



Universidad Nacional del Litoral
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Secretaría de Posgrado

Título del trabajo final integrador:

Daños por discriminación

Alumno: Bruno Damian Zeballos
Carrera: Especialización en Derecho de Daños
Cohorte 2017

Índice

Introducción	3
Marco normativo	4
Concepto de discriminación	5
La igualdad	7
Categorías Sospechosas	9
Litigios antidiscriminatorio	12
Fallo sobre discriminación en razón del sexo	17
Daños por motivos de discriminación por discapacidad	21
Daños por actos discriminatorios por motivos de orientación sexual	25
Daños por actos discriminatorios por motivos de religión	28
Daños por actos discriminatorios por motivos de condición social	32
El rol del Poder Judicial en materia de políticas públicas	35
Conclusión	36
Bibliografía	37

Introducción

El fin propuesto para la realización de este Trabajo Final Integrador para la Especialización de Derecho de Daños de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral es desarrollar el tópico de la responsabilidad civil por actos de discriminación.

En primer lugar se procederá a analizar el concepto de discriminación, qué constituye un acto para que sea discriminatorio, como así su correlación con la definición de igualdad, qué implica la misma; para posteriormente estudiar los elementos del litigio antidiscriminatorio y finalmente desarrollar casos jurisprudenciales sobre los distintos tipos de discriminación, entre otras cuestiones relevantes.

Cabe hacer saber al lector que en la cuestión jurisprudencial antes referenciada se hará hincapié sobre cómo fueron tratados los presupuestos de la responsabilidad civil, como así también las distintas funciones del derecho de daños, preventiva, resarcitoria y punitiva.

La curiosidad ha llevado a direccionar el trabajo a encontrar patrones comunes entre dichos fallos y si es posible observar cuáles son las problemáticas comunes a este tipo de daños como lo puede ser el hecho de si hay un solo o más sujetos afectados, cómo se prueba un daño, qué es lo determinante para hablar de discriminación, cuál es el umbral tomado en cuenta, cómo se cuantifica ese daño, entre otras preguntas que puedan surgir a lo largo del trabajo, las que faltaría a la verdad si decimos que hemos encontrado la respuesta a todas ellas.

Marco normativo

La Constitución Nacional en su art. 16 dispone que: *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”*. Éste artículo es la norma base de igualdad, que todos los habitantes son iguales ante la ley.

Como se sabe una de las derivaciones más importantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es que los Estados Partes han asumido el deber de respetar y garantizar determinados derechos sin discriminación, por lo que se obligan a adoptar medidas para hacerlos efectivos, a garantizar su ejercicio y en su caso, lo que aquí nos interesa: la indemnización del daño. En este último sentido, tienen relevancia trascendental el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, además del Código Civil y Comercial, en lo pertinente al tema que nos exponemos, la Ley N° 23.592 sobre actos discriminatorios, sancionada el 3 de agosto de 1988, la que manda a adoptar medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional.

El artículo 1 de dicha Ley expresamente dispone que *“(q)uien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”*.

Asimismo, dicha ley eleva las condenas de los delitos penales cuando sean cometidos por *“persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”*. Crea también un tipo penal para quienes organicen o realicen propaganda basados en ideas o teorías de superioridad. Y finalmente obliga a exhibir en el ingreso a los locales de acceso público, en forma clara y visible el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional, junto con el de la ley.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece en su art. 51 que *“(l)a persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”* y en el art. 52 que *“(l)a persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...”*.

El art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor regula el tracto digno, ordena el tracto equitativa y prohíbe conductas vergonzantes y hacer diferenciación sobre los extranjeros, entre otras.

Concepto de discriminación

Para dilucidar de lo que estamos hablando es siempre útil empezar por una definición y es así que el diccionario de la Real Academia Española define al verbo discriminar como “seleccionar excluyendo” y “dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc.”.

He aquí que discriminar está ligada a la noción de igualdad, que como todos sabemos dicho derecho está consagrado en la Constitución Nacional y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, por lo que nos adentramos al Orden Jurídico Internacional, que obliga al Estado -como ente- a respetar los derechos, a proteger los derechos (reparar) y a adoptar medidas para poder consagrar los derechos.

Si nos remitimos a dichos Tratados, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. 2 consagra que “*todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*”. La Declaración Universal de Derechos Humanos, por su parte, establece que todos los humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y agrega, a la prohibición de discriminación antes enumerada la de “*color (...) opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento*”; su parte hace también la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Si bien se ha postulado que todas las personas somos iguales, lo cierto es que los seres humanos desde que nacemos por la naturaleza particular de cada uno, por los genes que tenemos, por las condiciones socio-económicas distintas, así como la cultura entre otros factores, hace que cada uno sea muy distinto al de al lado. Y ha sido por una -costosa y acertada- decisión política que el derecho nos ubica en la misma posición de igualdad para ser titulares de derechos humanos.

El *no respeto* a esa igualdad es lo que entendemos que es la discriminación y es aquella la que Estado está ordenado a velar cuando la misma es transgredida, lo que implica no solo la adopción de normas, sino que también políticas públicas y políticas más amplias como puede ser inclusive la discriminación a la inversa.

Como nos encontramos ante un trabajo propio de la Carrera de Daños, el campo que nos toca es el civil, por lo que más allá de las interrelaciones y vinculaciones entre las distintas materias, dejaremos de lado la obviamente la rama penal, así como la parte de las políticas públicas que dan prolifera material para explayarse, y nos circunscribiremos a los daños que se producen una vez que se viola el principio de igualdad y a la reparación que cabe a los responsables de dicha situación.

Discriminación *de facto*

Debemos tener en cuenta que a veces no aparece en la norma la discriminación sino que es el resultado de ciertos prejuicios o prácticas sociales (sin norma que distinga pero sí en la práctica), lo que se denomina discriminación de facto.

La Corte abordó esto en dos casos por discriminación en base al sexo: “Pellicori, Liliana S. c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal” y “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRLy otros s/amparo”.

El estándar probatorio decidido fue que quien alega discriminación tiene que probar que hay hechos que a *prima facie* evaluados pueden inducir acto discriminatorio; si esto se satisface se invierte la carga probatoria, y el demandado tiene que probar que hubo un objetivo razonable ajeno a discriminación.

La igualdad

Para seguir abordando este tema resulta imprescindible para su entendimiento, tener en cuenta qué es la igualdad.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de manera previa a la reforma Constitución de 1994, tuvo un enfoque tradicional de la igualdad, es decir un criterio más bien formal, lo que se traduce en no conceder excepciones ni privilegios que excluyan a unos de lo que se concede.

La igualdad implica por un lado la igualdad ante la ley y la jurisdicción, como la abolición de títulos de nobleza, la esclavitud, fueros especiales (arts. 14, 15, 16 y 18 de la CN). Asimismo, la igualdad civil, todos somos iguales ante los ejercicios de los derechos (“habitantes”) así como en la admisión de los empleos y cargas públicas. Da a los extranjeros (art. 20) el goce de los “derechos civiles” (todos los que no son derechos políticos).

La Corte en el viejo precedente “La Martona” dijo que para que hubiera desigualdad constitucionalmente relevante era la que realizaba el legislador y si la desigualdad provenía de la aplicación de la norma, para la Corte, faltaban razones para considerar desigualdad.

Sumado a lo antes dicho podemos agregar que menos aún se contemplaba el impacto de las normas en diferentes grupos.

A esa igualdad formal le faltaba para ser más completa incluir a los grupos desaventajados, es decir a las personas que se encuentran en desigualdad estructural, para quienes a veces es necesario que se haga algo más que otorgarles igualdad ante la ley, porque aquel enfoque al centrarse en las desigualdades normativas se desentendía de las desigualdades de trato.

Con la reforma de la Constitución de 1994 se produce un gran cambio. Con ella apareció la concepción material de igualdad que procura una igualdad real de oportunidades y de trato. Se incorpora el art. 75, inc. 23, el cual dispone que corresponde al Congreso la “acción positiva” respecto a niños, ancianos, mujeres, personas con discapacidad, el inc. 17 en cuanto a los indígenas, y el art. 37 en cuando a acción positiva para mujeres en cargos políticos. Es decir, se reconoce la facultad del Congreso Nacional de implementar acciones afirmativas que generen igualdad real de oportunidades en favor de grupos en situación de desventaja; se refuerza la noción de igualdad como no discriminación

El Estado tiene el deber de generar acciones afirmativas para crear igualdad real de oportunidades. Asimismo, lleva a repensar el proceso constitucional, como la legitimación activa. El art. 43 de la CN habilita el amparo colectivo para casos de discriminación, etc.

Hay que agregar algunos de los Tratados de Derechos Humanos han tenido a la discriminación como eje, como para con la mujer, la raza o las personas con discapacidad.

Hay jurisprudencia que define a la igualdad como no discriminación, lo que se puede leer en muchas constituciones del mundo, en especial de América Latina, que en sus artículos reconocen derechos sin hacer ninguna discriminación.

La igualdad como no discriminación alude a la obligación estatal de no someter a las personas ningún tipo de trato arbitrario.

La noción de igualdad no implica que las personas deban ser tratadas de la misma manera sino que el Estado sí tiene la obligación de hacerlo así si aquellas se encuentran en

igualdad de circunstancias.

Por lo que podríamos decir, que la igualdad constitucional de la Corte es igualdad de trato en igualdad de circunstancias. Como se sabe es muy dificultoso distinguir cuando las circunstancias son iguales. A consecuencia de esto, el Estado debe elegir criterios razonables para efectuar las distinciones.

