"), el TEDH como un «efecto perjudicial desproporcionado» ("Hugh Jordan", "Hoogendijk", "D. H. y otros"). Las Directivas de la Unión Europea han pasado de identificarlo como una «proporción sustancialmente mayor» (97/80, derogada por la 2006/54) a una «desventaja particular» sobre el grupo vulnerable (2000/43, 2000/78, 2002/73, 2004/113, 2006/54).

¹³ Sobre esta afirmación en el contexto del derecho estadounidense, véase Tobía, 2017: 2388.

pagas era necesario tener un título secundario o aprobar un test de inteligencia estandarizado, requisitos que -luego se advirtió- no eran indicativos de la idoneidad de las personas para realizar dichas tareas. El resultado de su aplicación fue que los negros siguieron sin poder ascender, esta vez no por el color de su piel sino porque en su mayoría no cumplían con los nuevos requisitos. El señor Griggs y treinta trabajadores más accionaron contra la empresa, con el patrocinio de la *National Association for the Advancement of Colored People*, invocando la violación al Título VII de la *Civil Rights Act*. Se trató de un caso de litigio estratégico tendiente a combatir la segregación racial.¹⁴ En 1971 la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos les dio la razón (“Griggs v Duke Power Co.”, 401 U.S. 424). Para hacerlo, el tribunal desarrolló la que luego se conoció como teoría del impacto adverso.

Luego de ese hito, el impacto adverso como tipo de discriminación se iría perfilando en la jurisprudencia del tribunal y en la legislación vigente, con etapas de avances y otras de retrocesos, o como las denomina Robert Belton (2014), de muerte y resurrección.¹⁵

Al poco tiempo esa perspectiva de la discriminación recibió acogida en Europa.¹⁶ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) recurrió a ella para solucionar otro tipo de problemas, el de la discriminación de género, en especial las diferencias en el salario y en el acceso a beneficios sociales.¹⁷ Con posterioridad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) la adoptó también, admitiendo que “podría considerarse como discriminatoria una política o una medida general que tuviera efectos perjudiciales desproporcionados para un grupo de personas, aunque no tratara específicamente ese grupo”.¹⁸ En paralelo, diversas normas recogieron la categoría en el contexto europeo, entre las que se destacan, a nivel supranacional, varias Directivas de la Unión Europea.¹⁹

¹⁴ Sobre la historia de este caso emblemático pueden consultarse Belton (2014), donde se relata la historia del caso desde su preparación hasta la sentencia. La información aportada es de primera fuente ya que el autor se desempeñó como abogado asistente de la NAACP y como letrado patrocinante de los actores del caso.

¹⁵ La progenie de Griggs es extensa y no está exenta de contradicciones. Por una descripción detallada de la evolución de esta línea jurisprudencial véase Belton (2014). El autor señala una serie de precedentes dictados por la Corte Suprema a fines de los 80 que constituyen lo que llama la “masacre de los derechos civiles” y, entre eso, la “muerte” de la teoría del impacto adverso. Luego, describe la etapa de “resurrección” de la misma, de la mano de la reforma a la *Civil Rights Act* de 1991.

¹⁶ Por una evolución de la discriminación indirecta por razón de género en la UE, véase Ballester (2017: 26-61).

¹⁷ Véanse, entre otros, “Sotgiu c. Deutsche Bundespost”, 12 de febrero de 1974; “Defrenne c. Sabena”, 8 de abril de 1976; “Jenkins c. Kingsgate”, 31 de Marzo de 1981; “O’Flynn c. Adjudication Officer”, 23 de mayo de 1996; “Cadman c. Health & Safety Executive”, 3 de octubre de 2006; “Elbal Moreno c. INSS y TGSS”, 22 de noviembre de 2012; “Cachaldora Fernández c. INSS y TGSS”, Gran Sala, 14 de abril de 2015; y “Plaza Bravo c. Servicio Público de Empleo Estatal” 17 de noviembre de 2015. Por un análisis crítico del estado actual de esa jurisprudencia del TJUE, en especial de los dos últimos fallos citados, véase Ballester Pastor, 2017: 48-56.

¹⁸ Véanse, entre otros, “Hugh Jordan v. the United Kingdom”, 4 de agosto de 2001, apartado 154; “Hoogendijk v. Netherlands”, 6 de enero de 2005, pág. 21; y “D. H. y otros v. República Checa”, Gran Sala, 13 de noviembre de 2007, apartados 175, 184 y 185.

¹⁹ Entre otras, las siguientes: 76/207 (artículo 2. 1); 79/7 (artículo 4. 1); 86/378 (artículo 5); 2000/43 (artículo 2); 2000/78 (artículo 2); 2002/73 (artículo 2, modificatoria de la 76/207); 2004/113 (artículos 2. b y 4. 1. b);

De vuelta por el continente americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) apeló a esa concepción de la discriminación por primera vez en el año 2012. Sostuvo que también se produce una violación del derecho a la igualdad y no discriminación “ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables”.²⁰ Importantes tribunales latinoamericanos, a su vez, han seguido esa línea.²¹

II. 3. La discriminación indirecta como objeto de este trabajo

Sin ánimo de realizar un análisis comparado del material jurídico referido al tema que nos ocupa, lo que intento mostrar con las anteriores referencias es que la clasificación entre discriminación directa e indirecta tiene actualmente una adhesión significativa en el campo del derecho americano y europeo.

Eso vuelve especialmente relevante, según entiendo, indagar sobre su faceta probatoria. Si bien parece haber cierto consenso en torno a las características definitorias de la discriminación indirecta, el abordaje de esa clase de conflictos desde la perspectiva probatoria no ha sido del todo satisfactorio.

Este trabajo indagará sobre dos aspectos de la problemática. Por un lado sobre las estrategias de distribución del riesgo probatorio en estos casos. Y por el otro sobre la función epistémica que puede cumplir la prueba estadística para realizar el juicio empírico que requiere el tipo de discriminación que nos ocupa.

2006/54 (artículos 2. 1. b y 5); 2010/41 (artículos 3. b y 4. 1).

²⁰ Conf. “Nadège Dorzema y otros Vs. República Dominicana”, 24 de octubre de 2012, Serie C No. 251, párrafos 234 y 235. Antes, la Corte Interamericana ya había dado unos primeros pasos en ese sentido, reconociendo, por un lado, una concepción positiva de la igualdad (conf. “Furlán y Familiares Vs. Argentina”, 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246, párrafo 267), y sosteniendo, por otro lado, el deber de los Estados de abstenerse de producir regulaciones que tengan efectos discriminatorios (conf. “Caso de las Niñas Yean y Bosico”, 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párrafo 141).

²¹ Mencionaré algunas sentencias a modo ilustrativo, organizándolas según su país de origen. México (Suprema Corte de Justicia, Tesis de jurisprudencia 100/2017 (10a.), Primera Sala, 15 de noviembre de 2017); Colombia (Corte Constitucional, Sentencia T-810/11, 27 de octubre de 2011); Ecuador (Corte Constitucional, sentencia 292-16-SEP-CC, 7 de septiembre de 2016, pág. 22); Bolivia (Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Segunda, sentencia 173/2014, 20 de enero de 2014, punto III.3.1.); Perú (Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 05652-2007-PA/TC, 6 de noviembre de 2008, párr. 45, y Sala Primera, sentencia 2317-2010-AA/TC, 3 de septiembre de 2010, párr. 31); Argentina (Corte Suprema de Justicia, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta”, 12 de diciembre de 2017, consid. 18-23).

III.

LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO PROBATORIO EN LOS CASOS DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

III. 1. Dificultades probatorias y distribución del riesgo

En los casos de discriminación suelen presentarse dificultades probatorias, generalmente relacionadas con las características de los hechos a probar y con la disponibilidad de los medios de prueba.²² Probablemente los únicos casos de discriminación que están exentos de esas dificultades sean aquellos en los cuales se impugnan distinciones expresamente consignadas en las normas, lo que hace que la actividad probatoria, de ser necesaria, se concentre únicamente en el análisis de la razonabilidad de las mismas.

En los casos de discriminación indirecta las dificultades probatorias adoptan perfiles particulares, se profundizan. Dentro de las dificultades relativas a los hechos a probar, son identificables dos clases de obstáculos. Uno, conceptual, que se ha insinuado desde el comienzo, relacionado con la determinación del tipo de hechos que configuran una supuesto de discriminación indirecta.²³ El segundo obstáculo tiene que ver con el carácter complejo de los hechos generalmente asociados a la discriminación indirecta (una vez determinados).²⁴

A la par de esas dificultades relacionadas con los hechos a probar también existen otras relacionadas con los medios de prueba capaces de acreditarlos. Y no son menores. Como apunta Ronald Allen (2016: 30), la búsqueda de la verdad sólo puede ocurrir si hay fácil acceso a las pruebas, algo que los sistemas continentales han tendido a descuidar. Si la estadística, como veremos, es el medio más importante, aunque no el único, en la faz probatoria de los casos de discriminación indirecta, cuadra atender a las dificultades para producir y disponer de ese tipo de pruebas.²⁵

²² Por una caracterización de la noción de “dificultades probatorias” y sus distintos supuestos, véase Hunter (2015: 212-23). Aquí sigo el esquema de dificultades presentado en esa obra.

²³ En aquellos contextos donde no exista una determinación lo suficientemente precisa del *thema probandum*, tanto la actividad postulatoria como la probatoria se tenderán a desarrollar bajo un manto de incertidumbre si el caso que quiera postularse no está lo suficientemente abordado jurisprudencialmente.

²⁴ Se ha denominado así a aquellos hechos que están compuestos por distintas partes (o eventos) y/o se extienden en el tiempo, desafiando la representación tradicional de la noción de hecho como evento simple, concreto y precisamente situado en determinadas coordenadas espacio-temporales (Taruffo, 2011: 143-148). Asimismo, se ha dicho que revisten ese carácter, según su dimensión subjetiva, aquellos hechos que se extienden más allá de las partes procesales, afectando a un colectivo de personas (Taruffo, 2011: 149-158).

²⁵ La producción del conocimiento estadístico, por el despliegue técnico, económico y humano que requiere, se trata de un conocimiento que no todas las personas están en condiciones de producir y que cuando hubiese sido producido generalmente estará en manos de los sujetos demandados en un caso por discriminación, sean el Estado o particulares. Ese diagnóstico, de ser correcto, permite advertir sobre la probabilidad de que se presenten problemas de disponibilidad de la prueba estadística, perjudicando la posición inicial de los eventuales demandantes. El grado de importancia de este problema es relativo y depende, por un lado, del conjunto de

Las dificultades probatorias que presentan los casos de discriminación indirecta justifican colocar la atención sobre las reglas procesales que, en palabras de Jordi Ferrer Beltrán, se encargan de distribuir el riesgo probatorio entre las partes: las que fijan cómo se asigna la carga de la prueba, las que introducen presunciones y las que establecen el estándar para considerar corroborados los hechos en el proceso. Si bien pueden ser distinguibles por su objeto y su estructura lógica (afirmación que algunos autores estarían dispuestos a relativizar), tiene sentido observarlas como un sistema puesto que, como sostiene Ferrer, la interacción entre ellas es lo que define el modo en que un ordenamiento procesal gestiona el riesgo probatorio; se trata, afirma, de tres preguntas que se tienen que hacer en conjunto: quién tiene la carga de probar, cuál es el hecho a probar y cuál es el estándar aplicable.

