

XXX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL
“NUEVOS SISTEMAS DE LITIGACIÓN”

Comisión 1: Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria

Subcomisión: Los nuevos institutos de la jurisdicción protectoria
(competencia, especialidad, oralidad, etc.).

Tema: Tutela judicial de la igualdad y carga de la prueba

Autor: Lucas, Gabriel Andrés

Dirección Postal: 48 e/ 11 y 12 N° 817 Of. 6, La Plata, Buenos Aires

Teléfono: 0221 15 4951304

Correo electrónico: gabrielandreslucas@gmail.com

Síntesis de la propuesta: Se indagan los estándares de prueba establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de igualdad a través de las denominadas *categorías sospechosas de inconstitucionalidad* y la inversión de la carga de la prueba como una técnica procesal tendiente a revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados.

**Postulación para los Premios Asociación Argentina de Derecho
Procesal y elDial.com.**

TUTELA JUDICIAL DE LA IGUALDAD Y CARGA DE LA PRUEBA

Por Gabriel Andrés Lucas¹

I.- Introducción

En las siguientes líneas propongo hurgar someramente los estándares de prueba establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de igualdad a través de las denominadas *categorías sospechosas de inconstitucionalidad*, que se erigen como una doctrina pretoriana tendiente a revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados.

Se apuntala la inversión de la carga de la prueba como una técnica procesal que la Corte implementa para remover concretos obstáculos en el acceso a la justicia de personas vulnerables, siendo el precedente “*Sisnero*” –cuyo análisis se pormenorizará- un *leading case* en clave de acceso colectivo a la justicia de mujeres como grupo históricamente segregado, en el marco de un proceso estratégico que procura reafirmar el derecho a la igualdad desde un plano estructural.

II.- El derecho a la igualdad desde la mirada convencional

Producto de la reforma constitucional de 1994, el principio de igualdad que surge del art. 16 de la Constitución Nacional -interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias²- exige una renovada mirada a la luz del art. 75., inc. 23 y de las diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional³ que, al incorporar mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados

¹ Abogado (2015, UNLP). Escribano (2016, UNLP). Maestría en Derecho Procesal (2016-2017, UNLP). Docente adscripto a la Cátedra III de Derecho Procesal Civil y Comercial, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

² Fallos: 238:60.

³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 11; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7°; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 Y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2.2 y 3°; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, arts. 2° a 7°; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 2°, 3° y 5° a 16 y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2°.

grupos y delinear categorías sospechosas de discriminación⁴, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes.

Al respecto, la Corte Suprema ha puesto de resalto que la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen⁵.

Frente a un escenario plasmado de desigualdades y discriminación, que afectan a grupos de personas marginadas sobre la base de prácticas sistemáticas generalizadas de exclusión social, refiere Sagües⁶ que resulta necesario un replanteo de la tutela jurídica de la igualdad, alertando que su reconocimiento constitucional veda no solo la discriminación, sino también aquellas leyes que crean o perpetúan estructuras generalizadas de sometimiento.

De este modo, se erige en la actualidad una visión de la igualdad como no sometimiento, que obliga a reformular el rol de los tribunales y sus posibles respuestas cuando, en ejercicio de su facultad de proteger la igualdad ante la ley como derecho constitucional, afrontan demandas de personas pertenecientes a grupos sojuzgados que esperan del Estado una postura enérgica contra esos atropellos⁷.

⁴ El art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos humanos prohíbe discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social." En idéntico sentido lo hace el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵ CSJN, Fallos: 340:1795. La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. (Corte IDH, caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 86).

⁶ SAGÜES, Sofía, "Discriminación estructural, acciones afirmativas y litigio estratégico", publicado en SJA en fecha 02/08/2017, cita online: AP/DOC/640/2017.

⁷ SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Ed. Siglo Veintiuno, 1° ed., Buenos Aires, 2019, pg. 80-82.

III.- Las categorías sospechosas y la inversión de la carga de la prueba

Existe en nuestro ordenamiento jurídico una regla general basada en la presunción de validez de las normas en tanto sean decididas mediante un proceso deliberativo⁸, y que subsistirá mientras no se controvierta una tesis contraria en sede judicial bajo impulso de parte interesada⁹, de acuerdo a la doctrina mencionada por la Corte Suprema en el precedente "*Cine Callao*"¹⁰.

El test de mera razonabilidad, que se despliega cuando se controvierte la compatibilidad de una manda con la Ley Fundamental, se caracteriza por una mayor inclinación hacia la validez de la norma cuestionada y consiste en el análisis de los medios y los fines perseguidos por la norma. En prieta síntesis, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines.