Razonable significa que debe existir una relación de funcionalidad entre el requisito exigido y la finalidad perseguida por el Estado.

Para ilustrar lo anteriormente postulado, el Dr. Saba da el ejemplo en el caso de la seguridad vial que está a cargo del Estado, entre las políticas se otorgan las licencias de conducir, el criterio es demostrar aptitud para el manejo a los fines de reducir accidente, lo que a todos luces es funcional con la política pública de reducir accidentes (el sexo de las personas no logra el test de razonabilidad porque no hay ninguna funcionalidad entre el sexo de las personas y la reducción de accidentes), en cambio, que se tomen exámenes de aptitud para el manejo y se requiera un piso de conocimientos y habilidad para el manejo sí constituye un criterio razonable porque ello contribuiría al fin perseguido de resguardar la seguridad vial.

Categorías sospechosas

El enfoque sustancial de la igualdad implica igualdad de oportunidades y de trato.

Hoy en día se ha formado el concepto de “categorías sospechosas” el que implica que cuando se regula sobre dichas categorías existe una presunción de inconstitucionalidad. Dichas categorías abarcan a aquellos grupos que no están en igualdad real y por lo tanto las restricciones que se efectúen a los derechos de las personas tienen que superar el control de constitucionalidad.

Dichos controles son de diferente intensidad, el más leve es el de mera razonabilidad, al que le sigue uno intermedio y finalmente existe el control estricto o intensivo.

Control de mera razonabilidad

El más leve es el de mera razonabilidad, por el que se presume la constitucionalidad de la norma, de lo que deriva que quien sostiene que la misma es inconstitucional tiene la carga de probarlo.

Se aplica por defecto para derechos económicos y sociales y funciona con cuatro elementos:

- 1) los fines de la norma, si es conveniente y constitucional;
- 2) los medios, los que no deben ser prohibidos por la constitución y vinculación con el fin perseguido;
- 3) adecuación del medio al fin, idoneidad del medio para lograr el fin perseguido (“Cine Callao”, “caso Arenzon”, sobre la altura mínima para ingresar a un instituto de profesorado); y
- 4) proporcionalidad, es decir en qué medida restringe el derecho, no debe ser tal que lo desnaturalice, lo que se puede observar en materia impositiva, cuando la carga de impuestos es “confiscatoria” estamos ante un impuesto desproporcionado.

Análisis intermedio

Este ha sido sostenido por los Jueces Maqueda y Highton en el caso “Gottschau”. Para el mismo tampoco rige la presunción de inconstitucionalidad, y los elementos son:

- 1) el fin de la norma represente algún interés estatal razonable;
- 2) exposición de las razones por las cuales es razonable exigir ese requisito;
- 3) carga de la argumentación: parte demandada.

Escrutinio estricto

La Corte habla de presunciones de inconstitucionalidad, por ejemplo, en el caso Repetto por el requisito de la nacionalidad exigido para poder enseñar. Como la nacionalidad está vedada como un criterio para hacer distinciones en el ejercicio de derechos civiles según el art. 20 de la Constitución Nacional, la Corte entiende que la

utilización del Estado de este criterio altera la carga de la prueba y de la argumentación sobre la demostración de la razonabilidad del criterio adoptado y le asigna al Estado la carga de acreditar un interés estatal urgente e importante.

Tribunales como la CSJN, la CIDH, la CEDH, etc. han adoptado el criterio de igualdad como trato no arbitrario.

Nos encontramos ante una categoría sospechosa cuando una persona tiene una característica que la persona no puede elegir libremente, como la raza, el sexo, el nacimiento; o las que están muy vinculadas a la identidad de persona, como las opiniones políticas, gremiales, la religión, etc.

No necesariamente se trata de grupos minoritarios, sino de personas socialmente en desventaja porque en el caso de las mujeres pueden ser mayoría en número.

Existen casos de la Corte como el de Hooft, un juez argentino naturalizado que no podía cargo superior por no ser argentino nativo; el caso Repetto, una maestra jardinera de nacionalidad norteamericana no podía ser designada como titular en un jardín en que el Dr. Petracci dijo que cualquier diferencia entre nacionales y extranjeros debe presumirse inconstitucional salvo que acredite un interés estatal urgente (art. 20 de la CN). Entre otros casos relevantes encontramos el Calvo y Pesini y Gottschau.

El artículo 1 de la Convención Americana de DDHH nos da una serie de características que se utilizan para las categorías sospechosas, a saber: “la raza, la religión, origen étnico, posiciones políticas o de otra índole, o cualquier otra condición social”.

El Dr. Saba explica que la nueva noción de igualdad que se asocia con la idea de que la igualdad proscriba la subordinación de grupo.

Un caso para ejemplificar ello es el de la Corte Suprema de EEUU, sobre el acceso a las escuelas de los hijos de inmigrantes ilegales, el Juez Brennan estimó que las políticas migratorias de dicho país no funcionan muy bien, a lo que se agrega una situación del mercado de trabajo que estas personas son contratadas porque les pagan menos. Si partimos que estas políticas no funcionan bien y si a ello se le suma el hecho de que el Estado desarrolla una política de exclusión de los hijos de inmigrantes ilegales de las escuelas públicas, como consecuencia se conforma “una casta permanente” de individuos sistemáticamente excluidos. La formación de castas es contradictoria con el principio de igualdad de la constitución.

En el sentido anteriormente expresado, se puede decir que la exclusión de las mujeres hasta la ley de cupo en cargos políticos, no tiene que ver con la elección de un criterio no razonable, sino con efectos más complejos de exclusión sistemática.

Para algunas situaciones en las que nos encontramos con personas en desventaja estructural, histórica, sistémica, intergeneracional, la noción de igualdad como trato no arbitrario puede producir cuando la implementamos efectos que perpetúan la situaciones de exclusión de los grupos de actividades relevantes de la vida en sociedad.

Igualdad ante la ley e igualdad como no subordinación de grupos.

Dentro de la noción de igualdad como no discriminación, la obligación estatal se circunscribe a no tratar de manera arbitraria a las personas y a no adoptar criterios irrazonables cuando efectúa distinciones.

En prieta síntesis, en el control de constitucionalidad llamada de escrutinio estricto se parte de la inconstitucionalidad de la norma y quien sostenga que la norma es constitucional tiene que argumentarlo.

Los elementos que abarca son:

1) fines sustanciales y no meramente convenientes, relevantes para el Estado, como el ejercicio de la jurisdicción, la protección de grupos vulnerables (caso “Repetto”).

2) los medios, si éstos promueven los fines sustanciales; y

3) no deben existir otros medios, menos restrictivos del derecho para alcanzar el objetivo, tienen que ser medios necesarios para lograr el fin.

Es en este control donde aparecen las categorías sospechosas.

Litigio antidiscriminatorio

A los fines de abordar este tópico empezaremos por reseñar que a partir de la Reforma a la Constitución Nacional de 1994 el litigio antidiscriminatorio cambió para siempre, por la incorporación de tratados de derechos humanos, en particular el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que introdujeron a nuestro ordenamiento jurídico gran cantidad de derechos con relación directa al derecho antidiscriminatorio y al principio de igualdad.

La reforma de la Constitución 1994 robusteció la igualdad constitucional virando de una igualdad formal a una igualdad real de oportunidades, con la específica mención de la misma en el art. 75, incisos 17 y 35, con la incorporación del amparo colectivo en el art. 43, la que constituye una importantísima herramienta procesal para defender derechos de manera colectiva, con la posibilidad, claro está, del litigio antidiscriminatorio.

La Reforma agregó como legitimados activos para el litigio colectivo a defensorías del pueblos, Organizaciones No Gubernamentales, como las organizaciones de defensa al consumidor y los afectados por alguna vulneración de derechos.

Esta conjunción de nuevos derechos, con una nueva concepción de igualdad, reconocimiento de acciones judiciales y actores judiciales que tengan por finalidad llevar estas acciones, tuvo como consecuencia agrandar el tipo de casos que se llevan a la justicia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el famoso caso Halabi amplió el acceso a la justicia a los casos de derecho de incidencia colectiva referentes a bienes colectivos y a derechos individuales homogéneos. Estas vías tienen a utilizarse para defender a sujetos vulnerables, que se encuentran en condiciones estructurales de desigualdad o sometimiento.

Los casos referidos a litigios colectivos pueden ser tres tipos:

- 1) clásicos o individuales;
- 2) colectivos: grupo como parte actora representada, por objeto desafiar alguna parte de política pública y la solución afecta a muchas personas; y
- 3) casos estructurales: no es una parte de una política pública lo que se desafía, es estructural, afecta a más personas, a actores institucionales.

Particularidades de los reclamos de daños por discriminación

El litigio antidiscriminatorio por daños requiere tener algunos conceptos y especificaciones en claro que marcan la doctrina y la jurisprudencia al respecto.

En este sentido podemos empezar por señalar que la responsabilidad civil por actos discriminatorios, reclamada tanto contra particulares como contra el Estado se dan el plano contractual y en el extracontractual, tal como se ilustra en este trabajo con casos jurisprudenciales.

El objeto de la acción

Cuando se reclama judicialmente por daños por discriminación naturalmente la acción puede tener como objeto la reparación del daño patrimonial y extrapatrimonial

sufrido, como tradicionalmente ha dado en el derecho de daños.