Frente a aquellas dificultades, se ha considerado que una aplicación genérica de las reglas de distribución de la carga de la prueba, según la cual la actora tiene la carga de aportar prueba sobre los hechos en que funda su pretensión hasta alcanzar el grado de conocimiento suficiente, junto con un mantenimiento del estándar de prueba aplicado para el conocimiento de fondo en los casos civiles, podría generar efectos disvaliosos para el acceso a la justicia, desincentivando a las personas litigar por estos temas cuando no pudieran acceder al acervo probatorio necesario para alcanzar aquel objetivo y, relacionado con lo anterior, promoviendo la impunidad de las conductas violatorias del principio de igualdad y de no discriminación.

Para afrontar esa problemática y paliar sus potenciales efectos negativos se ha recurrido dentro del derecho probatorio a distintas estrategias para distribuir el riesgo de la prueba, incidiendo sobre las reglas que lo configuran. Estas son: (a) la transferencia de la carga de la prueba; (b) la introducción de presunciones legales; y (c) la disminución del estándar de prueba.²⁶ Esos tres tipos de reglas, vale marcarlo, operan fundamentalmente en el último momento de la actividad probatoria, el de la adopción de la decisión sobre los hechos probados, pero también pueden actuar, si estuvieran lo suficientemente claras, como incentivos sobre la actividad probatoria desarrollada por las partes en la etapa de conformación del conjunto de elementos de juicio.²⁷

Me detendré brevemente a describir cada una de las estrategias señaladas.

herramientas que un ordenamiento dado les brinde a las personas para acceder a la información relevante antes del juicio; y, por otro lado, de los incentivos que las reglas probatorias generen para que la parte que disponga de la información estadística la aporte -o no- al proceso.

²⁶ Sigo en este punto las alternativas identificadas por Ormazabal (2011: 61-63) para la distribución del riesgo probatorio en casos de discriminación.

²⁷ Aquí me apoyo en la clasificación tripartita de los momentos de la actividad probatoria propuesta por Jordi Ferrer Beltrán (2007: 41): (1) la conformación del conjunto de elementos de juicio o prueba; (2) la valoración de la prueba; y (3) la decisión sobre los hechos probados.

III. 1. a. Transferencia de la carga de la prueba. Recurrir a esta estrategia consiste en establecer que, si al momento de decidir sobre los hechos no se hubiera alcanzado el grado de certeza necesario para dar por probados los hechos constitutivos de la pretensión, esa incerteza perjudicará al demandado: el juzgador -de todos modos- deberá considerarlos probados. Como se ve, implica trasladar la carga de la prueba a la parte demandada, que para evitar que se tengan por ciertos los hechos en que se apoya la actora deberá aportar los elementos de prueba que demuestren lo contrario: que es falso que hayan sucedido.²⁸

Las reglas de distribución de la carga de la prueba inciden fuertemente sobre la actividad probatoria de las partes generando incentivos sobre su actividad probatoria, para que produzcan pruebas u omitan hacerlo. La respuesta sobre quién pierde si no hay prueba suficiente, además de definir el sentido en que los jueces deben fallar en esos supuestos, les indica a las partes cuál es la que está interesada en aportar evidencia en un caso (pues de no hacerlo podría perder) y cuál, en principio, no lo estaría.²⁹

La estrategia ha sido utilizada como solución a los problemas de dificultades probatorias en las cuales los medios de prueba se encontraran disponibles para la parte demandada pero no para la actora. Su aplicación supone una sanción hacia la parte que retacea información y un incentivo para que en esas circunstancias quienes poseen elementos de prueba relevantes los aporten al proceso.

Sin embargo, se ha señalado que ese mismo incentivo puede lograrse con otro tipo de reglas menos gravosas, que sin modificar el criterio de asignación de la carga de la prueba le asignen a la parte que no la tiene el deber de producir evidencias (también llamado deber de colaboración) ante ciertas circunstancias, generalmente cuando las mismas estuvieran en su poder (v. g. una historia clínica en poder de la clínica demandada). Bajo esta estrategia la falta de prueba de los hechos alegados por la parte actora la perjudican a ella. Pero, si esos hechos pudieran probarse con la evidencia que la demandada tenía el deber de producir y no produjo, los ordenamientos procesales pueden disponer distintas sanciones, con distintos grados de severidad: tener por probados esos hechos, considerar la conducta de la demandada un indicio

²⁸ Tanto aquí como en los párrafos que siguen me referiré al *deber* de las partes de cumplir con las reglas de distribución del riesgo probatorio utilizando ese vocablo como una norma técnica y no como una prescripción en sentido estricto. (En el ejemplo que origina la nota: la demandada *debe* aportar elementos de prueba, *si no quiere* que sean considerados verdaderos los hechos alegados por la parte actora.)

²⁹ Digo que en principio no lo estaría porque, más allá de cómo se defina la distribución de la carga de la prueba, mirada la cuestión desde una perspectiva táctica puede decirse que ambas partes están interesadas en aportar los elementos de convicción que beneficien su posición. Esa es la conducta diligente que se espera aún de la parte que no tiene la carga de la prueba, ya que de disponer y aportar evidencias que apoyen su postura estará disminuyendo el riesgo de que la actividad probatoria de su contraparte logre superar el umbral probatorio y ungir como verdadera su hipótesis de los hechos.

de la veracidad de los mismos, aplicarle a la demandada una multa procesal, etcétera. Se trata de una estrategia que atempera las gravosas consecuencias de la simple distribución de la carga de la prueba y, de acuerdo a cómo sea regulada, podría cumplir sus mismos objetivos.³⁰

III. 1. b. Introducción de presunciones legales. Otra estrategia posible es considerar probado un hecho por mandato normativo cuando se hubiera probado en el proceso otro hecho distinto, llamado comúnmente hecho base. Las presunciones legales no proporcionan elementos de prueba sino que dispensan de probar el hecho presunto al darlo por cierto (Gascón, 2010: 123). El esquema sería así: probado H1, debe tenerse por probado H2. Ambos hechos, el que actúa de base (H1) y el presunto (H2), están conectados por la fuerza de la ley.³¹ A nivel probatorio, la existencia de una norma estableciendo una presunción tiene dos efectos: modifica el hecho a probar por la parte actora, en vez de probar el H2 con la presunción le basta con probar el H1; y -cuando admiten prueba en contrario- traslada la carga de la prueba al demandado, que tiene que probar la no concurrencia del H2 o, antes de eso, del H1 evitando que se constituya la ligazón jurídica entre ese y el presunto. Cuando las presunciones no admiten prueba en contrario, es decir que son *iure et de iure*, el vínculo entre ambos hechos se convierte en imperativo para el juez, con independencia de la actividad probatoria de las partes.³²

III. 1. c. Disminución del estándar probatorio. La disminución del estándar probatorio no modifica el hecho a probar, como en la estrategia anterior, pero hace que el mismo pueda ser considerado probado con un menor grado de corroboración. Las dos estrategias anteriores suponen la existencia de un estándar que les indique qué grado de corroboración necesita tener una hipótesis fáctica para ser considerada probada. La determinación del estándar probatorio, para cada materia o instancia procesal, es consecuencia, explica Ferrer (2007: 142), de una valoración acerca de los errores que se considera admisible que los tribunales cometan al fijar los hechos probados en el contexto procesal. Permite distribuir los errores judiciales puesto que, se supone, mientras más exigente resulte el estándar tenderá a aumentar la probabilidad de cometer falsos negativos y mientras menos lo sea tenderá a aumentar la probabilidad de cometer falsos positivos. No disminuye el riesgo de error sino que lo distribuye entre las partes.

³⁰ Por una descripción de las características del deber de colaboración y su comparación con la llamada carga dinámica de la prueba, véase, entre otros, Giannini, 2010.

³¹ Al regular presunciones de este tipo se supone que el legislador se guía por generalizaciones que le indican que muchas veces en que se da el hecho base también se da el hecho presunto (Gascón, 2010: 127).

³² Por todo, véase Gascón, 2010: 123-135, y sus citas.

III. 2. Los criterios adoptados en los ámbitos norteamericano y europeo para la distribución del riesgo probatorio en los casos de discriminación indirecta

Tanto en el derecho estadounidense como en el europeo la cuestión de la distribución del riesgo probatorio en los casos de discriminación ha sido largamente abordada y parece estar resuelta o, al menos, parece haber cierto consenso sobre las reglas aplicables. Describiré brevemente el modo en que esas reglas han sido enunciadas para luego como base y presentar una propuesta de distribución del riesgo probatorio con perspectiva de sistema.

En el año 1973 la Corte Suprema de los Estados Unidos de América estableció una regla de distribución del riesgo probatorio para los casos de discriminación. Según ella, la parte actora tiene la carga inicial de acreditar un *prima face case of discrimination*. Luego, la carga se traslada a la parte demandada, que tiene que acreditar una legítima y no discriminatoria justificación de su conducta.³³ La reforma a la *Civil Rights Act* de 1991, por su parte, codificó la teoría del impacto adverso en materia de discriminación en el ámbito laboral, introduciendo preceptos relativos a la carga de la prueba.³⁴ Dispuso, básicamente, que la parte actora tiene la carga de probar que una práctica laboral produce un impacto adverso sobre la base de la raza, el color, la religión, el sexo o el origen nacional de las personas. Dado eso, la parte demandada deberá demostrar que el criterio o práctica impugnada está justificada, es decir se relaciona con el trabajo requerido para el puesto en cuestión y con la necesidad del negocio. Como tercera etapa, la actora podrá demostrar que existe una medida alternativa con un menor impacto discriminatorio que la impugnada. Si, dado lo anterior, el demandado se niega a adoptarla, la práctica impugnada será considerada discriminatoria.³⁵

En Europa numerosas Directivas de la Unión Europea se encargan de fijar pautas al respecto.³⁶ Coinciden en establecer la siguiente regla, aplicable a las discriminaciones directa e indirecta: (1) el demandante tiene la carga de probar los hechos que permitan presumir la existencia de discriminación; dado eso, (2) el demandado pasa a tener la carga de probar que no ha habido vulneración al principio de igualdad de trato. El TJUE ha dicho, en casos de discriminación indirecta de índole retributiva, que ante una diferencia estadística desfavorable

³³ Véase "Mc Donnell Douglas Corp. vs. Green", 1973 (411 US 792), y su progenie. Sobre el desarrollo de este estándar y la progresiva "erosión de su poder" en la jurisprudencia de EUA, ver Sperino (2013). Por un análisis de esa jurisprudencia aplicada a los casos que nos ocupan puede consultarse Belton (2014: Cap. 13).

³⁴ Según la propia norma, su objetivo era "amend the Civil Rights Act of 1964 to strengthen and improve Federal civil rights laws", y en especial "confirm statutory authority and provide statutory guidelines for the adjudication of disparate impact suits under title VII of the Civil Rights Act of 1964." (Sec. 3. 3.) Por las reglas de la carga de la prueba en los casos de *disparate impact*, véase la Sec. 703 (k) (1) (A).