Sin embargo, con antecedentes en la jurisprudencia estadounidense y europea¹¹, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado un estándar probatorio más estricto cuando se verifica que las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías específicamente prohibidas o sospechosas. En estos casos, se invierte la carga de la prueba¹² y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se

⁸ NINO, Carlos, *La validez del derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, pgs. 89-107.

⁹ BUTELER, Alfonso, "*La presunción de inconstitucionalidad*", publicado en *Revista de Derecho Administrativo & Constitucional*, año 2015, n° 62, pg. 33.

¹⁰ CSJN, fallos 247:211.

¹¹ Al respecto, en un interesante análisis, Salgado estudia la originaria jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que reconoció el denominado escrutinio estricto elaborado a través del análisis de la enmienda XIV de la Ley Fundamental, al consagrar los principios *equal protection of law* y *due process of law*. (ver SALGADO, José M., "*El sistema cautelar en la acción de inconstitucionalidad. La jurisprudencia de la CSJN: del rechazo dogmático a las leyes sospechosas de inconstitucionalidad*" en "*Revista de Derecho Procesal*", Rubinzal-Culzoni, N° 2010-1). Los precedentes de nuestra Corte Suprema contienen un similar análisis, aunque en el caso "Hooft" la Corte alude en los antecedentes de las categorías sospechosas a la doctrina europea, según la cual, la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba (considerando 4°).

¹² La Corte, al aplicar las categorías sospechosas, se refirió a la inversión del *onus probandi*. Junto con otros autores, entiendo que la discusión transitará en el campo de la argumentación jurídica, y tendrá el Estado demandado la obligación de dar razones atendibles que sustenten la validez constitucional de la norma en crisis, pesando con la consecuencia natural de quien no logra derribar una presunción que, como carga, debió desvirtuar. Ver al respecto: MEDINA, Graciela, "*Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las 'categorías sospechosas'. Una visión jurisprudencial*", publicado en *La Ley* 2016-F, pg. 872 y ss.

encuentra justificada por ser el *medio menos restrictivo* para cumplir un *fin sustancial*. Se excluye, en principio, el análisis de otros medios alternativos, menos restrictivos del derecho, para alcanzar los fines perseguidos¹³.

La compulsa de precedentes es variada, y las categorías sospechadas de inconstitucionalidad refirieron, en los primeros pronunciamientos, al tratamiento diferencial entre nacionales y extranjeros,¹⁴ o bien entre distintos tipos de ciudadanos argentinos –nativos o naturalizados– como el caso "*Hooft*"¹⁵ de mayor repercusión en la academia y en cuyo análisis me detendré.

Se trató de un ciudadano argentino naturalizado, juez de primera instancia, quien cuestionó una norma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires al impedirle acceder a la judicatura de Cámara, por establecer como recaudo excluyente "haber nacido en el territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en territorio extranjero". La Corte entendió que el actor estaba siendo discriminado por el origen de su nacionalidad y ello convertía a la distinción en sospechosa de inconstitucionalidad. Al respecto, señaló en el considerando 6°, que "la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la Provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, por lo que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada".

En este orden de ideas, al entender que la demandada no había logrado cumplir con las exigencias expuestas, limitándose a una afirmación dogmática de su postura –seguramente confiada en el clásico test de razonabilidad–, hizo lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad de la manda cuestionada.

¹³ TREACY, Guillermo F., "*Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*", publicado en *Lecciones y Ensayos*, n°89, año 2011, pg. 181-216.

¹⁴ "*Repetto*" (Fallos: 311:2272); "*Calvo y Pesini*" (Fallos: 312:194); "*Gottschau*" (Fallos: 329:2986); "*Reyes Aguilera*" (Fallos: 330:3853); "*Mantecón Valdés*" (Fallos: 331:1715).

¹⁵ CSJN, Fallos: 327:5118.

Conforme lo expuesto, en los supuestos en que se considere que la norma en crisis está afectada por una presunción de inconstitucionalidad, la parte interesada en defender su validez deberá proporcionar una *justificación suficiente de la restricción*, en los términos del precedente comentado¹⁶. Se configura entonces un examen estricto de constitucionalidad que consistirá, en primer lugar, en determinar la existencia de fines sustanciales -y no meramente convenientes-; luego, la existencia de medios que promuevan eficazmente esos fines; por último, aquí la diferencia con el mero test de razonabilidad es superlativa, dado que se deberá argumentar la inexistencia de medios alternativos, menos restrictivos de los derechos en juego¹⁷.