Además del objeto antes expuesto, se puede ejercer una acción con el fin de que deje sin efecto el acto discriminatorio o se cese en su realización; así es establecido por la Constitución Nacional y específicamente por la Ley de Actos Discriminatorios.

Complementariamente a las normas antes aludidas, el Código Civil y Comercial de la Nación regula la tutela preventiva. El art. 52 de dicho cuerpo legal establece que la persona humana lesionada, que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención del daño, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1. En éste expresamente se regula la acción preventiva para cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Este supuesto se da ante un riesgo cierto de sufrir un daño en el futuro, es decir un daño probable.

El objeto de las acciones antes mencionadas no son excluyentes entre sí, por lo que se permite acumular las pretensiones, lo que así está expresamente previsto, como también se puede deducir de los principios generales atento a que el cese de la discriminación en muchos casos no es suficiente para indemnizar el daño sufrido.

Finalmente, la acción puede incluir, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan, el daño punitivo. En este caso está acotado al microsistema de protección del consumidor, que lo agregó a partir del 2008 con la incorporación del art. 52 *bis* en la Ley de Defensa del Consumidor. Decimos que es exclusivo del derecho del consumidor porque se perdió la oportunidad de incluirlo en el derecho civil y comercial al sancionarse el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación dentro de las funciones del derecho de daños.

Este último supuesto de daño punitivo funciona siempre a instancia del damnificado y se suma a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el reclamante, son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro.

La indemnización

Conforme al Código Civil y Comercial de la Nación “*hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico*” (art. 1737) y “*la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida*” (art. 1738).

Asimismo está consagrado legalmente el principio de reparación plena, que consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso (art. 1740).

Para que estos daños sean reparados se requiere que el actor pruebe los mismos. Esta es la regla general, la que sin ninguna duda se da en el ámbito patrimonial (daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance, etc.), pero el art. 1744 trae la excepción de

probar en caso de que así la ley lo impute o presuma, o que surja notoriamente de los propios hechos.

Ahora bien, para el daño extrapatrimonial se considera innecesaria una prueba específica porque la misma surge del hecho mismo por haber sufrido la discriminación, tal como expresamente se exponen en los fallos que se comentarán más adelante.

El Código en su art. 1741 regula la indemnización de las consecuencias extrapatrimoniales y establece que “*(e)l monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas*”.

Según Kiper para “*probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo (...) Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia e intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o la decepción*”.

Finalmente, como se explicó más arriba cuando resulte aplicable la Ley de Defensa del Consumidor, se podrá también reclamar la aplicación del daño punitivo, y así se desarrolla en este trabajo en algunos de los fallos relatados.

No obstante ser un materia altamente interesante excede el fin de de este trabajo la cuantificación de los respectivos rubros por lo que nos hemos limitado a simplemente a hacer mención de ellos.

Los factores de atribución

Siguiendo a Zavala de Gonzalez los factores de atribución son las razones que justifican la responsabilidad, por lo que constituyen una explicación axiológica. En otras palabras, se puede decir que estos dan los fundamentos por los cuales se manda a soportar el daño al responsable o hace nacer la obligación de repararlos.

Estos factores pueden ser objetivos o subjetivos (art. 1721 del CCC). El factor de atribución es objetivo cuando “*de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado*” (art. 1723) por lo que la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad (art. 1722).

Los factores de atribución de la responsabilidad subjetivos son el dolo y la culpa. Ésta última consiste “*en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar*”, en cambio el dolo “*se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*” (art. 1724).

Cuando estamos ante un acto discriminatorio que se produce con la intención de dañar estamos sin duda alguna ante el factor de atribución subjetivo de dolo. Se ha discutido sobre si se configura la responsabilidad cuando no existe intención de dañar, es decir, ante la culpa.

Se entiendo que por más que el acto carezca de culpa, el mismo no deja de ser discriminatorio. “*(L)os hechos hablan por sí mismos en razón de la incompatibilidad lógica que existe entre la conducta efectivamente obrada y la conducta prudente que ha sido*

omitida”; así se verá más adelante en el caso expuesto sobre daño por discriminación por religión donde se imputó responsabilidad civil por discriminación por la imprudencia o negligencia del autor, es decir del factor de atribución subjetivo de culpa.

Si bien la carga de la prueba de los factores de atribución y de las eximentes, excepto disposición legal en contrario, corresponde a quien los alega (art. 1734), los jueces están facultados para distribuir dicha carga según ponderen cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla (art. 1735).

En los casos de discriminación existe gran dificultad para probar, por lo que en ocasiones los jueces, ya previamente a la sanción del nuevo Código, habían invertido la carga probatoria. Sin embargo, se ha observado que ello no armoniza con la idea del dolo, el que no se presume, sino que debe ser probado por quien lo invoca. El dolo además se caracteriza por ser excepcional en el ámbito de la responsabilidad civil.

Asimismo, explica Kiper que las convenciones internacionales utilizan fórmulas de condena de la acción que tenga “*por objeto o por resultado*” menoscabar un derecho. Dicha fórmula no requiere una intención específica, basta con que se produzca el resultado no querido para considerar la existencia de discriminación. Estamos entonces ante supuesto de responsabilidad objetiva en el que basta con el resultado dañoso sin analizarse el factor subjetivo del autor.

En los casos analizados en este trabajo como el del impedimento de ingreso de una familia a un supermercado o la falta de rampa de acceso para discapacitados a un local comercial, se atribuyó responsabilidad con independencia de la negligencia, imprudencia o impericia, sino por el resultado que dichas acciones u omisiones produjeron.

El Dr. Kiper enseña que en el plano contractual “*no se exige recurrir a parámetros valorativos del comportamiento sino que (l)a injusticia del daño viene (...) subsumida en el incumplimiento*”. Así el Código Civil y Comercial regula en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración y que en caso de haber existido dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento (art. 1728).

Siguiendo al autor antes citado, en el ámbito de la responsabilidad contractual tiene un lugar importante la obligación de seguridad, derivada del principio *non alterum laedere* de la responsabilidad extracontractual, lo que implica un factor objetivo de atribución y que, como tal, sólo admite la liberación acreditando el obligado la ruptura del nexo de causalidad adecuada; es decir que el obligado a prestar ese deber de seguridad para eximirse debe probar la culpa de la víctima o el hecho de un tercero por quien ése no está obligado.

Como en estos casos nos fijamos en la mera causación del daño, y no en el aspecto subjetivo, los eximentes que se analizarán serán los de la relación de causalidad.

La relación de causalidad

Otro de los requisitos para que se impute responsabilidad por daños es la existencia de la relación de causalidad entre el acto (acción u omisión) y el daño.

Como es sabido, al respecto han existido varias teorías. Actualmente, se desprende del art. 1726 del Código Civil y Comercial que se requiere que haya causalidad

adecuada entre el acto y el daño, según dicho artículo: “*Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario*”.

Esto quiere decir que no basta que el hecho sea condición para que el daño se produzca, sino que además, debe haber probabilidad de que se hecho pueda producir el daño reclamado.

Medidas que los jueces pueden adoptar

Enlazando lo precedentemente expuesto con la evolución del concepto de igualdad desarrollado y la reforma constitucional del 94, ha llevado, a cambios en los remedios y reparaciones que los jueces pueden ordenar.

Los remedios que los jueces pueden adoptar en el marco de casos que presenten violaciones al principio de igualdad como no discriminación serán órdenes de no hacer, de no tratar arbitrariamente.

Para la desigualdad estructural de grupos serán órdenes de hacer al Estado, como adoptar medidas para dismantelar situaciones de desigualdad estructural.

Asimismo la reparación, claro está, que mira hacia el pasado cuando lo que se pretende es volver las cosas a su estado anterior. Ésto está también el ley antidiscriminatoria.

En casos de desigualdad estructural también se va a tener que mirar hacia el futuro, qué tipo de medidas les compete al Estado para que esta situación que genera la subordinación de grupos desaparezca, las llamadas políticas públicas positivas (CSJN: Verbisky sobre población carcelaria, Mendoza, Badaro).

Procesos Colectivos

Además de los casos individuales, la Constitución trae la legitimación activa colectiva y la del Defensor del Pueblo.

El art. 86 de la Constitución Nacional le encarga al Defensor del Pueblo la defensa y protección de los derechos humanos y demás garantías tutelados por la Constitución.

Los casos icónicos sobre legitimación colectiva en la jurisprudencia de la CSJN son: Benghalensi (2000), *habeas corpus* colectivo Verbisky (2005), Halabi (2009) y el caso Mendoza del Riachuelo.

Conforme a la extracción que hicimos de uno de los fallos que a continuación exponemos: “*El tema de la particularidad de los legitimados activos: class action y defensor del pueblo en la "class action" se produce una extensión de la representación de intereses privados, semejantes y fungibles, que se acumulan por razones prácticas (ver Quiroga Lavié, H., "El amparo colectivo", Buenos Aires, 1998, ps. 110/2, quien a lo largo de la obra defiende con énfasis la tutela colectiva)*”.

Fallo sobre discriminación en razón del sexo

El litigio “*Fundación Mujeres en Igualdad (M.E.I.)/ Freddo*” fue llevado por la Clínica Jurídica de la Universidad de Palermo, se inició en 1999 cuando se comprobó que Freddo contrataba casi exclusivamente a hombres. La Fundación Mujeres en Igualdad (M.E.I.) no representaba a una persona en particular sino a un grupo de interés público: el de las mujeres que no podían presentarse ni competir para obtener un trabajo en la cadena de heladerías. Esto fue posible a partir de que la Constitución de 1994 habilita la “acción de clase”.