³⁵ Sobre el funcionamiento de esas etapas y la función de la prueba estadística en cada una, véase Tobía (2017).

³⁶ Por ejemplo: la 2000/43 sobre discriminación racial (art. 8); la 2000/78 sobre igualdad de trato en el empleo (art. 10); la 2004/113 sobre la igualdad de género en el acceso a bienes y servicios (art. 9); la 2006/54 sobre igualdad de género en asuntos de empleo y ocupación (art. 19).

para las actividades desempeñadas mayoritariamente por mujeres es la otra parte quien debía probar la justificación de la diferencia.³⁷ El TEDH, por su parte, ha sostenido que "cuando un demandante ha establecido la existencia de una diferencia de trato, corresponde al Gobierno demostrar que esta diferencia de trato estaba justificada."³⁸

Hay diferentes interpretaciones acerca de cuál es el significado de reglas como las enunciadas. En particular, sobre qué clase de reglas se trata y qué consecuencias tienen sobre la distribución del riesgo probatorio. Hay quienes dicen, respecto a la última regla, que no aporta nada distinto al razonamiento habitual en materia probatoria: la parte actora debe demostrar los hechos que apoyan su pretensión y la demandada aquellos que actúen como justificación de esos hechos. La posibilidad de que esos hechos se tengan por probados a través de un razonamiento presuntivo, nutrido de indicios, pertenece al abanico de herramientas epistémicas para conocer sobre los hechos a la que los tribunales suelen recurrir sin necesidad de una habilitación legal expresa.

Otras posturas sostienen, por ejemplo, que se trata de una combinación entre estrategias de distribución del riesgo probatorio: se baja el estándar de prueba para tener por probado un hecho (la existencia de discriminación) y eso genera la transferencia de la carga de la prueba a la demandada.³⁹ Para sostener eso, sin embargo, debe asumirse que aceptar razonamientos presuntivos (como en su texto hacen las normas mencionadas) implica necesariamente rebajar el grado de corroboración requerido para tener por probada una hipótesis, lo cual ha sido fuertemente cuestionado desde el punto de vista epistemológico.⁴⁰

III. 3. Propuestas para la distribución del riesgo probatorio en los casos de discriminación indirecta

Esos desacuerdos interpretativos, además de un problema para los operadores de justicia, son también indicadores de la necesidad de establecer reglas más claras sobre la distribución del riesgo probatorio en los casos de discriminación indirecta. Aquí presentaré los rudimentos de una propuesta de distribución, planteada desde una perspectiva de sistema que intenta contemplar todas las reglas que influyen en la gestión del riesgo probatorio y la estructura de incentivos que éstas establecen sobre la actividad probatoria de las partes.

³⁷ Véanse "Handels", 17 de octubre de 1989, (apartados 10 a16); "Enderby", 27 de octubre de 1993, (apartados 14 a 19); y "Royal Copenhagen", 31 de mayo de 1995, (apartado 24); citados en Ballester (2017: 72-73).

³⁸ Conf. "D. H. y otros v. República Checa", 2007, Gran Sala, párrafo 177.

³⁹ Sobre opción interpretativa véase Ormazabal, 2011: 85.

⁴⁰ En contra de esa asunción, véase Gascón (2010: 88 y ss.) y Haack (2008: 253 y ss.). Esta última autora, incluso, ha sostenido reiteradamente la idea de que, bajo ciertas condiciones, un conjunto de evidencias es capaz de justificar una conclusión a un grado más alto que lo que cualquiera de sus componentes por sí solos alcanzaría, lo cual -interpreto- puede extenderse a la conjunción de indicios en un razonamiento presuntivo.

Lo primero que necesita justificar una propuesta de este tipo es por qué las consecuencias de las dificultades probatorias del impacto adverso son un problema que los ordenamientos procesales deberían atender, apartándose de la configuración genérica de las reglas de distribución del riesgo probatorio.

Un primer motivo para tomar esa decisión tiene que ver con los objetivos del proceso en torno al conocimiento de los hechos. Si aceptamos que el proceso busca, aunque con ciertas limitaciones institucionales, alcanzar la verdad de los hechos sobre los que los jueces decidirán,⁴¹ entonces la corroboración de dificultades probatorias en ciertos casos nos debe llevar, cuanto menos, a despertar alarmas: mientras más dificultosa resulte la prueba de los hechos es probable que menor sea la calidad del conocimiento que se vaya a generar sobre ellos en el proceso, siempre que no se tomen cartas en el asunto.

Un segundo motivo, íntimamente ligado al anterior, tiene que ver con los objetivos institucionales del sistema de justicia. Si partimos de sostener que la garantía del principio de igualdad y no discriminación es de primer orden para nuestras organizaciones estatales, y por lo menos así lo reflejan los compromisos internacionales adoptados en torno a ello, de nuevo las dificultades probatorias deberían encender las alarmas: mientras menor sea la calidad del conocimiento adquirido sobre los hechos discriminatorios menor será la probabilidad de obtener sentencias que ordenen su cese, siempre que no se tomen cartas en el asunto.

Para evitar esas consecuencias disvaliosas entiendo que es imprescindible adoptar una mirada de sistema sobre los mecanismos de acceso a la evidencia y sobre las reglas de distribución del riesgo probatorio.

III. 3. a. Acceso a la evidencia. Los sistemas probatorios de los países tributarios del *civil law* -a diferencia de del *common law*- no suelen prever etapas de preparación del juicio en las cuales las partes puedan acceder a la información relevante que no tuvieran hasta el momento, en especial de la que está en poder de la otra parte (Taruffo, 2008: 117-118). Ante la falta de esos mecanismos, las dificultades probatorias tienden a trasladarse al seno del proceso, y eso desincentiva el litigio cuando no existen perspectivas de superarlas.⁴² Para evitar esas consecuencias, y disminuir en la puerta de acceso al proceso la brecha de poder entre la parte que tiene un acceso irrestricto a toda la evidencia y aquella que depende de la

⁴¹ Por una justificación de esta posición sobre el objeto del conocimiento de los hechos en el contexto procesal, véanse Taruffo (2011: Capítulo I), Ferrer (2007: 29-32), y sus citas.

⁴² Los problemas de asimetría de información, apunta Stordeur (2011: 380-383), suelen tener incidencia negativa en la propensión a litigar. Eso se da fundamentalmente cuando las partes no tienen incentivos para mostrar toda la información privada, sino sólo aquella que desalienta a la contraparte.

primera para acceder a los elementos de prueba, sería importante plantear la creación de mecanismos que permitan superar ese escollo.⁴³

III. 3. b. La conformación del conjunto de evidencias. Abierto el proceso judicial y definido el *thema probandum* nos introducimos en la etapa de producción de la prueba. Y allí nos encontramos con un factor relevante para alcanzar la verdad de los hechos: los incentivos sobre la actividad probatoria de las partes. Como se dijo antes, las reglas que definen la distribución del riesgo probatorio (cargas, presunciones y estándar) también establecen un esquema de incentivos sobre las partes y su actividad probatoria. Si lo que se busca es la verdad de los hechos, entiendo que el sistema tiene que incentivar a las partes a que aporten toda la evidencia que tengan disponible, prescindiendo de adoptar como posición procesal la mera negación de los hechos alegados por la parte actora. Para eso, y sobre la base de las consideraciones realizadas antes, sería adecuado establecer deberes de colaboración sobre las partes que dispongan de los medios de prueba pertinentes para conocer los hechos en disputa, con la sanción -en caso de no hacerlo- de considerar su conducta como un indicio de la veracidad de los hechos alegados por su contraparte que podrían esclarecerse con su colaboración. Si el sistema probatorio careciera de buenos mecanismos de acceso a la evidencia, esa sanción podría agravarse con una presunción legal.

III. 3. c. Decisión sobre los hechos probados: carga de la prueba, presunciones y estándar probatorio. Clausurada la etapa de producción de pruebas se da paso a la etapa de la decisión sobre los hechos probados. Las reglas para adoptar esa decisión son las que determinan la distribución del riesgo probatorio en un ordenamiento procesal dado.

Como se explicó antes hay por lo menos tres tipos de estrategias que se pueden implementar para incidir en esa distribución. Pero dado que están ligadas entre sí, lo mejor es pensarlas en conjunto. Lo imprescindible al momento de fijar estas reglas es que quede claro para las partes qué debe probar cada una y cuándo habrán cumplido con esa carga.

Dejando de lado la dificultad propia de la determinación conceptual del tipo de discriminación que nos ocupa, aun cuando las partes tengan perfectamente en claro qué hechos deben probar, pueden presentarse problemas derivados de la dificultad probatoria de esos hechos. Su carácter complejo y los problemas de disponibilidad que suele tener el conocimiento estadístico, hacen que la aplicación de las reglas genéricas de distribución del

⁴³ Pienso, por ejemplo, en acciones autónomas con el objeto de acceder a la información pública, que obliguen al Estado brindarla con amplitud. Ya en el seno del proceso, es valiosa la regulación del *discovery* en el ordenamiento procesal estadounidense, dentro de la etapa denominada *pre-trial* (sobre el funcionamiento de ese mecanismo y su comparación con los sistemas procesales continentales, véase Taruffo, 2008: 117-8). Sobre la función de dicha herramienta y su relación con la carga de la prueba, véase Allen (2014: 202-203).

riesgo probatorio tienda, a menos en plano de hipótesis, a colocar ese riesgo en cabeza de la parte actora. Claro que si el sistema probatorio se hubiera beneficiado de mecanismos eficientes de acceso a la evidencia y de reglas que lleven a ambas partes a aportar al proceso todas las evidencias de que dispongan sobre los hechos debatidos, el riesgo de cometer errores (de cualquier tipo) al resolver sobre los hechos tenderá a ser reducido. Pero bien puede pasar que aun implementando esos mecanismos y reglas el proceso no logre el acervo probatorio suficiente para avalar una hipótesis fáctica según el grado de conocimiento requerido al efecto. Si así sucediera, tenemos que decidir quién pierde y por qué. Y para eso necesitamos definir con precisión sobre qué hechos recae la carga de la prueba de cada parte y cuál es el estándar aplicable para determinar cuándo la han cumplido. Para completar esa empresa es preciso volver sobre los componentes fácticos de la discriminación indirecta corrientemente aceptados: (1) tiene que haber una decisión aparentemente neutra que, comparativamente, tenga efectos perjudiciales y desproporcionados sobre grupo vulnerable; (2) y se tiene que dar el hecho de que no tenga una justificación objetiva y razonable.

También está corrientemente aceptado que respecto del hecho (1) tiene la carga de la prueba la parte actora, es decir la que sostiene que existe un impacto adverso, y respecto del hecho (2) tiene la carga de la prueba la parte demandada, la que suponiendo probado ese hecho (o como defensa subsidiaria) puede pretender que se encuentra justificado. Además de su aceptación, es una distribución que tiene sentido: hacer cargar a la parte actora con la prueba de ambos hechos condenaría a muerte a este tipo de casos. Si bien ya es difícil cumplir con la prueba del hecho (1), el hecho (2) tenderá a estar completamente afuera del radio de alcance de la parte actora, ya que se trata de la relación entre la medida y las metas adoptadas por quien las impulsa (algo que bien podría no haber sido exteriorizado).