Finalmente, es menester señalar que en los últimos años la Corte ha acentuado el instituto de las categorías sospechosas a supuestos de especial vulnerabilidad,¹⁸ siendo ejemplificadores los que se analizarán pormenorizadamente en el siguiente acápite.

IV.- La discriminación en las prácticas

a) La desigualdad que encubre la norma

En el precedente "*Castillo*"¹⁹ la Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma²⁰ que, si bien no contenía una distinción sospechosa en sentido estricto, producía en los hechos un impacto desproporcionado respecto de las niñas y niños que pertenecían a una minoría religiosa.

¹⁶ Me refiero al precedente "*Hoofft*", aunque la Corte recuerda que idéntico criterio asumió en el caso "*Calvo y Pesini*", Fallos: 321:194.

¹⁷ TREACY, Guillermo F., "*Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*", ob. cit, pgs. 195-196.

¹⁸ Al respecto, en los autos "*Zartarian*" se somete a decisión la constitucionalidad de una normativa cordobesa que no incluía en la nómina de causahabientes al conviviente varón, contemplando únicamente el caso de la conviviente femenina. Allí expresamente se alude al estado de vulnerabilidad del actor –que había quedado totalmente incapacitado en el accidente que había ocasionado la muerte de la causante-, al advertir en el considerando 7° "la naturaleza de los derechos en juego, el tiempo transcurrido desde que se iniciaron las presentes actuaciones y la circunstancia de que el actor se encuentra totalmente incapacitado". En el entendimiento de que la manda cuestionada poseía un criterio de clasificación expresamente prohibido –el sexo- y que, por tanto, portaba una presunción de inconstitucionalidad que solo caía si la demandada se ajustaba a los estándares ya analizados, ante el despliegue de genéricos argumentos, declaró la inconstitucionalidad de la manda cuestionada. CSJN, "*Z., J.J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ plena jurisdicción*" sent. del 20/08/2014.

¹⁹ CSJN, Fallos: 340:1795.

²⁰ Se trató del art. 27 inc. ñ de la ley 7546 de educación de la provincia de Salta en cuanto disponía que la instrucción religiosa "integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos...".

Para así resolver, la Corte recordó que hay supuestos en los cuales las normas no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros. A pesar de su apariencia -que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad-, puede ocurrir, sin embargo, que *prima facie* la norma -aplicada en un contexto social- produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado²¹.

En esos supuestos, el Máximo Tribunal estimó que resulta necesario para analizar su constitucionalidad -ante el riesgo de una discriminación a ese grupo-, comprobar la manera en que dicha norma se ha implementado y, una vez comprobado ese efecto de desigualdad, el Estado debe justificar la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición. En el caso de que no logre hacerlo, la norma aparentemente neutra resultará inconstitucional por afectar el principio de igualdad y no discriminación.

b) La desigualdad estructural de las mujeres: el precedente “Sisnero”

El caso “Sisnero²²” presenta características singulares.

En primer lugar, el acto tildado de discriminatorio provenía de un particular y, ante la falacia relativa a que se trata de una protección propia y excluyente del Estado, tiene dicho la Corte Suprema que no existe cláusula alguna que permita afirmar que la protección de los derechos humanos esté circumscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad²³.

Asimismo, a diferencia de los anteriores precedentes comentados, la discriminación no surge de la letra de la ley –ni de su aplicación en los hechos como en el caso “Castillo”- sino que es oriunda propiamente de una

²¹ Con cita de la Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puntos 10 y 12.

²² CSJN, Fallos: 337:611.

²³ CSJN, Fallos: 241:291, considerando 3°. Asimismo, la Procuradora General de la Nación, al dictaminar en el caso bajo análisis, estableció que la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación recae sobre todos los poderes del Estado, pero también sobre los particulares. Para fundar su afirmación, se valió de la opinión de la Corte IDH en la OC 18/03 citada, así como la Recomendación general n° 25 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que prescribe que la mujer esté protegida contra la discriminación cometida tanto por las autoridades públicas como por las organizaciones, las empresas y los particulares.

práctica social²⁴. Al provenir la discriminación de un acto, enseña la Corte que los motivos que la originan suelen ser más presuntos que patentes y, por eso, difíciles de demostrar, dado que normalmente permanecen en la mente de su autor y la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayoría de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación²⁵.