El art. 43 de la Constitución Nacional, al regular la acción de amparo establece que “(p)odrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación (...) el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley”. En este caso nos encontramos ante una asociación que tiene como fin la defensa de la igualdad de las mujeres.

Los jueces de la causa, Claudio M. KIPER y Jorge GIARDULLI dictaminaron que FREDDO S.A. debía contratar, en el futuro, sólo a personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida. El fallo es extremadamente importante porque plantea la disyuntiva que existe entre la discriminación de género versus la libertad de contratar por una empresa.

Cabe aclarar, que si bien el fallo es muy rico en doctrina y jurisprudencia comparada, asimismo realiza una explicación muy didáctica, en este trabajo nos centraremos en rescatar de la sentencia las normas y cuestiones más tangibles de nuestro ordenamiento jurídico y del litigio antidiscriminatorio por la función práctica que se nos ha requerido.

Pasemos a relatar un poco más de qué se trató este caso. Según se puede extraer de la sentencia, surgió de la Clínica Jurídica de Interés Público que funciona en la Universidad de Palermo, cuyo coordinador y docente se presentó ante un notario el 24/12/1999 y éste concurrió a diversas heladerías (no pertenecientes a la cadena Freddo) donde constató que había mujeres atendiendo al público; y al año siguiente, otra escribana se constituyó en diversos locales de la heladería Freddo y constató que eran hombres los que atendían al público.

Asimismo, la parte actora agregó copias de avisos aparecidos en un diario en el que la empresa solicitaba empleados para atención al público, repartos y caminantes y, entre los requisitos exigidos se mencionaba el “*sexo masculino*”. Dicha situación se repitió en varios avisos con la excepción del pedido de “*telemarketers*” ya que se aclaraba que estaba dirigido jóvenes de ambos sexos. Finalmente, en otros avisos, si bien no exigían expresamente el sexo masculino, se utilizaban las palabras “*empleado*”, “*repartidores*”, con cierta alusión al sexo masculino.

Los referidos avisos periodísticos motivaron también que la ciudadana Mariana Alvarez se presentara ante la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, a partir de lo cual se labraron actuaciones de la que surgía que, según lo informado por el ANSES, en diciembre de 1999, la empresa contaba con una dotación de 681 personas, de los cuales 646 eran hombres, y sólo 35 mujeres.

Ante dicho planteo la demandada reconoció que tomaba empleados del sexo masculino para ciertos puestos porque según explicó además de preparar el producto y atender al cliente, debían “*efectuar la limpieza del local, cargar los baldes conteniendo el*

producto, los que tienen un peso de 10 kgrs., ingresar a los pozos de frío que tienen una profundidad importante y bajas temperaturas. Con relación a los motoristas se requieren conocimientos mínimos de mecánica, poseer registro, limpiar el ciclomotor, cargar combustible con bidones, reparar la moto y cambiar las piezas de la misma. Asimismo las tareas desempeñadas son cumplidas en horarios rotativos hasta altas horas de la madrugada (...) En este sentido FREDDO pretende 'proteger' y no discriminar a la mujer", según argumentaron.

Por otro lado, el encargado de recursos humanos de la empresa señaló que los potes de aluminio antes pesaban 20 kilogramos y que luego pasaron a pesar entre 8 y 9, lo que justificaba que se contrataran hombres, pero que esa política había cambiado tras la compra de la empresa por el Grupo Exel.

Podemos observar que ante la situación fáctica antes descripta nos encontramos en nuestro derecho que la Constitución Nacional en su artículo 37, apartado segundo, consagra que "*(l)a igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral*". El inc. 19 del art. 75, apartado tercero, dispone que el Congreso debe sancionar leyes que consoliden "*...la igualdad real de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...*". En el mismo sentido, el inc. 23 de dicho artículo faculta al Poder Legislativo a "*(l)egislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*".

Destaca el fallo que "*la OIT tiene una participación activa para lograr la igualdad en el ámbito del empleo, especialmente a partir de 1960, cuando fueron aprobados el Convenio 111 y la Recomendación N° 111. En 1975 la OIT emitió una Declaración sobre la igualdad de oportunidades y trata para las trabajadoras, completada en 1985 con una Resolución sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo*".

Agregaron que el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer el que establece que: "*Los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección, en cuestiones de empleo (...)*". Los sentenciantes expresaron que dicha Convención tiene un concepto amplio de igualdad: igualdad ante la ley, igualdad en la ley, igualdad jurídica, igualdad en los derechos y, en lo que aquí más interesa, igualdad de oportunidades y la igualdad de hecho.

El fallo invoca el art. 1 de la Ley 23592 el cual dispone que "*quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados*".

Respecto a la prueba los integrantes de la Sala dijeron que: "*Uno de los*

problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con similar jerarquía), considero que cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el onus probandi pesa sobre el empleador. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe (ver Kiper, Claudio, "Derechos de las minorías ante la discriminación", 1999, especialmente ps. 129/33 y 238/40)".

Consideraron los jueces que en el presente caso la discriminación se encontraba *"en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino"* -para seguidamente introducirse, en lo novedoso que tiene el caso, con el derecho de la libertad de contratar de las empresas privadas- *"en una proporción tan considerable que torna irrazonable al margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal. Más aún si se tiene presente la presunción de discriminación referida precedentemente, que se produce cuando quienes se encuentran en la situación desigual pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja"*.

Conforme a como sabemos y los Jueces explicaron, los derechos consagrados en la Constitución Nacional distan de ser absolutos y están sujetos a reglamentación, por lo que el derecho a la libertad de contratar encuentra un límite en la prohibición de discriminar *"lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer (...) así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso (conf. Tribunal Constitucional de España, sent. Del 22/3/99, n° 41/99, en Jurisprudencia Constitucional, Boletín Oficial del Estado, Madrid, T. 53, enero-abril de 1999, p. 485)"*.

"Debe asegurarse a las mujeres no ser discriminadas en el acceso a los puestos de trabajo por su condición, así como el acceso a los puestos de mayor jerarquía, hechos que suelen ocurrir en la práctica. A la vez, también debe garantizarse que no sean despedidas por tal razón, que las condiciones de trabajo sean semejantes y, por último, que perciban la misma remuneración que un hombre que realiza una tarea similar (Kiper, ob. cit., p. 309)".

"Lo cierto es que la principal limitación a las normas que prohíben la discriminación indirecta en razón del sexo es que el empleador puede defender sus prácticas discriminatorias demostrando que sus acciones están objetivamente justificadas, lo que debe ser valorado por los jueces".

"La no discriminación por razón del sexo, en materia laboral, se exige antes, durante y después de la relación laboral. Se entiende por "antes" el proceso de selección (desde las convocatorias, llamados para la provisión de cargos y reclutamiento) hasta el momento de la contratación definitiva. Es así que algunas legislaciones (...) tienen normas específicas para prohibir el uso del motivo "sexo" para elegir al ocupante del puesto vacante".

Entendió el Tribunal que *"la justificación de que los baldes son pesados tiene que ver más con prejuicios sobre el "sexo débil" que a una verdadera visión del tiempo actual. Tampoco parece ser ésta una tarea penosa, peligrosa o insalubre"*.

“Al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades, derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad”.

Cabe agregar, que el caso concluyó satisfactoriamente para ambas partes a través de la firma de un convenio en el que la cadena de heladerías se comprometía a seguir cumpliendo con el principio de igualdad y no discriminación de género en su dotación de personal.

Daños por motivos de discriminación por discapacidad

Según la Organización Mundial de la Salud la discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

Existen distintas formas de discriminación pueden sufrir las personas con discapacidad y que producida la misma pueden dar lugar a un reclamos de daños.

1) la directa: es un trato desfavorable prohibido;

2) la indirecta: una norma o práctica que parece neutral y no lo es, como por ejemplo cuando las escuelas sin negar matrícula a ningún estudiante, son discriminatorias porque carecen de material en braille para personas ciegas o las instalaciones para personas con poca movilidad;

3) por asociación, en este caso se da en contra de personas relacionadas a personas con discapacidad, como lo puede ser una madre respecto de su hijo con discapacidad cuando busca empleo y es rechazada porque el empleador considera que dicha mujer se ausentará más frecuentemente por esa condición de su niño;

4) de ajuste razonable, ésta ocurre cuando por ejemplo un empleador niega las modificaciones sin que las mismas sean desproporcionadas o indebidas, como comprar un lector para personas con discapacidad visual y así ésta pueda trabajar;

5) estructural o sistémica, se manifiesta a través de patrones solapados de conducta institucional o tradiciones sociales o culturales discriminatorias, por ejemplo los estereotipos dañinos o cuando los testimonios de las personas con discapacidad en los tribunales son desestimados;

6) múltiple cuando además de la discapacidad existe otra causal, como por ejemplo el sexo, la edad, la religión, el ser indígena, el estatus, la orientación sexual, etc; lo que deriva por lógica en un agravamiento atento a que los factores de discriminación se suman; un ejemplo de ello es que a las niñas se las suele rechazar por la discapacidad porque existe que el prejuicio que no comprenden y además que el cuerpo docente tenga que lidiar con la menstruación de la niña sea una carga mayor.