Una vez aclarada la distribución de la carga de la prueba, tenemos que ocuparnos del estándar. Es decir el grado de corroboración que el ordenamiento procesal exige para que un hecho sea tenido por probado. En los procesos civiles se aplica el estándar de la prueba prevaleciente, según el cual se considerará probado un hecho cuando sea más probable que su negación. La formulación de estándares de esa manera ha recibido fuertes críticas que los indican como significantes vacíos: sostienen que esos enunciados no aportan ningún elemento que especifique cuándo se puede decir que el acaecimiento de un hecho es más probable que su negación. Se podría responder a eso que no es tanto un problema del enunciado sino del desarrollo de la propia noción de probabilidad lógica.

Más allá de esos debates, suele indicarse que aquel estándar de prueba, el del proceso civil, se establece cuando no hay fundamentos para distribuir el riesgo probatorio con mayor peso sobre una parte que sobre la otra, como sí los habría en el proceso penal.

Entiendo que para los casos de discriminación indirecta esa afirmación puede sostenerse siempre y cuando se rodee el proceso de herramientas para el acceso a la evidencia y de incentivos sobre la parte demandada para que aporte los elementos de prueba que estén a su disposición, en especial cuando se trate de pruebas estadísticas. En los contextos procesales donde esos reaseguros no existieran, hay buenos argumentos para modificar esa afirmación. Al no tener mecanismos de acceso ni contar con las evidencias en poder de la demandada, la parte actora en estos casos se encontrará probablemente en una situación procesal sustancialmente asimétrica con relación a la de su contraparte. Y, de no tomarse otras medidas, es previsible que esa asimetría se traslade al seno del proceso impidiéndole lograr un reconocimiento de su derecho a la no discriminación.

Ahora bien, ¿eso es suficiente para cargar con el riesgo de error a la parte demandada? Pues esa respuesta la tienen que dar las autoridades que están constitucionalmente empoderadas para definir qué valores se tutelan y cuáles no en una sociedad. A nivel personal entiendo que dado el grado de compromiso que tienen nuestros Estados con la protección de la igualdad, aplicar un estándar que -por las características del contexto procesal- se sepa de muy dificultoso cumplimiento supone la negación por parte de los tribunales, uno de los poderes estatales, de las condiciones de vigencia de aquel principio.

Una manera de disminuir el estándar probatorio y descomprimir las consecuencias de la falta de acceso a la evidencia y de incentivos sobre la parte demandada sería sostener la siguiente regla:

- La parte actora tiene la carga de probar que (1) tiene una probabilidad similar a la de su negación;
- La parte demandada tiene la carga de probar que no (1) es más probable que su afirmación o que (2) es más probable que su afirmación.

Ese estándar así enunciado, si bien no resuelve el problema propio de todo estándar respecto a su determinación, puede actuar como un aliciente en aquellos supuestos en que pese a los obstáculos probatorios depositados sobre la parte actora se llegue a sustentar una hipótesis con un grado de corroboración similar a hipótesis contrarias, aunque sin superarlas.

IV.

LA PRUEBA ESTADÍSTICA EN LOS CASOS DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

IV. 1. Discriminación indirecta y prueba estadística

En el apartado anterior nos detuvimos a mostrar la relación entre las dificultades probatorias propias de los casos de discriminación indirecta y las reglas de distribución del riesgo probatorio que operan en la etapa de decisión sobre los hechos probados. En este apartado volveremos atrás una etapa y nos detendremos en la etapa de valoración del acervo probatorio, es decir en el momento en que el razonamiento está gobernado sólo por las reglas de la racionalidad epistémica.

Para tener por probada una hipótesis de discriminación indirecta, como vimos, resultará necesario conocer los efectos que produce cierta decisión (normas, políticas o prácticas) sobre cierto colectivo de personas. Ese impacto, además, está calificado: tiene que ser desproporcionado (o producir una desventaja particular) en comparación con el que recae sobre otros grupos y no estar objetivamente justificado.

Las ciencias sociales trabajan habitualmente con esa clase de información. Se suele investigar, por ejemplo, los efectos de determinada política (como las transferencias de ingresos condicionadas a personas en condición de vulnerabilidad) sobre ciertas variables relevantes (como la seguridad alimentaria y la educación) o los impactos que podría causar determinada medida económica (como la apertura de las importaciones) sobre ciertas economías (como la producción local de determinados bienes). Y para lograr su cometido los científicos sociales suelen nutrirse del conocimiento generado en el campo de la estadística.

En los tribunales, sin embargo, no es para nada frecuente trabajar con ese tipo de información. Si bien los métodos empíricos cumplen desde hace tiempo una función dirimente en muchas decisiones judiciales, no así aquellos métodos destinados a conocer los efectos sociales de ciertas decisiones.⁴⁴ Generalmente reservado al campo de la política, de un tiempo a esta parte ese conocimiento ha pasado a ser jurídicamente relevante para resolver los casos de discriminación indirecta. De ese modo, importantes tribunales han destacado la función de las estadísticas como medios de prueba relevantes y eventualmente suficientes para tener por corroboradas las hipótesis correspondientes a aquel tipo de discriminación, siempre que la información vertida por ellas resulte válida y significativa.⁴⁵

⁴⁴ Sobre la prueba de los hechos en el proceso judicial y la función de los métodos empíricos, en general, véase la obra de Zeisel y Kaye (1997), *Prove it with figures. Empirical methods in law and litigation*.

⁴⁵ Sobre la última afirmación véanse, por ejemplo, TEDH, "D. H. y otros" (consid. 187) y TJUE, "Regina y Secretary of State for Employment" (consid. 62), de 9 de febrero de 1999.

En este apartado buscaré identificar qué función puede cumplir la estadística para realizar el juicio empírico que requiere ese tipo de discriminación, es decir determinar si existe un impacto desproporcionado sobre cierto grupo social, en comparación con otros, causado por ciertas decisiones. Además del juicio empírico, veremos que para tener por probada una hipótesis de discriminación indirecta es necesario que el juez realice ciertos juicios valorativos; a ellos me referiré sólo tangencialmente, para mostrar hasta qué punto el conocimiento estadístico puede servirles.

IV. 2. Precisiones sobre los presupuestos fácticos de la discriminación indirecta

Desde el punto de vista probatorio la discriminación indirecta es un hecho complejo cuyo enunciado fáctico está compuesto por varias proposiciones interrelacionadas. Para especificar cuál puede ser la función del conocimiento estadístico en la corroboración de una hipótesis de ese tipo es preciso comenzar desmenuzando analíticamente aquel enunciado.

El supuesto de hecho está integrado por los siguientes elementos: (a) una norma, política o práctica aparentemente neutra; (b) que produce un impacto adverso o perjudicial; (c) sobre un grupo vulnerable; (d) en comparación con el producido a otros en similares circunstancias; (e) que resulta desproporcionado y no justificado.⁴⁶ Veamos en qué consisten.

IV. 2. a. Una norma, política o práctica aparentemente neutra. La medida o situación impugnada puede ser una norma, una política o una práctica, que en su enunciación aparezca neutra, es decir que no distinga a los grupos afectados (expresa o implícitamente) por sus características propias. Si así lo hiciera, se trataría de una discriminación directa.

Cuando se trata de una norma no hay mayores problemas de identificación. Sí surgen problemas cuando se trata de una política o una práctica, en especial cuando ambas están conformadas por más de una conducta o por omisiones. En esos supuestos la dificultad radica en identificar a un conjunto de conductas u omisiones como una misma entidad objeto de reproche. Y eso remite al problema general sobre cómo se identifican las acciones.⁴⁷

Si bien el conocimiento estadístico puede resultar relevante para la solución de ese problema (permitiría probar, por caso, la existencia de una práctica generalizada), no resulta suficiente. Para lograrlo es necesaria una operación de imputación mediante la cual la autoridad judicial le adscriba una misma entidad a ese conjunto de acciones u omisiones para

⁴⁶ Para los fines de este trabajo se presentan los componentes fácticos de la discriminación indirecta de un modo simplificado, omitiendo ciertos matices en los términos utilizados para describirlos por las distintas fuentes. Cuando alguna diferencia pudiera resultar relevante desde la perspectiva probatoria, eso será señalado.

⁴⁷ Sobre el problema de la identificación de la acción puede consultarse González Lagier (2005, 2013).

ser analizadas como tal en el caso en concreto que le toque decidir.⁴⁸ El problema tiene especial incidencia cuando se acciona a través de procesos colectivos y se tiene que demostrar, como requisito de admisibilidad de la acción, que todo el grupo representado está perjudicado por cuestiones comunes.⁴⁹

IV. 2. b. Que produce un impacto adverso o perjudicial. Todo esto no tendría sentido si no existiese un agravio invocable ante un tribunal. En este caso se trata del perjuicio que una medida neutra provoca sobre un determinado grupo de personas, por caso impidiéndole acceder algún derecho o beneficio concedido a otras en iguales circunstancias. Se requiere que la medida impugnada sea la que produzca o cause el efecto perjudicial evidenciado. Eso no es menor desde la perspectiva probatoria, básicamente porque no es lo mismo probar que luego de la adopción de una medida se produjo determinado efecto a probar que la medida en cuestión es la que produjo ese efecto.⁵⁰ Puede que esa consecución temporal sea sólo fortuita, y esa posibilidad debe ser descartada si se quiere calificar a un evento como la causa del otro.

El conocimiento estadístico resulta un elemento probatorio de singular relevancia para la comprobación de la producción de un impacto adverso. Es, como se dijo, la técnica utilizada por las ciencias sociales para hacerse de esa clase de información sobre la realidad social. Dependiendo de la proposición que avale, la estadística puede actuar como una prueba directa,⁵¹ entendiendo por tal aquella que versa directamente sobre el hecho principal que se pretende probar (Gascón, 2010: 82).⁵²

⁴⁸ En este sentido, dice la *Civil Rights Act* (ref. 1991): “if the complaining party can demonstrate to the court that the elements of a respondent's decisionmaking process are not capable of separation for analysis, the decisionmaking process may be analyzed as one employment practice.” (Sec. 703 (B) (i).)

⁴⁹ Sobre este punto es interesante la sentencia “Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes” (131 US 2541) dictada en 2011 por la Suprema Corte de los Estados Unidos. En ella se revocó la certificación de una acción de clase por la falta de acreditación de cuestiones comunes en el colectivo que en esa causa buscaba ser representado: las mujeres que eran o habían sido empleadas de la cadena demandada (cerca de 1.5 millones), perjudicadas por el sesgo discriminatorio de las políticas de recursos humanos (ascensos, salarios, etc.) adoptadas por los gerentes de sus dependencias. Afirmaban las demandantes que la negativa de Wal-Mart a reglamentar las atribuciones de los gerentes en esas políticas contribuye a un tratamiento dispar entre hombre y mujeres. Con voto del juez Scalia el tribunal revocó la certificación de la acción al entender, en síntesis, que frente a millones de decisiones individuales no se podía considerar acreditado que existiese un criterio común. Miao & Gastwirth (2016) realizan un comentario sobre los problemas estadísticos del caso y una propuesta de solución alternativa.