Ahora bien, se trató de una acción de amparo colectivo promovida por Mirtha Sisnero y la Fundación Entre Mujeres contra las empresas encargadas del transporte público urbano de la ciudad de Salta. Dos pretensiones excitaban la jurisdicción: una individual, relativa a la discriminación en razón del género a raíz de la imposibilidad de la señora Sisnero de acceder a un puesto de trabajo como chofer en las empresas demandadas, pese a haber cumplido con todos los requisitos de idoneidad requeridos para dicho puesto; y otra colectiva, dirigida a obtener el cese de la discriminación por razones de género y el establecimiento de un cupo de puestos para ser cubiertos exclusivamente por mujeres, hasta que la distribución total refleje una equitativa integración de los géneros en el plantel de choferes de las empresas operadoras.

Mientras que el Máximo Tribunal de Salta resolvió aplicando una clásica visión de las cargas probatorias,²⁶ la Corte Suprema aplicó el estándar que había elaborado en el precedente “*Pellicori*”²⁷ (para juzgar la constitucionalidad de un despido a priori discriminatorio), focalizado en el reparto de la carga de la prueba: para la parte que invoca la discriminación, es suficiente probar los hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos

²⁴ Situación que fuera advertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al decir que la discriminación no solo se produce cuando existen normas o políticas que excluyen a determinado grupo, sino también por comportamientos que puedan tener efectos discriminatorios. Corte IDH, OC 18/03, 17/09/2003, párr. 88.

²⁵ Fallos: 337:611, considerando 5°.

²⁶ En efecto, entendió que *no había caso judicial* en relación a la actora Sisnero, al no haberse demostrado concretamente que las empresas hubieran contratado personal negándole esa posibilidad. Asimismo, tampoco lo había respecto de la acción colectiva, toda vez que no se había acreditado que las empresas hubieran hecho una convocatoria dirigiéndose solo al sexo masculino o que, en igualdad de condiciones, hubieran tomado postulantes varones en lugar de mujeres, por lo que rechazó el amparo. Sin embargo, entendió que era *evidente la ausencia de choferes mujeres conduciendo colectivos en Salta*, por lo que declaró admisible la demanda con fines preventivos y resolvió exhortar a las empresas para que presentaran ante la Autoridad Metropolitana de Transporte los requisitos para la admisión de postulantes mujeres como choferes, y a los poderes Legislativo y Ejecutivo para que emitieran las normas necesarias a tales fines.

²⁷ CSJN, Fallos: 334:1387.

para inducir su existencia; la parte demandada, por su parte, deberá probar que el acto tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.²⁸

Concretamente, estableció que si el actor acredita la existencia de hechos que permitan presumir el carácter discriminatorio del acto, se presume la práctica discriminatoria y corresponde al demandado la prueba de su inexistencia. Al entender que las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultaban inadmisibles para destruir la presunción, dejó sin efecto la sentencia impugnada²⁹.

Sentado ello, corresponde señalar que cuando la Corte refiere que para la parte que invoca un acto discriminatorio es suficiente con “*la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia*”, su lectura debe interpretarse como la carga de aportar ciertos elementos de prueba que permitan inducir –y no mediante prueba directa, patente y manifiesta- el acto discriminatorio³⁰.

Finalmente, el caso merece el análisis desde dos particulares enfoques:

1) La Corte deja al descubierto a un grupo claramente desaventajado.³¹ En este sentido, el fallo evidencia la asignación de roles circunscriptos a la vida privada, y la no contratación de mujeres relacionada con la expectativa de mantenerlas –en tanto grupo- excluidas de las esferas

²⁸ A diferencia del precedente “*Hoofft*”, la Corte alude expresamente a la jurisprudencia norteamericana, en el conocido caso “*Mc Donnell Douglas Corp. vs. Green*” (fallo del año 1973, publicado en 411 US 792).

²⁹ Arribado nuevamente el caso a la instancia local, el Tribunal acogió la acción de amparo, y ordenó el cese de la discriminación por razones de género, disponiendo que las empresas de transporte público demandadas contraten personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes. SAGÜES, Sofía, “*Discriminación estructural, acciones afirmativas y litigio estratégico*”, ob. cit. pg. 13.

³⁰ Lo contrario, esto es, obligar a la actora a acercar al proceso elementos de prueba absolutamente convincentes, sería desconocer que los prejuicios discriminatorios dominantes operan normalmente de modo inconsciente en el comportamiento de los individuos y, tal como refiere el dictamen de la Procuradora General de la Nación, exigir la constatación de un motivo discriminatorio explícito ofrecería una protección demasiado débil del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación, ya que volvería casi imposible la acreditación de que se configuró un caso de discriminación.