7) interseccional, que se da cuando los factores de discriminación interactúan y multiplican el efecto de la mismo; como es el caso de la esterilización forzada contra de niñas de discapacidad intelectual, es decir discriminación por sexo y discapacidad, éstos factores y se combinan de manera indisoluble, y tienen como consecuencia efectos más nocivos y hasta permanentes.

Legislación

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - Artículo 5°
Igualdad y no discriminación

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en

igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Jurisprudencia

Caso: M. H., N. contra Telefónica de Argentina S.A. Reclamo contra actos de particulares.

La Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires, el 6 de noviembre de 2012, confirmó la sentencia de daños y perjuicios por la que se condenó a una empresa por la falta de una rampa en un local de telefonía celular, con fundamento de considerarlo un acto discriminatorio.

El actor había promovido demanda de daños y perjuicios contra Telefónica Móviles Argentina S.A., en los términos de la ley de defensa del consumidor. Este era titular de una línea de teléfono móvil de la empresa demandada y usaba una silla de ruedas para desplazarse a causa de la incapacidad física que padecía. Cuando concurrió al local de la empresa con el objeto de efectuar reclamos y al arribar a la entrada del comercio se encontró que para poder acceder al lugar de atención al cliente no había una rampa para poder desplazarse en su silla de ruedas y al solicitar ayuda al personal de seguridad de la empresa, luego de una espera a la intemperie en un día de muy baja temperatura, le manifestaron la imposibilidad de brindarle la asistencia requerida por lo cual fue atendido en la entrada del local.

Con base en tales hechos, el actor entendió que se configuraba un trato indigno por lo que solicitó la aplicación de la multa civil contemplada por el art. 52 *bis* de la ley 24.240 y la reparación del daño moral sufrido con fundamento en el estatuto normativo de defensa del consumidor y de los discapacitados.

En lo que atañe a la valoración de la prueba respecto de la existencia del hecho denunciado en la demanda, la alzada juzgó que si bien ninguno de los testigos afirmaron haber estado presentes en el momento en que se le negó el acceso al actor al local comercial de la demandada, lo cierto es que fueron todos contestes en manifestar que determinado día del mes de mayo del 2008 vieron al señor N. M. H. en frente o en la entrada del local de Movistar. A partir de ello, teniendo en cuenta que el accionante era cliente de la demandada y que a los pocos días efectuó un reclamo administrativo ante la oficina de Defensa del Consumidor, el tribunal concluyó que el hecho había sucedido.

Luego, con relación a la falta de rampa de acceso, circunstancia reconocida por la accionada, entendió que la situación de no poder acceder al local constituía por sí misma no sólo una clara omisión de cumplimiento de la normativa vigente sino que también implicaba un acto discriminatorio capaz de provocar una dolencia íntima en la persona que debía ser reparada. De este modo, en cuanto a la reparación del daño moral petitionado, señaló que si bien existía una relación contractual entre las partes de telefonía celular y que se la podría

encontrar en la llamada "relación de consumo", el acto discriminatorio era ajeno a ella, siendo la indemnización del menoscabo ocasionado de "corte legal", en razón de lo establecido por el art. 1 de la ley 23592.

En cuanto a la multa civil, valoró tanto su finalidad de prevenir ciertos daños y punir graves inconductas, como el único requisito exigido por la ley (art. 52 bis, Ley 24240), es decir, el incumplimiento de una obligación legal o contractual por parte del proveedor, por lo que recogiendo el criterio sentado por la doctrina de los autores según el cual el daño punitivo sólo procede en supuestos de particular gravedad como puede ser el de abuso de la posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menoscabo grave de derechos individuales o de incidencia colectiva, consideró aplicable la multa civil fijada por el Juez de origen por no haberle proporcionado al actor el trato digno que exige el art. 8 bis de la Ley 24240.

Agregó la Corte que se evidenció en la sentencia atacada una conformidad entre la pretensión formulada por el accionante, con fundamento en la discriminación padecida por el trato desigual a raíz de su discapacidad, y lo resuelto por el *a quo*.

En lo que concierne a la existencia misma del hecho discriminatorio y la configuración de los presupuestos de la responsabilidad atribuida en autos (daño resarcible y relación de causalidad), entendió la Corte que la Cámara hizo un examen razonable de las declaraciones prestadas por los testigos junto con el resto de elementos probatorios incorporados a la causa (el contrato de telefonía reconocida por la demandada y la denuncia ante el Organismo de defensa del consumidor). En efecto, se ha resuelto que la valoración de las probanzas en su conjunto, vinculando los distintos elementos de juicio entre sí constituye un método de razonamiento que aleja la posibilidad de incurrir en absurdo.

En efecto, el tribunal *a quo* conceptualizó la discriminación como todo acto u omisión por el cual, sin un motivo o causa que sea racionalmente justificable, una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida. Apuntó, asimismo, el art. 1 de la Ley 23592, y sobre todo la Ley provincial 10.592 (t.o. ley 13.110) expresando "*que todo edificio de uso público, sea su propiedad pública o privada, existente o a proyectarse en el futuro, deberá ser completa y fácilmente accesible a personas con movilidad reducida, contemplando no sólo el ingreso al mismo, sino también el uso de los espacios comunes y de circulación interna e instalación de servicios sanitarios que posibiliten la vida de relación de dichas personas (art. 24)*".

Respecto al daño moral, la alzada fundó el resarcimiento de este perjuicio en el art. 1 de la Ley de Actos Discriminatorios (Ley 23592), ello sin importar la relación contractual y de consumo habida entre las partes por la celebración del contrato de telefonía celular. Sobre tal base, indicó que no era necesario producir prueba particular sobre la afeción espiritual que ha causado el acto de discriminación sufrido por el actor, toda vez que no quedan dudas que al acudir al local comercial de la demandada y encontrarse con que no podía acceder por la ausencia de rampa, se le ha afectado un interés no patrimonial consagrado por la ley, que atañe al reconocimiento de su persona, dignidad e igualdad.

El factor de atribución relativo a la obligación de reparar el daño moral fue basado en el art. 1 de la Ley 23592, mientras que el daño punitivo fue fundado en la relación de consumo, conforme a lo normado por el art. 52 bis de la Ley 24240. Efectivamente, al evaluar la procedencia del daño moral la Cámara señaló que "*...si bien existe una relación contractual entre las partes (telefonía celular), y que se la podría encuadrar dentro de lo que se ha dado en llamar 'relaciones de consumo', lo cierto es que el acto discriminatorio*

individualizado y acreditado en autos es ajeno a ella, es decir, escapa a las previsiones del contrato". Y más adelante aclaró que "...la reparación del daño moral es de corte legal, en la medida que se impone a partir de lo establecido por el art. 1 de la ya citada ley 23.592".

Estas consideraciones no obstan a que al examinar luego la admisibilidad de la multa civil pueda repararse en la relación de consumo, puesto que de la comisión de un hecho ilícito -el acto discriminatorio- pueden originarse diferentes consecuencias cuando los reclamos son compatibles entre sí.

Como se puede observar, nos encontramos ante un claro ejemplo de daño por discriminación directa, conforme a la diferenciación más arriba mencionada, en el cual la omisión de realizar una rampa para acceder a local de telefonía celular constituye la conducta antijurídica en razón de lo establecido por el art. 1 de Ley de Actos Discriminatorios.

El daño producido fue extrapatrimonial en virtud de lo cual fue innecesario producir prueba particular sobre la afección espiritual que ha causado el acto de discriminación sufrido por el actor.

Lo anterior conduce a que el factor de atribución en el presente es objetivo, fundado en el art. 1 de la Ley 23592 cuando dice que la reparación del daño moral es de corte legal en la medida que se impone a partir de lo establecido por quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, será obligado a pedido del damnificado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

Finalmente, en lo que concierne a la relación de causalidad se hizo un examen de las declaraciones de los testigos junto con el resto de elementos probatorios incorporados a la causa (el contrato de telefonía reconocida por la demandada y la denuncia ante el Organismo de defensa del consumidor) y se resolvió que la valoración de las probanzas en su conjunto, vinculando los distintos elementos de juicio entre sí constituye un método de razonamiento que aleja la posibilidad de incurrir en absurdo.

Daños por actos discriminatorios por motivos de orientación sexual

Pasaré a comentar y analizar la sentencia dictada en los autos caratulados “P., D. N. c/ GENERAL PAZ HOTEL SA **419** s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” dictada por los vocales, Dres. Kiper, Fajre y Dra. Abreut de Begher, ésta última con disidencia parcial en cuanto a la procedencia de los daños punitivos, de la Sala H de la Cámara Civil, en fecha 16/12/2016.

En el presente caso el actor demandó por daños y perjuicios a GENERAL PAZ HOTEL SA como consecuencia habérsele negado a él y a su pareja el acceso a la suite de un hotel alojamiento, la que había reservado y abonado, para agasajarlo por su cumpleaños, con motivo según adujo ser ambos del mismo sexo, lo que concibió como un acto discriminatorio.

La demandada por su parte pese a haber reconocido el hecho se defendió argumentando que nada tenía que reprochársele ya que su conducta se había ajustado a la Ordenanza General N° 96 del año 1970 de la Provincia de Buenos Aires, cuyo Artículo 1° establece que: *“La presente Ordenanza General será de aplicación para los "Albergues por Hora", "Alojamientos por Hora", "Hoteles Alojamientos", "Hoteles habilitados", y todo otro Establecimiento cualquiera fuese su denominación que esté destinado a alojar parejas de distintos sexos, provistos o no de equipaje, por lapsos inferiores a veinticuatro (24) horas, y que se hallen exentos de cumplir la obligación de registrar documentos de identidad en el Libro de Registros de Pasajeros”*. A lo que agregó que el acto no fue discriminatorio porque ignoraba la orientación sexual del actor.