⁵⁰ En este sentido, véase Gastwirth, 1997: 290-291 y sus citas, donde explica que la Corte Suprema estadounidense suele usar el lenguaje de la causación para describir la carga de los demandantes en estos casos.

⁵¹ En este sentido, véase, entre otros, Lamber, et. al., 1983: 584 y Browne, 1993: 479. En la jurisprudencia de la Corte Suprema de EUA: voto del juez Blackmun en “Watson v. Fort Worth Bank & Trust”, No. 86-6139 (“The prima facie case of disparate impact established by a showing of a significant statistical disparity is notably different. Unlike a claim of intentional discrimination, which the McDonnell Douglas factors establish only by inference, the disparate impact caused by an employment practice is directly established by the numerical disparity.”, p. 1004) y voto del juez Stevens en “New York Transit Authority v. Beazer”, No. 77-1427 (“A prima facie violation of the Act may be established by statistical evidence showing that an employment practice has the effect of denying the members of one race equal access to employment opportunities.”, p. 584).

⁵² Sobre la diferenciación entre las pruebas directa e indirecta desde la perspectiva del “procedimiento probatorio”, véase Gascón, 2010: 82-88. En ambos casos, afirma la autora, el conocimiento judicial suele ser de

Si lo que se pretende impugnar, por caso, es una norma de flexibilización laboral que permite despedir sin causa y sin abonar indemnización, el dato que indique que la misma sería aplicable al 90% de las mujeres contratadas pero sólo al 20% de los hombres contratados es la prueba directa del impacto adverso (potencial, en este ejemplo) de la aplicación de la norma sobre las mujeres.⁵³ Si lo que se pretende saber, en otro ejemplo, es si una política de educación especial perjudica desproporcionadamente a las personas que tienen determinado origen étnico, porque son ellas las que en mayor proporción ocupan las escuelas especiales donde se presta una educación de menor calidad, lo que se necesitará saber -para comenzar a estudiar el caso- es la proporción de personas de ese origen étnico que ocupan esas escuelas en comparación la proporción de personas de ese origen étnico que se inscribieron para comenzar la escuela en determinado ciclo lectivo.⁵⁴

Eso no quiere decir que el efecto perjudicial se trate en sí mismo de una hipótesis probabilística en términos matemáticos, aunque ese tipo de probabilidades puedan actuar como indicadores de su concurrencia.⁵⁵ El objeto de prueba consiste en una situación comparativa de desventaja en la que ha sido (o será) colocado un grupo vulnerable, y esa situación puede ser conocida en el contexto procesal con distintos grados de probabilidad lógica o inductiva.⁵⁶ La información estadística abrevia a eso con distintos grados de aval según el método utilizado para generarla: las técnicas estadísticas que recurren al cálculo de probabilidades para llegar a sus conclusiones (estadísticas inferenciales) generalmente podrán otorgar un grado de aval menor al otorgado por las técnicas que no necesitan recurrir a ese cálculo (estadísticas descriptivas).⁵⁷ Diré algo más de esta distinción en el apartado IV. 3. a.

En algunas sentencias se sostiene que la estadística sólo puede constituir un *prima facie case* de discriminación indirecta, colocando en la contraparte la carga de probar la

naturaleza inferencial e inductivo.

⁵³ Sobre el modo de probar un caso similar al del ejemplo, véase la sentencia “Regina y Secretary of State for Employment” (consid. 59) del TJUE, ya citada.

⁵⁴ Aquí se usa como ejemplo las circunstancias abordadas en el caso “D. H. y otros” del TEDH, ya citado. El tribunal ha resuelto también otros casos similares, como “Oršuš y otros c. Croacia”, de 16 de marzo de 2010.

⁵⁵ Taruffo (2011: 222), en general, sostiene que usar datos estadísticos como prueba “no significa en absoluto que la prueba asuma la estructura del cálculo estadístico ni que su resultado asuma un valor de probabilidad como frecuencia relativa equivalente al que se encuentra en el dato estadístico analizado. La probabilidad estadística de un cierto evento constituye de por sí un elemento utilizable a los efectos de establecer el grado de fundamentación de las hipótesis sobre el hecho, pero no determina cuantitativamente ese grado.”

⁵⁶ Por una referencia a los distintos sentidos de probabilidad implicados en el razonamiento probatorio, véase Ferrer, 2007: 93-96. Haack (2014: 127-128), por su parte, subraya las “concepciones de la probabilidad completamente diferentes” que hay entre las probabilidades en el sentido del cálculo matemático estándar y las «probabilidades epistémicas».

⁵⁷ La mejor evidencia de eso es que muchos de los casos que he citado a lo largo de este trabajo se han resuelto con estadísticas descriptivas, que no recurren al cálculo de probabilidad sino que simplemente describen el estado de una variable en una población (por ejemplo: del total de trabajadores a tiempo parcial perjudicados por una norma sobre pensiones, un 80% son mujeres).

justificación objetiva de la medida.⁵⁸ Creo que eso es acertado sólo si se considera como tales a los impactos adversos no justificados, es decir se lo afirma considerando integrado en el concepto de discriminación indirecta el impacto causado por la medida impugnada con el hecho negativo de su falta de justificación. En todo caso, al sostener aquí que la estadística puede resultar (dependiendo de qué proposición avale) una prueba directa en estos casos me estoy refiriendo a la prueba del impacto adverso causado por la medida impugnada. Cuando la proposición avalada por la prueba estadística no se refiera directamente a la proposición sobre impacto adverso que se necesita probar, podría resultar de todos modos relevante pero como prueba indirecta de esta última.

En ciertos supuestos, sin embargo, es posible prescindir de la estadística para probar que una decisión ha causado un impacto adverso.⁵⁹

En algunos supuestos el impacto adverso (actual o potencial) puede inferirse o bien del contexto jurídico ampliado en el que se aplica la decisión impugnada o bien de las características del grupo vulnerable defendido. Por ejemplo, si por un lado una norma otorga ciertos beneficios sociales a las parejas casadas, y por otro una norma permite casarse sólo a las parejas heterosexuales, es posible inferir que la primera norma produce o producirá un impacto adverso sobre las parejas homosexuales, aunque no contemos con ningún dato empírico sobre si eso efectivamente ha sucedido.⁶⁰ En otros casos el impacto se puede inferir de las características del grupo afectado. Por ejemplo, si para acceder a un determinado trabajo una empleadora exige de los postulantes se hayan colocado ciertas vacunas, es posible inferir que quienes profesen una religión que rechace las colocación de vacunas se verán perjudicados por ese criterio. En ese caso la conexión de los datos con la conclusión requerirá de una generalización según la cual los fieles de esa religión suelen cumplir con tal criterio.

En el primer ejemplo la acreditación del impacto adverso se puede resolver incluso a través de inferencias lógicas (no empíricas). Y al tener ese carácter la conexión, también se vuelve irrelevante indagar sobre el nexo causal que es una vinculación empírica.

En otros supuestos el impacto adverso se podría inferir a partir de un elemento de prueba distinto. Pensemos, usando un ejemplo anterior, en dos niños, uno del origen étnico que se considera perjudicado por una política educacional impugnada, asignado a las escuelas especiales, y otro de otro origen, asignado a las escuelas comunes. Si el Estado sostuviera que la justificación objetiva de la división entre educación especial y común es el coeficiente

⁵⁸ Véase, por ejemplo, “Hoogendijk” y “D. H. y otros” del TEDH, ya citados.

⁵⁹ En ese sentido, afirmando que la prueba estadística no siempre es imprescindible para probar una hipótesis de discriminación indirecta, véase “D. H. y otros”, “Oršuš y otros” del TEDH, ya citados.

⁶⁰ El TEDH ha resuelto un caso similar al del ejemplo: “Taddeucci and McCall v. Italy”, 30 de junio de 2016.

intelectual de los aspirantes, un test realizado a ambos niños que arroje resultados similares en ese aspecto podría hacer inferir que las evaluaciones realizadas a ambos al momento de la asignación a las escuelas se encontraban sesgadas. Pero, si se quiere presentar al caso como un caso de discriminación indirecta, para conectar esos datos con la conclusión se necesitará recurrir a una generalización según la cual es esperable que la situación particular analizada se replique en todos o la mayoría de los niños del origen étnico perjudicado, lo cual sin otro tipo de información es difícil de sostener. Eso deja ver que si bien a modo de hipótesis aún en este tipo de casos la estadística no es un medio de prueba imprescindible, sí es el medio de prueba que, comparativamente, permite obtener proposiciones fácticas mejor avaladas desde una perspectiva epistémica.

IV. 2. c. Sobre un grupo vulnerable. La identificación de los grupos vulnerables tutelados por el tipo de discriminación que nos ocupa es resuelto generalmente en el plano normativo: son los que poseen aquellas características sobre las que, según las normas, está prohibido distinguir (como la raza, el sexo, la religión, el origen nacional, etcétera).⁶¹

La relación entre lo grupal y lo individual es un aspecto importante a tener en cuenta aquí. El fundamento de la discriminación indirecta radica en evitar que un grupo social vulnerable se vea especialmente perjudicado por una decisión en relación con otros grupos. Por ende, el impacto se mide respecto de todo el grupo, no respecto de una o varias de las personas integrantes del mismo. Y, por eso mismo, tiene que ser relativamente homogéneo respecto a todos sus integrantes: una medida que beneficia a algunos integrantes del grupo pero perjudica a otros no podría ser reputada de perjudicar a todo el grupo.

IV. 2. d. En comparación con el producido a otros en similares circunstancias. El juicio empírico del impacto adverso es eminentemente comparativo: se debe demostrar que el grupo vulnerable es especialmente perjudicado por la decisión impugnada, en comparación con otros que se encuentren en similares circunstancias. Esto genera por lo menos dos dificultades desde el plano fáctico: la de comparar los efectos producidos en uno y otro grupo (que requiere, en el campo estadístico, indagar sobre al lo menos dos muestras poblacionales); y la de seleccionar el grupo “en similares circunstancias” con el que comparar.⁶²

⁶¹ Algunas posturas, sin embargo, afirman la posibilidad de ampliar el abanico de grupos cuando pueda demostrarse que otros no previstos por las normas pero que en un contexto dado son segregados e históricamente discriminados (Fiss, 1976: 147-156). En ese caso, las investigaciones sociológicas munidas de datos estadísticos se vuelven relevantes para sostener la hipótesis.

⁶² Una definición importante es aquella que indica, de acuerdo al tipo de caso, con qué comparar, lo que incide también con la decisión sobre qué muestras tomar. Por ejemplo: para determinar si las mujeres están siendo discriminadas en el acceso a un empleo se puede comparar la proporción de mujeres en condiciones de ser contratadas con la proporción de mujeres efectivamente contratadas en la empresa demandada, o se puede comparar la proporción de mujeres contratadas con la proporción de mujeres contratadas en el rubro de que se

IV. 2. e. Que resulta desproporcionado y no justificado. Para que se configure un caso de discriminación indirecta no basta con probar que cierto factor genera un impacto adverso sobre un grupo vulnerable en relación con otros grupos, también es preciso que ese impacto sea considerado desproporcionado y que, a la vez, no se lo halle justificado.