³¹ Un indicador de ello lo constituye el considerando 6°, donde hace alusión a las manifestaciones de uno de los empresarios demandados ante un medio periodístico quien, con relación al juicio, señaló sin ambages y “entre risas” que “esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias (...) Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos (...) Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y (...) no es tiempo de que una mujer maneje colectivos (...)”.

relevantes para el desarrollo de su plan de vida³². Se desprende del pronunciamiento una relación entre el principio de igualdad como no subordinación³³ –en este caso, las mujeres-, y la justificación de la limitación de la libertad de contratar, pues sólo por medio de esta limitación impuesta por el Estado podría empezar a revertirse y dismantelarse la práctica social que mantiene a las mujeres fuera de las esferas relevantes de la vida social.³⁴

2) El precedente “*Sisnero*” puede ser entendido como un litigio colectivo estructural, al poner de relieve la existencia del sometimiento y exclusión de la mujer como integrante de un grupo desaventajado, y la viabilidad de instrumentos de control de inconstitucionalidad por omisión cuando el Estado no modifica la inercia social discriminatoria, y omite la adopción de medidas de discriminación inversa con vocación reformadora de tal realidad³⁵.

V.- Recapitulación y reflexiones finales

La presencia de desigualdades reales de quienes intentan acceder a la justicia, supone la adopción de concretas medidas que procuren equilibrar las situaciones de desventaja estructural que portan determinados grupos vulnerables. En este andarivel, la Corte Suprema, mediante el instituto de las categorías sospechosas, ha canalizado a través de la inversión de la carga de la prueba, una técnica procesal que auspicia la promoción de litigios en búsqueda de una efectiva tutela judicial de la igualdad.

³² Al respecto, adquiere relevancia el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, titulado “*Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*”. Allí se alude en los puntos 72-75 que una concepción más amplia del principio de no discriminación se vincula con la idea de terminar con la subordinación de las mujeres como grupo, condenando las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados, como es el caso de las mujeres.

³³ La Suprema Corte de Justicia de México ha elaborado el “*Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*”. Se trata de un valioso instrumento que pone de resalto el concepto de desigualdad estructural y la obligación del Estado en establecer medidas transformativas de las condiciones que generan exclusión jurídica, social, cultural y económica de forma sistemática.

³⁴ SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?*, ob. cit., pgs. 221-222.

³⁵ SAGÜES, Sofía, “*Discriminación estructural, acciones afirmativas y litigio estratégico*”, ob. cit. pg. 12.

Resulta propicio repasar los diversos estándares probatorios analizados, que servirán de base para una correcta constitución del proceso:

1) En los supuestos en que se considere que la norma en crisis está afectada por una presunción de inconstitucionalidad, quien defienda su validez deberá proporcionar una *justificación suficiente de la restricción*, determinando la existencia de fines sustanciales -y no meramente convenientes- y medios que promuevan eficazmente esos fines descartando la existencia de medios alternativos, menos restrictivos de los derechos en juego. Se invierte la regla epistémica: en caso de dudas se estará por la inconstitucionalidad de la norma.

2) Cuando la discriminación surja de la puesta en práctica de la norma, el actor deberá comprobar la forma desigual en que la manda se ha implementado. Acreditado ese extremo, se invierte la carga y deberá el Estado justificar la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición. Nuevamente se invierte la regla epistémica y ante la duda, se estará por su inconstitucionalidad.

3) Si la desigualdad proviene de una práctica, el estándar que aplica la Corte es más atenuado, y divide las tareas probatorias: para la parte que invoca la discriminación, aportar ciertos elementos de prueba que permitan inducir el acto discriminatorio; para la demandada, probar que el acto tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. Si la actora prueba el extremo a su cargo, ante la duda se presumirá la inconstitucionalidad de la práctica.

En definitiva, la desigualdad como flagelo imperante en la sociedad exige un abordaje que no se agota únicamente desde la mirada jurídica. Sin embargo, si tenemos en cuenta que la suerte de un litigio depende de los argumentos y elementos de prueba que den veracidad al relato de los hechos, focalizar en la distribución e inversión de la carga de la prueba en los casos en que intervienen grupos vulnerables en búsqueda de un integral reconocimiento al derecho a la igualdad –en conexión con otros derechos fundamentales-, el proceso que se adapta a estas necesidades contribuye indudablemente a evitar la discriminación, mediante la confección de sentencias judiciales que avizoren las consecuencias prácticas de sus decisiones.