En primera instancia se hizo lugar a la demanda promovida por P., D. N contra el Hotel, condenando a éste último por daños y perjuicios, entre los rubros se incluyó el daño punitivo, y a prestar el servicio que la actora había contratado.

El caso llegó a la Cámara porque ambas partes apelaron la decisión. La actora se agravió por la forma en la que se admitió la prestación a cargo de la demandada y por el monto de los daños punitivos el que consideró insuficiente.

La demandada por su parte se agravió en haber sido condenada porque entendió que no había cometido ningún acto antijurídico sino que había actuado conforme a la referida Ordenanza, en virtud de la cual tampoco podría cumplir la prestación, y finalmente cuestionó la condena por daños punitivos.

El Tribunal entendió que el argumento sostenido por la demandada, sobre que no había considerado la condición sexual del actor, sino solamente que se trataba de una pareja de personas del mismo sexo, iba contra el sentido común por lo que era poco atendible, ya que es fácil inferir que si dos personas del mismo sexo pretenden ingresar a un albergue transitorio se tratará de una pareja homosexual. Los jueces agregaron que tampoco es factible diferenciar a las parejas por su orientación sexual, menos después que desde la sanción de la Ley 26.618 en el año 2010 por la que se autorizó en la Argentina el matrimonio entre personas del mismo sexo; por lo que la demandada no podía sostener con éxito que quienes pueden casarse si lo desean, no estén habilitados para ingresar juntos a un hotel.

El Tribunal concluyó que es indudable que la situación del actor encuadra en las mencionadas minorías que requieren una protección especial y que, en lo que aquí interesa, justifican la inversión del *onus probandi*.

En cuanto a la invocación por parte de la demandada de la Ordenanza General N°

96 del año 1970 de la Provincia de Buenos Aires, citada más arriba, los Vocales razonaron que la alusión que hace a parejas de distintos sexos debía interpretarla de dos posibilidades: la primera, que dicha frase no debía ser interpretada con ese alcance sino de manera más genérica, como hizo el *a quo*; y la otra que se prohibía expresamente el ingreso de parejas de igual sexo. El Tribunal entendió que si se aceptaba esa última interpretación, no se advertía que la postura asumida por la demandada se haya encontrado justificada, por diversas razones, a saber: la fuerte evolución cultural y jurídica en contra de la discriminación; que una ordenanza está claramente por debajo de la Constitución Nacional, de los tratados internacionales y de las leyes nacionales; que no se intentó siquiera armonizarla con leyes posteriores; y cuando se legisla una prohibición, la interpretación debe ser lo menos restrictiva posible, y siempre a favor del ejercicio de derechos fundamentales.

Según consideró, lo previsto por el art. 8 bis de la ley de Defensa del Consumidor refuerza lo dicho por el actor, que el objetivo principal perseguido por esa norma es fortalecer la posición de la parte más débil en la relación de consumo para establecer una situación de equidad y de equilibrio que es necesaria en el libre juego de las reglas del mercado. La exigencia de condiciones de atención apunta al respeto del consumidor y en materia de igualdad se halla comprometido un valor fundamental, la dignidad de la persona humana, por lo que no puede tolerarse la discriminación de derechos fundamentales de las personas por motivos de orientación sexual.

La demandada también se agravió por la condena por daño moral, a lo que el Tribunal respondió que las normas legales y actos discriminatorios son inconstitucionales, y que en la medida que cause un daño la víctima tiene derecho a su reparación. En este sentido, el art. 1 de la Ley 23.592 dispone que la acción tiende “*a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados*”. Resaltaron que la indemnización, además de resarcitoria, puede actuar como correctora de la conducta de quienes practican la discriminación. Fundaron que el daño extrapatrimonial se tiene por probado *in re ipsa* porque el impedimento de ingreso al albergue transitorio al ser un acto discriminatorio es lesivo al derecho a la dignidad.

Los jueces agregaron que para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual consideran imposible, sino que se deben apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. No debe ser objeto de prueba directa, dada la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser auténtica expresión.

Ambas partes se agraviaron respecto a lo resuelto sobre daños punitivos, pero con distintos fundamentos. La demandada alegó que no hubo extrema gravedad que justifique esta sanción y el actor consideró que la suma fijada había sido insuficiente.

Los Jueces explicaron que el daño punitivo o multa civil, conforme a lo establecido por el art. 52 bis de la LDC, cuenta con una finalidad eminentemente preventiva (y represiva), puesto que se busca que en el futuro ni el autor del daño ni el resto de la sociedad cometa este tipo de hechos graves, y que para la procedencia de este rubro la doctrina requiere una conducta dolosa o realizada con culpa grave. Éstos factores requieren una prueba acabada o al menos una grosera despreocupación por las eventuales consecuencias de sus actos, porque los mismos no se presumen. En este punto la sentencia

se encuentra dividida.

La mayoría, compuesta por los votos de los Dres. José Benito Fajre y Claudio M. Kiper, estimó que el acto discriminatorio es un acto de particular gravedad, en tanto afecta a la dignidad de la persona y que es un acto doloso. Fundó, que la aplicación de multas es importante, ya que se trata de una herramienta para erradicar las prácticas que ofendan la dignidad del consumidor o usuario y que deben ser severas, pues de lo contrario sólo servirán para legitimar las conductas que se quieren desterrar. De no ser así, al discriminador le puede convenir pagar para seguir haciéndolo.

La disidencia parcial de la Dra. Abreut de Begher fue porque ella no advirtió que hubiera habido dolo o culpa grave por parte de la demandada para aplicar daños punitivos, en tanto existe una antigua norma legal de carácter que legitimaba de alguna manera su proceder, aun cuando ella resultara inconstitucional a la luz de la actual legislación nacional.

Daños por actos discriminatorios por motivos de religión

Para abordar el tema de la discriminación en materia religiosa seguiremos al docente universitario Marcelo Alegre***** que explica que la igualdad en materia religiosa requiere que el Estado no tome partido por ninguna concepción religiosa.

Como es hartamente sabido el artículo 2 de la Constitución Nacional establece que “*el gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico y romano*”, lo que ha dado un amplio debate doctrinal. Explica el autor citado que según lo que lo que entendamos de este artículo tendremos o no un conflicto entre igualdad y la materia religiosa.

Existen diferentes posturas respecto a la interpretación del artículo transcrito, la primera es que el el sostenimiento se refiere exclusivamente al plano económico, es decir a que el Estado financie parte de las actividades de la Iglesia Católica.

La segunda posición postula que “sostener” implica una identificación moral entre el Estado y la religión católica, claramente esto ha sido afirmado por mucho tiempo la Iglesia y muchos de los que pertenecen a ella.

La tercera interpretación es la de entre otros autores, la de Bidart Campos, quien afirmó la identidad moral entre el Estado y la religión católica pero negó que exista un deber de financiamiento.

Finalmente, nos encontramos con una cuarta postura, la del Dr. Alegre, según quien la Iglesia Católica ni requiere el financiamiento, ni requiere que el Estado se identifique con el culto católico, la cual es una posición muy minoritaria. Dice que el Estado puede sostener un culto garantizando un sistema de garantías, libertades y protecciones, que remueva todo obstáculo para que las personas expresen sus convicciones religiosas, y que sostener hay que financiar, no surge unívocamente.

Sin entrar en el desarrollo histórico que llevó a la inclusión del artículo 2 en la Constitución Nacional Argentina, pasaremos a hablar de la reforma de la Constitución en 1994.

Con dicha reforma se reafirmó la neutralidad estatal, se eliminó la exigencia de que el presidente sea católico, de que el Congreso evangelizara a los aborígenes, se consagraron Tratados de Derechos Humanos que establecen la igualdad religiosa, por lo que el referido art. 2 tiene que armonizar con la segunda parte de la Carta Magna.

La igualdad en materia religiosa exige al Estado no favorecer a la religiosas por sobre las concepciones no religiosas de la vida. Tomar la perspectiva de los agnósticos y los ateos. No ofender a ningún grupo y tener en cuenta los intereses y perspectivas de los que niegan que la respuesta religiosa sea la respuesta correcta a las grandes preguntas sobre la vida.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que en la provincia de Salta no podrá dar educación religiosa en las escuelas públicas en el horarios escolar y como parte del plan de estudios, (caso Castillo Carina y Otros c/ Provincia de Salta). El Estado no puede identificarse con la religiosidad.

Reseñado lo anterior, nos ocuparemos de un caso estrictamente de daños por motivos de discriminación religiosa.

Jurisprudencia

Autos caratulados “Hertzriken, Luciano y otro c. Sanfuentes Fernández,

Magdalena s/daños y perjuicios”, que tramitaron ante la Sala J de la Cámara Nacional en lo Civil, dictada en fecha 14/03/2006, por daños y perjuicios por discriminación por religión.