La desproporción y la justificación no son en sí mismos, de modo exclusivo, hechos empíricamente contrastables, susceptibles de verdad o falsedad; son conceptos que requieren una valoración por parte del decisor sobre la base de cierta información empírica.⁶³ Las fuentes que califican al grado de afectación de la medida como una «desventaja particular» comparten la misma característica, aunque según cómo se las interprete puedan llegar a simplificar la demostración de su referente empírico.⁶⁴

Como señala Gascón (2010: 67-75), la premisa menor del razonamiento judicial sólo puede ser considerada descriptiva cuando los hechos relevantes para su fijación tengan exhaustiva y precisamente definidos sus referentes empíricos.⁶⁵ Pero es habitual encontrarse con normas que carecen de esas cualidades al describir y que requieren del juez que al calificar jurídicamente los hechos probados (es decir al determinar si los mismos se encuadran en el supuesto de hecho previsto en la norma), o bien los interprete y les asigne un sentido (como sucede con ciertos hechos internos o psicológicos como la «intención de matar» en un homicidio), o bien los valore (como sucede con la expresión «obsceno» para calificar ciertos gestos o «negligente» para calificar una conducta).

Las definiciones sobre si cierto impacto sobre un grupo es «desproporcionado» o, en caso afirmativo, si eso se encuentra «justificado» tienen un componente valorativo.⁶⁶ La estructura del razonamiento probatorio se ve interferida, en esos supuestos, por criterios axiológicos, que cumplen la función de definir si ciertos hechos corroborados en el proceso pueden ser calificados como integrantes del género de hechos descrito por la norma cuya

trate. Una u otra forma de medir puede cambiar por completo los resultados. Véase al efecto Gastwirth, 2017: 187 y sus citas a la jurisprudencia norteamericana que debate esa cuestión.

⁶³ El concepto de «desproporción» en el contexto de la discriminación indirecta no pretende identificar cualquier diferencia entre dos variables relacionadas, como podría sugerir su asociación con alguna de las acepciones del concepto matemático de proporcionalidad, sino una diferencia significativa, inaceptable para el derecho. Y por eso es que se trata de un juicio valorativo y no exclusivamente empírico.

⁶⁴ Para Ballester (2017: 48), las Directivas de la Unión Europea adoptaron la idea de la «desventaja particular» pasaron “de un sistema de detección cuantitativa de la discriminación indirecta a un sistema cualitativo en el que deberían analizarse, por ejemplo, los efectos potenciales sobre las mujeres de una determinada medida.”

⁶⁵ Eso, sin embargo, es algo muy difícil de lograr por las normas jurídicas debido a los problemas de ambigüedad y vaguedad del lenguaje y al recurso habitual del legislador a la incorporación de intenciones, voluntades o juicios de valor dentro de los enunciados fácticos (Gascón, 2010: 68).

⁶⁶ El juicio de justificación, como vimos, tiene una estructura relativamente determinada: se debe analizar si la medida tiene un fin legítimo y que exista una relación de proporcionalidad entre el medio empleado y ese fin. Eso no quita, sin embargo, que en al final del camino se siga tratando de un juicio de tipo valorativo y no exclusivamente empírico.

aplicación se está dirimiendo.⁶⁷ Esa operación intelectual requiere de la corroboración de que tales hechos han sucedido, es decir de un juicio empírico, pero también -como paso adicional- de que el juez los conecte axiológicamente con la prótasis de la norma en cuestión, es decir de un ulterior juicio valorativo (Taruffo, 2011: 129, con cita a Wróblewski).

Aquello permite dar cuenta de que el conocimiento estadístico, si bien es relevante, no es suficiente para completar la valoración de la prueba en un caso de discriminación indirecta. Es sumamente relevante, sea como prueba directa o indirecta, para demostrar el impacto adverso, para demostrar la proporción en que ese impacto concurre en un grupo en relación con otros (lo que tiene matices si se trata de demostrar una «desventaja particular»), y para demostrar -por caso- que la norma impugnada produce, además, otros efectos que pueden ser considerados valiosos. Pero con todo eso aún quedará un último paso para dar, intervenido por consideraciones de tipo axiológicas: los jueces deberán determinar, sobre la base de ese acervo empírico, si el impacto que se encuentra probado es desproporcionado y, en su caso, si se encuentra justificado a raíz de otros factores. Y eso no puede ser objeto de prueba, ya que sólo puede ser tal la enunciación descriptiva referida a la ocurrencia de un determinado hecho, pero no la valorativa que califica esa ocurrencia de cierta forma (Taruffo, 2011: 129).

Frederick F. Schauer (2003) ha defendido la idea de que ciertas generalizaciones basadas en estereotipos y probabilidades pueden resultar social, política y moralmente aceptables. Para eso, afirma Schauer, la información estadística en que apoye esa distinción debe ser válida (o, por la negativa, no debe ser espuria). Pero no sólo eso. Para terminar de aceptar esas distinciones basadas en estadísticas Schauer propone atender a otros factores, como que la misma no sea el producto de distinciones arbitrarias previas, que el atributo seleccionado para distinguir no lo haya sido con la intención de excluir a algún grupo vulnerable o que el costo de no aplicar generalizaciones sea demasiado elevado, entre otros.⁶⁸ Tales argumentos pueden ser utilizados para justificar (o refutar justificaciones) en casos de discriminaciones directas, pero también podrían utilizarse en los casos de discriminaciones indirectas para justificar los impactos adversos acreditados.⁶⁹

⁶⁷ Sobre la identificación valorativa del hecho, véase Taruffo, 2011: 128-138.

⁶⁸ Estos argumentos son desarrollados en Schauer, 2003: capítulos 5, 6 y 7.

⁶⁹ Adaptaré un ejemplo presentado por Schauer en el Capítulo 4 de *Profiles, Probabilities, and Stereotypes* (2003) para mostrar a qué me refiero. Supongamos una norma que obliga a jubilarse a los pilotos de aeronaves a los sesenta años. Si suprimiéramos hipotéticamente a la edad como categoría prohibida (a los meros efectos de ejemplificar este punto), y constatáramos que la norma en su aplicación tendría por efecto jubilar a una cantidad desproporcionada de mujeres en relación con la de hombres, la misma podría ser presentada como un caso de discriminación indirecta. En ese supuesto los argumentos de Schauer permitirán mostrar que, pese a esos efectos perjudiciales sobre las mujeres, la norma podría estar justificada por su relación directa con las necesidades propias del empleo en cuestión, es decir que ese límite permite satisfacer ciertos objetivos considerados valiosos como la seguridad de los vuelos. Una explicación detallada de estas ideas se puede encontrar en el seminario

IV. 3. El conocimiento estadístico y la prueba de discriminación indirecta

Acabamos de identificar los presupuestos fácticos sobre los cuales el conocimiento estadístico puede ser relevante para probar una hipótesis de discriminación indirecta. Se sostuvo, en síntesis, que aquél puede resultar prueba directa o indirecta del impacto adverso de una decisión y también de los referentes empíricos propios de los juicios de desproporción y de justificación, que se completan con una valoración judicial axiológica.

Ahora veremos algunos conceptos y herramientas que brinda la estadística para lograr resultados válidos y significativos sobre esos presupuestos. Presentaré aquellos utilizados en la estadística para la determinación del (a) impacto de una decisión sobre un colectivo de personas, en comparación con el producido a otros, y de la (b) relación entre dos variables. Haré una breve mención sólo de algunos de ellos, los considerados más relevantes al efecto, y una introducción a su eficacia empírica.⁷⁰

IV. 3. a. La medición del impacto adverso. Cuando el impacto adverso no se puede inferir lógicamente, la prueba estadística se vuelve un elemento crucial para tenerlo por configurado. Ahora bien, no cualquier información estadística presta el mismo aval a la existencia de un impacto adverso: dependiendo de qué tipo de datos estadísticos se trate, algunos podrán actuar como prueba directa mientras que otros podrán constituir indicios.

Una de las claves para determinar eso es la relación de ajuste entre la proposición concreta avalada por la estadística y la proposición fáctica que se pretende probar con aquel elemento de prueba. Si se trata de una relación de identidad estaremos ante una prueba directa. Si se trata de una relación de, llamémosle, similitud o cercanía entre esos factores podremos estar ante un indicio relevante dependiendo del contenido concreto de la proposición estadística y del resto del acervo probatorio disponible.⁷¹

Los elementos a considerar para definir cuál es la relación de ajuste entre ambas proposiciones son diversos y varían de acuerdo al tipo de estadística utilizada. En general, va a ser necesario prestar atención, respecto de la información analizada, a la relación entre la muestra, la población y las variables estudiadas y la metodología utilizada.⁷²

dictado por dicho autor el año 2016 en la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona, disponible aquí: <https://www.youtube.com/watch?v=Wfd6WRxCxBc>.

⁷⁰ Seguiré buena parte de las ideas presentadas en las siguientes obras: Gastwirth (1997, 2017), Kaye y Freedman (2011), Tobía (2017) y Zeisel y Kaye (1997).

⁷¹ En otras palabras, la estadística o bien puede demostrar el impacto adverso contra el colectivo de personas defendido, o bien puede demostrar otros extremos (el impacto, por ejemplo, sobre un colectivo de personas más amplio) que, conectados con otra clase de información, podrían servir para construir una presunción de impacto adverso. Es importante considerar este punto en conjunto con los criterios de distribución del riesgo probatorio.

⁷² Sobre los aspectos metodológicos involucrados en el muestreo estadístico y la importancia de ellos en la definición de la exactitud de la información colectada, véase Kaye y Freedman, 2011: 223-230 y sus citas.

Quizá la cuestión más relevante para lo que nos ocupa sea la relación entre la muestra tomada y la población objeto de estudio, que es uno de los factores que define la metodología a utilizar y el grado en que serán avaladas sus conclusiones. Si la muestra alcanza a toda la población, entonces se podrá llegar a conclusiones relevantes a través de estadísticas descriptivas, que indican los valores de ciertas variables observadas en la población estudiada. Pero cuando la muestra alcanza sólo a parte de esa población, será necesario recurrir a la estadística inferencial, que se sirve de la teoría del muestreo (que identifica las condiciones para generalizar los datos) y del cálculo de probabilidades (que sirve para cuantificar el nivel de confianza y la tasa de error de las conclusiones finales) para indicar si las características detectadas en la muestra pueden ser reputadas sobre toda la población estudiada (Mullor, 2017: 17-19).⁷³ Si bien la estadística en general describe frecuencias (de distintos tipos según el método), no siempre se vale de inferencias probabilísticas para generalizar la información obtenida. Cuando lo que hace es describir la cantidad de veces en que una observación se repite en una muestra, y esa muestra es idéntica a la población estudiada, arroja una información no mediada por tales inferencias.⁷⁴

La diferencia entre ambas técnicas estadísticas deben ser tenida en cuenta al momento de valorar la información estadística en el contexto procesal. Mientras las descriptivas describen cierta característica de la totalidad de la población estudiada, las inferenciales infieren esa información de una muestra menor y avalan esa inferencia con un cálculo de probabilidad. Los riesgos que se asumen en ese cálculo se reflejan en el grado de aval que el método le otorga a la proposición conformada por la conclusión obtenida.