La pareja conformada por Leila Mariel Selem y Luciano Hertzriken se había presentado en la inmobiliaria Norma Callegari Propiedades interesados en alquilar un departamento en la Ciudad de Buenos Aires, propiedad de la demandada Magdalena Sanfuentes Fernández. En ese marco, aquellos efectivizaron una reserva, la cual se les aceptó y se les dijo que el 1 de octubre de 2001 firmarían el respectivo contrato. Sin embargo, el 24 de septiembre de dicho año desde la inmobiliaria les comunicaron que la propietaria no soportaba la idea de que ellos fueran judíos, que no existía otra religión que la católica, que se corría el riesgo de que pusieran una bomba; que pedía que el inquilino fuera una persona como ella o como Norma Luna Callegari (dueña de la inmobiliaria) y aclaró que no quería chinos, coreanos, judíos y homosexuales.

Ante este hecho, la pareja interpuso una demanda contra Magdalena Sanfuentes Fernández porque entendieron que lo sucedido había constituido un acto de discriminación que lesionaba su derecho a profesar libremente su religión y su honor y dignidad; y que la demandada no podía privilegiar su derecho a la propiedad sobre aquellos.

La demandada negó los hechos atribuidos, afirmó que ninguno de los dichos habían sido percibidos en forma directa por los actores sino que aquellos se fundamentaron en el relato de un tercero (la Sra. Luna) y que el único motivo por el cual no celebró el contrato de locación con los actores había sido por la falta de una garantía conforme a sus expresas instrucciones. Añadió que sus dichos fueron expresados en la intimidad y a consecuencia al miedo que sentía en ese momento por el atentado a las Torres Gemelas. Remarcó finalmente que su mejor prueba eran sus antecedentes.

Respecto a la pruebas producidas, el dictamen pericial psicológico estimó que la personalidad de la demandada era básicamente neurótica, que los miedos que manifestaba eran múltiples, en general, hacia todo lo "extraño", "raro", "desagradable", y fundamentalmente hacia todo lo "incontrolable"; que concretamente no era una persona discriminadora en forma particular, ni agresiva hacia el exterior sino que estaba muy preocupada por sí misma y que tenía conductas que se alejaban del sentido común y de la realidad, y que se explicaban más por el hecho de preservarse a sí misma que por oponerse o agredir a los demás.

En primera instancia se rechazó la demanda. Se tuvo en cuenta que los mismos actores habían dicho que las reuniones efectuadas fueron en un ambiente ameno, por lo cual ellos mismos no habían comprobado actitudes discriminatorias por parte de la demandada; además se consideró que la Sra. Magdalena Sanfuentes Fernández haya afirmado que la única religión verdadera era la católica, no constituía un acto discriminatorio sino que hacía a su íntima convicción; era su creencia (art. 14 de la Constitución Nacional) y que tampoco en ningún momento aquella les impidió a los actores practicar su religión. Por otro lado, se estimó que la prohibición de discriminar en razón de la religión tiene un límite, que es el derecho de contratar con quien le convenga en defensa de sus intereses, y en este caso surgía que la garantía no había sido suficiente.

Se estimó que se debía tener un especial cuidado al valorar un acto discriminatorio por lo que debía hacerse en forma restringida, porque todos los días estamos eligiendo sobre lo que más nos conviene por lo que puede llegarse a restringir la libertad de elección y que una cosa es discriminar y otra muy distinta es disponer libremente del derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional). Al Juez, le resultó indudable que

el comportamiento de la demandada había sido inspirado por el miedo propio de las personas que padecen algunas alteraciones de base.

En segunda instancia, las Señoras Juezas de la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones, entendieron que corresponde utilizar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas la que importa un desplazamiento del *onus probandi* hacia quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas y en este caso es la accionada quien cuenta con el mejor conocimiento acerca de cuál ha sido el criterio o los criterios aplicados para no contratar.

Tuvieron en cuenta la documental encabezada con el título de "Recibo de reserva de locación" la que detallaba una serie de requisitos entre los que estaba además del objeto, plazo de la locación, y el precio del alquiler, la garantía "a satisfacción del propietario". En esta última no se establecía que el inmueble debía estar en la ciudad de Buenos Aires y que si bien la documental fue desconocida por la demandada al contestar la acción, tanto la Sra. Luna, en su testimonio, se refirió a ella y los restantes signatarios también la reconocieron.

Valoraron la testimonial brindada por la intermediaria de la inmobiliaria quien cuando fue preguntada acerca de si había habido una actitud discriminatoria por parte de la Sra. Sanfuentes hacia los pretensos locatarios contestó afirmativamente porque dijo que "*no les alquiló por el origen judío, que tampoco el próximo cliente fuera de nacionalidad coreana, americana, y homosexual y agregó que fuera una persona simple, común, de Entre Ríos, una persona como Ud. y yo*".

Para resolver, las Sras. Vocales de la Cámara estimaron que no es necesario incurrir en dolo para este tipo de caso sino que basta que la actitud haya sido imprudente para incurrir en culpa. Que respecto a la demandada, que haya conservado una relación armónica con los actores no la eximió de negar la dignidad a otro ser humano. En el caso se vio afectada la igualdad de tratamiento porque no se les dio igual oportunidad a esta pareja, comparativamente con otra que profesara la religión católica. El derecho de elegir no puede ser ejercicio arbitrariamente. La arbitrariedad es un "*acto o proceder contrario a la justicia, a la razón, o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho*".

Por más que la demandada haya tenido miedo, su conducta no tenía justificación; de la confrontación entre la conducta prudente y la llevada a cabo, surgió su obrar culposo (art. 909, CC). Los hechos así lo mostraron (art. 512, CC). Valoraron, que el acto voluntario cumplido fue realizado con discernimiento, intención y libertad, aunque no haya querido las consecuencias nocivas de aquél, su voluntad estuvo dirigida hacia la realización, y, por lo tanto, es responsable de lo acontecido. Podríamos decir que actuó precipitadamente o sin prever por completo las consecuencias de su accionar irreflexivo, pero actuó y con ello produjo daño.

El informe psicológico respecto a la actora muestra la idoneidad de la persona para ser titular de derechos y ejercerlos por sí misma. Por otra parte, el art. 902 del CC mismo cuerpo legal exige que "*cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*". La demandada al ser abogada no podía invocar válidamente el miedo, para así violar la ley.

Citaron el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece que los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizan su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de religión, asimismo el

art. 24 que dispone que "*todas las personas son iguales ante la ley*", El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que trae disposiciones análogas, entre otros.

Consideraron que la falta de fundamentación coloca a la accionada en una situación dificultosa, porque era ella quien debía estar preocupada por mantener ese principio rector.

En razón de lo dicho y de otros argumentos que excenden el análisis de este trabajo, concluyeron que se debía revocar la sentencia y, por ende, hacer lugar a la demanda.

Daños por actos discriminatorios por motivos de condición social

Ante la Cámara Tercera Civil y Comercial de Córdoba tramitaron los autos "Pereyra, Gerardo Pedro y otro c. Carrefour Argentina S.A. y otros", en los que en fecha 10/11/2008 se dictó sentencia.

El día 3 de noviembre de 2002 la familia integrada por Mónica Adela Oliva, Gerardo Pedro Pereyra el hijo de estos, quisieron ingresar a un supermercado Carrefour de la ciudad de Córdoba, lo que les fue impedido por el guardia de seguridad de dicho local, Federico Héctor Quiñónez.

Primeramente el mencionado guardia de seguridad llamó la atención a la familia para evitar que ingresaran por el acceso vehicular y les señaló que lo hagan por el peatonal. Pese a haber acatado aquella la indicación, este tuvo para con ellos expresiones agraviantes, tales como "No van a ingresar porque son unos hijos de puta y unos negros de mierda"(sic) y luego infligió puntapiés y golpes de puño que lesionaron al Sr. Pereyra.

La sentencia de primera instancia tuvo por acreditado el hecho y la responsabilidad directa del demandado Quiñónez en razón de haber pedido éste la suspensión del juicio a prueba en la causa penal por lesiones y en función de otras pruebas reunidas y también admitió la responsabilidad indirecta de las dos firmas codemandadas, por el hecho de su dependiente e hizo extensiva la condena a la aseguradora citada en garantía por Carrefour S.A., pero consideró improcedente el reclamo de Pereyra por "daño biológico", por no haber precisado ni probado cuál era el perjuicio patrimonial cuya reparación se perseguía, como así también el reclamo por daño moral de su pareja, Mónica Adela Oliva y su hijo, por entender que lo que se reclama es la reparación de las repercusiones que habrían producido sobre éstos los agravios inferidos a aquél.

La sentencia fue apelada por los actores, por las codemandadas Visor S.R.L. y Carrefour Argentina S.A., como así también por la aseguradora.

Las dos codemandadas apelantes y la aseguradora cuestionaron la atribución de responsabilidad efectuada en primera instancia. Se agravieron porque dicha atribución se apoyó en que Quiñónez pidió la suspensión del juicio a prueba. El apoderado de Visor S.R.L. cuestionó la existencia del daño y consideró que el evento no tuvo entidad suficiente para generar padecimientos en los codemandantes cuya acción ha sido rechazada, pero sí lo tuvo para Gerardo Pedro Pereyra y afirmó que no estaba probado que éste haya sufrido los agravios y ofensas que invocó.

Ante dichos planteos, el Tribunal de alzada entendió que el hecho se tuvo por probado porque se promovió causa penal por lesiones, se consideró que todos los testigos fueron contestes, el mismo Quiñónez admitió que en ese día y hora él estaba en servicio, también está probado como hecho objetivo que la obstrucción del ingreso de la familia Pereyra fue efectuada por el guardia de seguridad con violencia física y, estimó que no haya habido testimonios que hayan dado cuenta de la violencia verbal a que aludieron los actores, la misma se pudo presumir dentro del contexto de esos hechos.