Para obtener una proposición estadística coincidente con una proposición fáctica sobre el impacto adverso será necesario que la población estudiada coincida, por un lado, con el grupo vulnerable defendido y, por el otro, con el grupo sobre el que se hará la comparación. El tamaño de la muestra, por su parte, puede disminuir el valor probatorio del dato estadístico obtenido sobre la población estudiada.⁷⁵ La variable estudiada, además, tiene que coincidir con el perjuicio denunciado.⁷⁶

⁷³ Sobre los problemas de estimación que conlleva esta técnica, véase Kaye y Freedman, 2011: 240-249.

⁷⁴ Uno de los principales factores para elegir una u otra técnica es de orden práctico: ¿resulta posible recolectar y procesar información sobre la totalidad de la población estudiada? Si no lo es, será necesario tomar muestras representativas y generalizar a través de inferencias sus resultados.

⁷⁵ En ese sentido, véase lo sostenido por la Corte Suprema estadounidense en “Teamsters v. United States”, 431 U.S., at 340, n. 20 y “Dendy v. Washington Hospital Center”, 431 F. Supp. 873, 876, citados en el voto del juez Powell (nota 7) en “Connecticut v. Teal”, No. 80-2147.

⁷⁶ Si se denuncia discriminación en el acceso al empleo, por caso, una de las variables será la condición laboral de las poblaciones comparadas. Además, podría resultar relevante sumar variables e identificar además de la condición laboral de los grupos alguna que denote su idoneidad para acceder al cargo.

La determinación de un impacto adverso, como se dijo, es eminentemente comparativa, es el que sufre un grupo en comparación con el sufrido por otro, lo cual requerirá que la/s variable/s medida/s lo sean respecto de más de una muestra poblacional. Esa información abreva a la base empírica del juicio de desproporción. Es decir, la medida en que un grupo se ve perjudicado por una decisión en comparación con otro es el dato que necesitan los jueces para decidir si ese efecto es desproporcionado o perjudica especialmente al grupo vulnerable. La estadística ofrece herramientas con ese objeto, llamadas genéricamente medidas de asociación, que ayudan a establecer cuán grandes o pequeñas son las diferencias entre variables relacionadas.⁷⁷ Ahora bien, que la diferencia sea pequeña no la vuelve automáticamente exenta de reproche. El TJUE, por ejemplo, tiene dicho que puede considerarse discriminatoria una medida cuando afecte a un porcentaje considerable de personas pertenecientes a un grupo vulnerable en comparación con otros, o bien cuando provoque una “diferencia menos importante pero persistente y relativamente constante durante un largo período de tiempo”.⁷⁸

Si lo que se quiere es contrastar dos hipótesis, es decir saber si son compatibles los datos obtenidos con cierta hipótesis planteada inicialmente, la estadística también tiene herramientas al respecto.⁷⁹ Una de las más utilizadas en la jurisprudencia norteamericana en los casos de discriminación es la medición del valor de p (también p-valor o p-value).⁸⁰ A través de ella se puede obtener la probabilidad de que una variable tenga determinado valor en caso de que una hipótesis sea verdadera. Por ejemplo: la probabilidad de que siendo justa (o no discriminatoria) una política educativa (que asigna algunos estudiantes a una educación "común" y otros a una "especial" de menor calidad), el 80% de los estudiantes asignados a la educación "especial" en determinado ciclo lectivo fueran de procedencia gitana, cuando ellos representaron sólo el 20% del total de los aspirantes a la educación primaria.

La fórmula ayuda a saber cuán lejos de lo esperado se ubicaría el valor de esa variable si la hipótesis (llamada hipótesis nula) fuera verdadera, o en otras palabras con qué frecuencia esos datos se darían si se diera la verdad de la hipótesis. Mientras más lejos esté, mayor duda se arroja sobre la verdad de esa hipótesis. Para obtener ese dato, entonces, se requiere partir de la asunción de que cierta hipótesis es verdadera. En nuestro ejemplo: que la política educativa es justa (o no discriminatoria) y que en una política educativa justa la

⁷⁷ Por una descripción de cuáles son esas herramientas y cómo se calculan, véase Santana, 2017: 111-143.

⁷⁸ Conf. TJUE, entre otros, “Regina y Secretary of State for Employment”, ya citado, consid. 61.

⁷⁹ En otras palabras, el contraste de hipótesis permite saber si la diferencia observada puede ser considerada fruto del azar o es tan grande que debería descartarse al azar como explicación (Santana, 2017: 170).

⁸⁰ Por una explicación sobre el modo en que se calcula el valor p en casos como nos ocupan, véase Gastwirth (2017). Sobre su cálculo en general, véase Mendenhall (et. al., 2010: 351-356) y Santana (2017: 168-174).

composición étnica de los aspirantes a la educación primaria se debería reflejar en las dos modalidades de educación, la "común" y la "especial", por lo que el valor esperado de ambas es que del total de sus estudiantes un 20% sean gitanos.⁸¹ El valor p nos dirá la probabilidad de que un proceso de selección aleatorio produzca datos tan alejados de los esperados como los corroborados, en nuestro ejemplo un 80% de gitanos en la educación especial.⁸²

Se ha detectado cierta deformación en el uso jurisprudencial de esa herramienta, consistente en asignarle significados que metodológicamente no arroja, en particular utilizándola para indicar la probabilidad de que la hipótesis nula sea verdadera o falsa.⁸³ El valor de p, sin embargo, nos permite conocer sólo la probabilidad de que una variable arroje cierto resultado siendo verdadera la hipótesis nula. Eso no es lo mismo que la probabilidad de que esa hipótesis sea verdadera o falsa.⁸⁴ Aunque si un valor p, por caso, fuera reducido, podría sostenerse que la evidencia disponible es menos consistente con la hipótesis nula. Como sostienen Kaye y Freedman (2011: 250), el valor de p da la posibilidad de obtener evidencia contra la hipótesis nula tan o más fuerte que la evidencia disponible, pero no hay en la estadística un método significativo para asignar una probabilidad numérica a esa hipótesis.

La asunción de que la hipótesis nula sea verdadera puede ser objeto de crítica en el momento de justificar el efecto adverso corroborado. ¿Por qué decimos que en un sistema no discriminatorio la composición étnica de los aspirantes a la educación primaria se debería reflejar en la integración de las dos modalidades de educación primaria? Pues bien, demostrado el efecto perjudicial, en la etapa de justificación se podrá demostrar que el sistema es no discriminatorio aún con esos resultados, por ejemplo mostrando que los tests utilizados para la selección son transparentes y no están sesgados y que el efecto obedece a razones atendibles y objetivas de política educativa.⁸⁵

⁸¹ Por un modo de calcular el número esperado de éxito de cierto grupo vulnerable en un sistema no discriminatorio, véase Gastwirth (2017: 190-192).

⁸² Para ser completo ese cálculo debería incorporar, explica Santana (2017: 171), un intervalo de confianza. Es decir un umbral en el cual cualquier diferencia entre el valor esperado y el valor obtenido no se considera significativa. Por ejemplo: que sean gitanos entre el 10% y el 30% de los estudiantes de educación especial.

⁸³ En este sentido: Gastwirth (2017: 184), Kaye y Freedman (2011: 250), Tobía (2017: 2392-2394) y Zeisel y Kaye (1997: 80-88).

⁸⁴ Un ejemplo puede ayudar a comprender la diferencia señalada: supongamos que asumimos como hipótesis nula que un sistema educativo justo la composición étnica de los aspirantes a la educación primaria se debería reflejar en las dos modalidades de educación, la "común" y la "especial", por lo que el valor esperado de ambas es que del total de sus estudiantes un 20% sean gitanos. Una vez corroborado que en la educación "especial" el 80% de los niños son gitanos, el valor de p nos indicará la probabilidad de que un proceso de selección aleatorio produzca datos así de alejados de los esperados como datos reales (¿cuál es la probabilidad de que esperando un 20% de gitanos en la educación especial encontremos un 80%). Esa probabilidad no es la probabilidad de que sea falso que el sistema educativo es justo (tomando como tal a aquel que refleja en las todas sus modalidades la composición étnica de los niños aspirantes), sino la probabilidad de que siéndolo se obtengan esos resultados.

⁸⁵ En ese sentido, sostiene Tobía (2017: 2392): "criterion-related validation requires empirical data showing that the selection procedure is predictive of or significantly correlated with important elements of job performance."

El cálculo del valor de p tiene dos clases de errores posibles: la probabilidad de que en un sistema justo se arroje un valor igual al valor encontrado, es decir la probabilidad de inferir que un sistema puede ser injusto cuando en realidad es justo (llamado error de Tipo I); y la probabilidad de no rechazar una hipótesis nula cuando ella es falsa (llamado error de Tipo II). La probabilidad de un test de rechazar una hipótesis nula cuando ella es falsa es denominada el “poder” del test.⁸⁶

IV. 3. b. La relación entre dos variables. Cuando la relación entre la decisión impugnada y el impacto adverso no se abasteca a través de una inferencia lógica, es necesario probarla incorporando al razonamiento información empírica.⁸⁷

La correlación entre dos eventos, explica Taruffo (2008: 253), puede expresarse mediante distintas categorías, que denotan a su vez distintas clases de relación entre ellos. Puede ser construida como una simple asociación, en términos de una probabilidad matemática o como una relación de causalidad.

Cuando la relación entre los eventos se quiere presentar en términos de probabilidad la estadística es una herramienta de primera utilidad. Para conocer la relación entre la decisión impugnada y el efecto perjudicial tendríamos que comenzar traduciendo ambos factores en sendas variables estadísticas para que puedan ser comparadas. Una primera herramienta, el coeficiente de correlación, nos permite saber el grado de variación conjunta que tienen las variables; una correlación positiva se da cuando los incrementos en los valores de una están asociados con un incremento de los valores de otra, mientras que una correlación negativa se da cuando al incremento de una le sigue un decrecimiento de la otra (Santana: 2017: 87-89).

La herramienta más útil para lo que nos ocupa, sin embargo, es el modelo de regresión, que aspira a estudiar las relaciones entre variables en términos de causas y efectos, o a identificar, siendo más preciso, la dependencia de los valores de una variable (la dependiente) con respecto a los valores de otra (la independiente) (Santana: 2017: 145).⁸⁸

Cuando la información de las variables se obtiene de muestras no completas de la población, introducen, explica Santana (2017: 150-151) un elemento de aleatoriedad que hace que la relación trazada entre aquéllas se encuentre matizada por el azar. Es decir, que no se pueda alcanzar una relación determinística entre ellas.

⁸⁶ Sobre las características de ambos tipos de error, véase Gastwirth, 2017: 182-185.

⁸⁷ El *U. S. Code* prescribe: “If the respondent demonstrates that a specific employment practice does not cause the disparate impact, the respondent shall not be required to demonstrate that such practice is required by business necessity.” (2000e-2(k)(1)(B)(ii)).

⁸⁸ Por la aplicación del modelo de regresión a los casos de discriminación véase Finkelstein (2009: 127-145) y Kaye y Freedman (2011: 260-272). Por un ejemplo de su aplicación práctica, véase “Bazemore v. Friday” 2478 US 385 (1986), de la Corte Suprema estadounidense. Por una descripción de su aplicación general, véase Muller (2017: 95-110) y Santana (2017: 145-218)

La utilidad de esa herramienta para lo que nos ocupa puede ser identificada con un ejemplo que tomo de Kaye y Freedman (2011: 270). Se trata de un caso de discriminación salarial en el que se le reprocha a una empresa que le paga más a los hombres que a las mujeres. La empresa aduce que eso es porque los empleados hombres tienen más educación y experiencia que las empleadas mujeres. Ante eso, el modelo de regresión lineal le permite a las accionantes presentar una ecuación en donde se establezca la relación entre el salario (variable dependiente) y otras variables que indiquen educación y experiencia, para saber si el cambio del valor de esas últimas produce un cambio lineal del valor de la variable salario. Si no es así, la educación y la experiencia dejarían de ser una buena explicación para la diferencia de salarios demostrada.

Ahora bien, si lo que se quiere presentar es una relación de causalidad se vuelve necesario tomar precauciones en cuanto al valor epistémico que se le asigna a la prueba estadística en el contexto procesal. Por más fuerte que sea la asociación, aquel modelo estadístico no deja de establecer una frecuencia relativa. Según Taruffo (2008: 255), “existe una neta diferencia *cualitativa*, no reducible a cuestiones de grado o de flexibilidad de los conceptos, entre la configuración de un nexo causal en sentido estricto y las hipótesis probabilísticas de la conexión entre eventos.”

Eso nos lleva a preguntarnos, en el contexto de la discriminación indirecta, a qué clase de asociación hacemos referencia cuando decimos que la decisión impugnada debe causar un efecto perjudicial sobre un grupo vulnerable protegido. Si habláramos en términos probabilísticos (como probabilidad entre eventos), las herramientas que nos brinda la estadística podría ser prueba directa de ese nexo. En cambio, si habláramos en términos determinísticos, en los que suele entenderse el nexo causal en el derecho y en la ciencia, esa información podría a lo sumo ser usada, entre otras pruebas no estadísticas, “para corroborar una ley general determinística, a partir de la cual podrá descenderse, por subsunción, a la causalidad individual.” (Ferrer, 2014: 224.)⁸⁹

Si entendemos como se sostuvo antes que el efecto perjudicial no es en sí mismo una hipótesis probabilística en términos matemáticos (véase IV. 2. b), tenemos que afirmar que la relación entre la decisión impugnada y ese efecto tampoco puede serlo.⁹⁰ Es decir, se trata de una hipótesis determinística que puede resultar avalada por la información estadística en distintos grados dependiendo de la metodología utilizada para generar esta última. Los

⁸⁹ Sobre la diferencia entre la causalidad general determinística y la probabilística, véase Ferrer (2014: 220-224), donde también se aborda la cuestión de la prueba de las leyes de cobertura en tanto leyes determinísticas.

⁹⁰ Como afirma Ferrer (2007: 98), la probabilidad estadística no dice nada de lo que importa de forma general al proceso: los hechos individuales, sino que sólo nos informa de frecuencias relativas.

modelos de regresión y de correlación, por su carácter probabilístico, sólo pueden resultar un indicio de esa relación. Para completar el razonamiento se deberá aplicar algún test desarrollado por la teoría de la causalidad, como el de la *conditio sine qua non*, por el cual será necesario incorporar información sobre qué hubiera pasado de no aplicarse la decisión impugnada (¿se habría producido el efecto perjudicial?). Al efecto se podrá mostrar, por ejemplo, qué pasaba antes de aplicar la decisión y qué pasó después sobre la misma muestra poblacional. O, de un modo indirecto, cuáles fueron los efectos de decisiones análogas sobre grupos análogos o de decisiones distintas sobre grupos análogos, si en esos supuestos el efecto perjudicial no se produce. Si esa información es estadística, nos llevará nuevamente a tener las precauciones que señalamos antes en torno al tipo de metodología utilizada y su capacidad para corroborar directa o indirectamente la proposición que se quiere sostener con ella.

Claro que no siempre va a ser preciso recurrir a esas técnicas para probar el nexo entre la decisión impugnada y el efecto perjudicial. Como se dijo antes, en muchos supuestos ese vínculo podrá ser trazado como una inferencia lógica. Pero incluso en aquellos en los cuales se deba incorporar información empírica para probar la existencia del efecto perjudicial, por ejemplo que el 80% de los trabajadores a tiempo parcial perjudicados por cierta norma de pensiones son mujeres, el vínculo entre la norma cuestionada y ese (probado) efecto puede seguir siendo de tipo lógico. Una vez probado el efecto, la conexión entre éste y la norma es lógica: dado que la norma perjudica a los trabajadores a tiempo parcial, y que el 80% de ese grupo son mujeres (dato empírico), la norma causa un efecto perjudicial.

V.

CONCLUSIONES

La hipótesis de discriminación indirecta es un hecho complejo. Requiere indagar sobre los efectos sociales de cierta decisión sobre ciertos grupos en comparación con otros.

Esa complejidad genera dificultades probatorias que han sido abordadas por la doctrina, la jurisprudencia y las normas que se encargan del tema. Para evitar las consecuencias disvaliosas que esas dificultades pueden generar, he propuesto adoptar una mirada de sistema. Un buen sistema, he sostenido, primero intenta adoptar mecanismos de acceso a la evidencia para que esas dificultades no se trasladen (o lo menos posible) al seno del proceso, segundo se preocupa por incentivar a las partes a que aporten todas las evidencias de que dispongan y tercero establece un estándar que asuma el grado de dificultad remanente.

Situado en la etapa de valoración del acervo probatorio, indagué sobre la función epistémica que puede cumplir la estadística para tener por corroboradas las hipótesis de discriminación indirecta. Sostuve que puede resultar prueba directa o indirecta del impacto adverso de una decisión y también de los referentes empíricos propios de los juicios de desproporción y de justificación, que se completan con una valoración judicial axiológica. Será preciso atender a la relación de ajuste entre la proposición concreta avalada por la estadística y la proposición fáctica que se pretende probar con aquel elemento de prueba. Su función, al final de cuentas, estará definida por el tipo de técnica estadística utilizada, en especial en la diferencia diferencia entre las estadísticas descriptivas y las inferenciales. Estas últimas, servidas de la teoría del muestreo y del cálculo de probabilidades, arrojan conclusiones sujetas a ciertos riesgos que deben ser tenidos en cuenta al momento de valorarlas en el contexto procesal. Cuando resulte necesario acreditar la relación de causalidad entre la decisión y el impacto, la estadística ofrece los métodos correlación y regresión que por el resultado probabilístico que arrojan deberán ser complementadas con algún test desarrollado por la teoría de la causalidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (1993), *Teoría de los derecho fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, primera edición.
- ALLEN, Ronald (2014), “Burdens of proof”, en *Law, Probability and Risk* (2014) 13, Oxford University Press, pp. 195-219.
- _____ (2016), “Los peligros en la investigación en derecho comparado”, en Ferrer Beltrán y Vázquez [coeds.], *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo (2017), *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- BARAK, Aharon (2017), *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima: Palestra editores, primera edición en castellano.
- BELTON, Robert (2014), *The crusade of equality in the workplace: the Griggs vs. Duke Power story*, University Press of Kansas.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 3a edición.
- BROWNE, Kingsley (1993), “Statistical proof of discrimination: beyond ‘Damnes lies’”, 68 Wash. L. Rev. 477.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2007), *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- _____ (2014) “La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil”, en Papayannis [Coord.], *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Marcial Pons, pp. 215-235.
- FINKELSTEIN, Michael O. (2009), *Basic Concepts of Probability and Statistics in the Law*, New York: Springer.

- FISS, Owen (1976), “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, v. 5, n. 2, pp. 107–77.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010), *Los hechos en el derecho*, Marcial Pons, 3a edición.
- GASTWIRTH, Joseph L. (1997), “Statistical Evidence in Discrimination Cases”, en *Journal of the Royal Statistical Society, Series A, Volume 160, Issue 2*, pp. 289-303.
- _____ (2017), “Some recurrent problems in interpreting statistical evidence in equal employment cases”, en *Law, Probability and Risk*, 16, pp. 181-201.
- GERARDS, Jannake (2007), “Discrimination grounds”, en Schiek, Waddington & Bell [eds.], *Case, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford and Portland.
- GIANNINI, Leandro J. (2010), “Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)”, en *Diario La Ley 2010-F- 1136*, Buenos Aires: Thompson Reuters.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2005), *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra.
- _____ (2013), *Las paradojas de la acción*, Marcial Pons, 2a edición.
- HAACK, Susan (2014), “Asuntos arriesgados: sobre la prueba estadística de la causación específica”, en Papayannis [Coord.], *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Marcial Pons, pp. 103-137.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2015), “Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencia, críticas y una propuesta”. En *Revista de Derecho*. Coquimbo: Universidad Católica del Norte, Año 22 - N° 1, 2015, pp. 209-257.
- KAYE, David y FREEDMAN, David (2011) “Reference Guide on Statistics”, en *Reference Manual On Scientific Evidence*, Third Edition. Whashington: Federal Judicial Center.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo (2011), *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Madrid: Marcial Pons.
- LAMBER, Julia; RESKIN, Bárbara; DWORKIN, Terry (1983), “The Relevance of Statistics to Prove Discrimination: A Typology”, en *Hastings Law Journal* n° 34.
- ROOS, Sheldron M. (2007), *Introducción a la estadística*, Reverté, 1a edición en español.
- SABA, Roberto (2016), *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI Editores.
- SANTANA LEITNER, Andrés (2017), *Análisis cuantitativo. Técnicas para describir y explicar en ciencias sociales*, Barcelona: Editorial UOC.
- SCHAUER, Frederick (2003), *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Cambridge: Harvard University Press.
- SPERINO, Sandra F. (2013), “Beyond McDonell Douglas”, en *Faculty Articles and Other Publications*, Vol. 34:2, University of Cincinnati College of Law Scholarship and Publications, pp. 257-272.
- STORDEUR, Eduardo (2011), *Análisis Económico del Derecho*, Abeledo Perrot: Bs. As.
- TARUFFO, Michele (2008), *La prueba*, Marcial Pons, trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer.
- _____ (2011), *La prueba de los hechos*, Trotta, 4a edición, trad. Jordi Ferrer.
- MENDENHALL, William; BEAVER, Robert J.; y BEAVER, Bárbara M. (2010), *Introducción a la probabilidad y estadística*, Cengage Learning, décima tercera edición.
- MULLOR IBÁÑEZ, Rubén (2017), *Estadística básica*, Universitat d’Alacant.
- NINO, Carlos S. (1997), *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2007), *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas” n° 34, Madrid: Dykinson, 2a edición.
- VÁZQUEZ, Daniel (2016), *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- ZEISEL, Hans y KAYE, David H. (1997), *Prove It With Figures. Empirical Methods in Law and Litigation*, New York: Springer.