Ninguna de las contestaciones a la demanda explicó, ni mucho menos probó, qué razones pudieron haber justificado la negativa o reticencia del guardia a permitir el acceso de los actores al local comercial.

Ese hecho, ocurrido en el acceso de un local comercial abierto al público en general, en forma masiva, constituye en principio una violación del principio de igualdad si no se explicitan motivos razonables que justifiquen que, mientras al común de la gente no

sólo se le permite, sino que se la induce por diversos medios publicitarios a ingresar, a los actores se les haya vedado el ingreso.

Todo ello le permitió al Tribunal concluir que era altamente probable que en el caso se trató *“del más difundido tipo de discriminación ilegítima que se da en nuestra sociedad, esto es una discriminación por motivos de condición social, no exenta de racismo por la alusión al color de piel cobrizo característico principalmente de la población oriunda del centro y noroeste del país”*.

Agregaron que: *“El hecho de que Pereyra, a la fecha del suceso, fuera el único sostén de la familia vendiendo pan casero en la calle sumado al lugar en que la familia tenía establecido su domicilio y a que Pereyra proviene de la Provincia de Catamarca y su pareja de la localidad de Salsacate, son circunstancias que configuran un marco que hace verosímil que los actores hayan sido víctimas de actos discriminatorios de este tipo”*.

En este punto, se invirtió la carga de la prueba, según dice la sentencia: *“Las razones expuestas ponen de manifiesto un conjunto de indicios graves y concordantes que me permiten presumir en los términos del art. 316 del C.P.C.C., que el motivo del acto discriminatorio de que han sido víctimas los actores es su condición social humilde y sus rasgos étnicos criollos, lo que implica que, al no haber invocado ni probado las demandadas elementos de juicio que desvirtúen la presunción, estamos en presencia de un acto ilícito en los términos del art. 1º de la ley 23.952, por lo que se impone la reparación del daño moral ocasionado”*.

Para los jueces la antijuridicidad del acto discriminatorio fue evidente y estuvo motivada en la condición social y racial de la víctima. Para ello utilizan *“lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha denominado categorías sospechosas de discriminación (C.S.J.N. 16/11/2004 "Hooft, Pedro c. Pcia. Bs. As.", Fallos 327:5118)”*, desarrollado en este trabajo.

Respecto a que la víctima de las lesiones haya sido solamente el padre de familia, el acto discriminatorio fue dispensado al grupo integrado por los tres integrantes de la familia que vieron entorpecido su propósito de entrar como cualquier persona al supermercado. Valoran que conforme a las pautas culturales de nuestra sociedad, el padre tiene asignado un rol de protección del grupo familiar, por lo que la actitud intimidatoria, con agresión física en contra de éste, proyecta sus efectos con tanta o mayor fuerza sobre el hijo de corta edad que ve agredido a su padre en su presencia y también a la madre. Atento a estas razones, no le caben dudas al Tribunal de que Mónica Adela Oliva y el hijo menor han sido víctimas directas del acto discriminatorio, con el agravante respecto de este último que el art. 2º inc. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone al Estado el deber de tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por la condición u origen étnico o social de sus padres y el art. 19 de la misma convención el de proteger al niño contra toda forma de "perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación".

Estimó el Tribunal que a las accionadas no les haya parecido coherente que sea idéntico el monto del reclamo de la persona que recibió el golpe y las de quienes lo presenciaron, porque ya se ha dicho que el daño a resarcir no se limita al ocasionado por el golpe, sino que comprende un conjunto de hechos que constituyen una conducta discriminatoria, de las que el golpe es sólo uno de sus componentes.

Respecto al cuestionamiento por los actores del monto de la indemnización por daño extrapatrimonial resolvieron elevaron teniendo en consideración: *“La incidencia del*

hecho en la esfera espiritual de cada una de las víctimas no es susceptible de ser mensurada matemáticamente, ya que no existe forma de medir el dolor, por lo que la determinación del monto indemnizatorio debe efectuarse mediante una prudente ponderación de las circunstancias del caso y de la incidencia que el acto discriminatorio pudo haber tenido en el ánimo de las víctimas”.

“...Es cierto que la agresión física fue sufrida por Gerardo Pereyra, pero no creo que pueda afirmarse con certeza que el impacto espiritual que sufre una persona mayor al ser agredida físicamente y lesionada, sea mayor que el que puede sufrir un niño de tres años que ve agredido y lesionado en su presencia a su padre. En cuanto a la madre del menor, me cabe la misma duda. Por tanto, considero justo y equitativo fijar el monto de la indemnización en una cifra igual para los tres accionantes”.

El rol del Poder Judicial en materia de políticas públicas

Ha habido profusa cantidad de casos que llegaron a la Justicia para que se resuelvan cuestiones de discriminación no entre particulares sino por políticas públicas, lo que ha llevado a que haya habido reacciones que entienden que mediante estas acciones se desvirtúa el rol del Poder Judicial, porque estaría diseñando políticas públicas mediante estos casos.

La postura que critica que estos casos se resuelvan en la Justicia plantea que en el Poder Judicial hay un déficit democrático de legitimidad cuando se llevan adelante estas acciones. Asimismo, que los jueces carecen de conocimiento técnico para entender situaciones con componentes muy específicos (como construcción de escuelas, descontaminar un río, etc).

No es menor, y es un dato objetivo que también hay una incapacidad institucional del poder judicial para poder procesar estos reclamos, se tendrían que transformar en un poder ejecutivo paralelo.

El Estado siempre se ha defendido con la postura de que es una cuestión política no justiciable y que es el Estado según el mérito, posibilidad y conveniencia el que debe decidir de qué forma se llevan a cabo estas medidas. También hay una cuestión de recursos, cómo se administran, y para ello la ciudadanía eligió representantes.

¿De qué modo tiene que involucrarse el poder judicial?

La Corte dijo que el poder judicial, caso Verbisky, considerando 27, que los jueces pueden controlar las políticas públicas cuando estas lesionan derechos. Complementación de los dos poderes. Pone el límite, así no se puede seguir y que hay que ver cómo se puede seguir.

En un caso de desigualdad estructural no se puede seguir así, generar un espacio en el que diferentes actores afectados, personas, Estado, ONG, poder judicial, diálogo para superar la inconstitucionalidad.

Conclusión

Podemos terminar este trabajando, con la idea de que iniciar casos individuales antidiscriminatorios puede contribuir a la construcción de estándares jurisprudenciales que robustescan el derecho a la igualdad. Pueden ser casos que insten a otras personas a llevar adelante casos similares.

El litigio estratégico tiene a desafiar situaciones de desigualdad estructural. Produce un cambio en el rol tradicional del Poder Judicial en que intervenían dos partes, es decir del litigio acotado que tendía a dar la razón a algunas de las partes, siempre litigios individuales o bipolares.

Podemos ver efectos fácticos sobre otras persona porque se arregla para una persona y también para las demás de ese subgrupo.

Bibliografía

- ALEGRE, Marcelo, *Igualdad y preferencia en materia religiosa. El caso argentino*.
- AYALA CORAO, C., "El derecho de los derechos humanos", ED, 160-758).
- BAYEFSKI, Anne F., *El Principio de Igualdad y No Discriminación en el Derecho Internacional*.
- BIDART CAMPOS, G., "Las obligaciones en el Derecho Constitucional", Bs As, 1987, ps. 27/8; Ayala Corao, ob. Cit..)-
- "Constitución de la Nación Argentina. ZAVALIA, Buenos Aires, 2008.
Diccionario de la Real Academia Española.
- KIPER. Claudio M, RcyS, Discriminación y responsabilidad civil,, año XIII, N° 5, Mayo 2011, Responsabilidad Civil y Seguros.
- LOREZETTI, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, 1era. edición, Tomo VIII, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni.
- MOSSET ITURRASPE, J., Aspectos civiles de la ley antidiscriminatoria 23.592, en E. D. 132-963 y ss.
- OSSOLA, Federico, *RESPONSABILIDAD CIVIL*, ABELEDO PERROT, 2016, BUENOS AIRES.
- RAWLS, Jhon (1995), *Teoría de la Justicia*, México.
- SABA, Roberto, *(Des)Igualdad Estructural*.
- SABA, Roberto, *Igualdad de trato entre particulares*
- SABA, Roberto, *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*.
- MAFFÍA, Diana, *Sexualidad migrantes, género y transgénero*.
- TREACY, Guillermo F, *Categorías Sospechosas y Control Constitucional*.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Daños derivados de discriminaciones injustas*, ps. 136 y ss.
- ZABALA DE GONZALEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Tomo I (2015), Alveroni Ediciones, Córdoba.
- ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo código*, Tomo III (2018), Alveroni Ediciones, Córdoba.
- ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo código*, Tomo IV (2019), Alveroni Edicios, Córdoba.

<https://www.mujiresenigualdad.org.ar/litigios-contrala-discriminacion.html>

[https://identidadydiversidad.adc.org.ar/areas-](https://identidadydiversidad.adc.org.ar/areas-tematicas/discriminacion/jurisprudencia/)

[tematicas/discriminacion/jurisprudencia/](https://identidadydiversidad.adc.org.ar/areas-tematicas/discriminacion/jurisprudencia/)

<https://acij.org.ar/>

<https://classactionsargentina.com/>