

Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

50 | 2023 (Open issue)
Varia

De medios “adecuados” a fines anhelados

Sobre la justificación instrumental en los casos de discriminación

From "appropriate" means to desired ends. On instrumental justification in discrimination cases

ALEJO JOAQUÍN GILES

Abstracts

Español English

Las normas jurídicas que prohíben discriminar suelen condicionar este mandato a que la diferencia de trato cuestionada no se encuentre justificada. Habrá justificación, entre otros requisitos, cuando la conducta o norma de conducta concernida tenga una finalidad legítima y sea un medio adecuado para lograrla. ¿Qué significa “adecuado” en tal contexto discursivo? En este artículo ofrezco una respuesta que puede resumirse en tres pasos. El primero consiste en elucidar el impreciso vocablo como cierta aportación causal. El segundo consiste en reconstruir el contenido asignado a esta última idea por dos concepciones de la causalidad, la regularista y la probabilística. El tercero consiste en alegar a favor de comprender la exigencia de “adecuación” como una aportación causal probabilística. Luego de avanzar en esos frentes, atenderé a las oportunidades regulativas que se abren con esta última elección respecto de la estrategia, común en el derecho antidiscriminatorio, de requerir una justificación más robusta para determinada clase de casos. Como mostraré, el carácter gradual de la noción de aportación causal probabilística permite formular distintos niveles de “adecuación” que resulten suficientes a los fines justificativos. Respecto de los niveles no básicos se presenta lo que podría resultar un dilema.

Legal rules prohibiting discrimination often make this mandate conditional on the fact that the difference in treatment is not justified. The difference in treatment will be justified, among other requirements, when the conduct or the concerned rule of conduct has a legitimate aim and is an appropriate means to achieve it. What does "appropriate" mean in such a discursive context? In this article, I offer an answer that can be summarised in three steps. The first is to elucidate the vague term as a certain causal input. The second is to reconstruct the content assigned to the latter idea by two conceptions of causality, the regularist and the probabilistic. The third consists in arguing in favour of understanding the requirement of "adequacy" as a probabilistic causal contribution. After advancing on these fronts, I will turn to the regulatory opportunities that this latter choice opens up with respect to the strategy, common in anti-discrimination law, of requiring a more robust justification for certain kinds of cases. As I will show, the gradual



character of the notion of probabilistic causal contribution allows for the formulation of different levels of "adequacy" that are sufficient for justificatory purposes. With respect to the non-basic levels, there is what might turn out to be a dilemma.

Index terms

Keywords: appropriateness, discrimination, instrumental justification, causality, sufficiency

Palabras claves: adecuación, discriminación, justificación instrumental, causalidad, suficiencia

Full text

1 Introducción

1 Las normas jurídicas que prohíben discriminar suelen condicionar este mandato a que la diferencia de trato cuestionada no se encuentre *justificada* en virtud de su proporcionalidad.¹ Normalmente, se establece que habrá justificación cuando la conducta o norma de conducta evaluada tenga una finalidad legítima y sea un medio “adecuado” para lograrla. En ocasiones se incorpora, como requisitos adicionales, que sea también la más eficiente en dicha empresa y que resulte proporcional en sentido estricto. Si cumple con tales pautas, y aunque perjudique a un grupo protegido, una diferencia de trato resultará permitida.²

2 El derecho antidiscriminatorio supranacional europeo y el interamericano ofrecen ejemplos de lo que acaba de caracterizarse. Empecemos por el antiguo continente, observando la interpretación del artículo 14 (“Prohibición de discriminación”) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al atribuirle sentido a esta disposición, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) viene afirmando –de modo reiterado y sostenido en el tiempo– que una diferencia de trato califica como discriminatoria sólo si, entre otros requisitos, “carece de una justificación objetiva y razonable”. Y que:

La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada [...] Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.³

3 Esa idea está presente en numerosas disposiciones del derecho europeo⁴ y en la interpretación sobre ellas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).⁵ Respecto de ciertos supuestos, sin embargo, algunas fuentes omiten el mencionado requisito, prohibiendo las diferencias de trato perjudiciales basadas en determinados rasgos con independencia de cualquier razón que pudiera alegarse a su favor como justificación.⁶

4 Adicionalmente, el TEDH ha establecido una especie de agravante, un nivel de exigencia o escrutinio más estricto, aplicable a las diferencias de trato basadas en determinados rasgos o atributos, como el sexo⁷ y la orientación sexual:⁸ éstas requieren para su justificación razones “de mucho peso”. En lo que concierne a la relación medio-fin y respecto de ciertos supuestos, ello significa que los medios empleados han de ser más que meramente “adecuados” para lograr la finalidad con ellos perseguida; deben ser –afirma– “necesarios” a tal efecto.⁹ Valga como ilustración el siguiente extracto de una sentencia dictada por la Gran Sala del tribunal:

En los casos en los que el margen de apreciación concedido a los Estados es estrecho, como ocurre con las diferencias de trato basadas en el sexo o la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no exige únicamente que la medida elegida sea, en principio, adecuada para alcanzar el objetivo perseguido. También debe demostrarse que, para alcanzar dicho objetivo, era necesario

excluir a determinadas categorías de personas [...] del ámbito de aplicación de las disposiciones objeto de estudio.¹⁰

5 Esta combinación de “adecuación” y “necesidad” es lo que parecen exigir, para todo supuesto, las directivas antidiscriminatorias europeas¹¹ y la jurisprudencia de su intérprete privilegiado, el TJUE.¹²

6 Si cruzáramos el océano, podríamos advertir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) adopta, en general, una línea jurisprudencial afín con lo relatado.¹³ En torno a esta última arista, parece congeniar con el TEDH interpretando que, respecto de las diferencias de trato basadas en los atributos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la evaluación de su justificación debe regirse por “un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis”. Mientras que el objetivo perseguido ha de ser imperioso, el medio escogido

debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma.¹⁴

7 En este marco, el exigir que el factor cuestionado sea “necesario” para lograr un objetivo determinado suele entenderse como la exigencia de que resulte el menos lesivo¹⁵ o menos restrictivo¹⁶ de los medios posibles.¹⁷

8 De manera algo superficial, podríamos hacer una síntesis y decir que la “adecuación” de un medio alude a su *efectividad*¹⁸ y la “necesidad”, a cierta *eficiencia*.¹⁹ Una diferencia de trato podría ser “adecuada” para realizar un fin pero, al hallarse disponibles otros medios menos lesivos al efecto, no resultar “necesaria”. Por ejemplo, disponer el retiro de los trabajadores de un rubro desde que cumplan los 60 años de edad podría ser “adecuado” para garantizar la calidad del servicio que tienen a su cargo, si éste dependiera de aptitudes que disminuyen con el paso del tiempo. Sin embargo, si las habilidades relevantes comenzaran a perderse recién desde que las personas cumplen los 65 años, el corte cinco años antes sería “innecesario”. Habría un medio menos lesivo para lograr la finalidad de aquella diferencia de trato: disponer el retiro a partir de este último hito.²⁰

9 Pues bien, en lo que sigue me ocuparé de elucidar el requisito (o elemento básico) de la “adecuación” para los casos de discriminación en que se cuestionen normas o prácticas generales, pensando en regulaciones que compartan los rasgos que acaban de señalarse.²¹ ¿Qué significa exigir que la relación de un medio con su fin sea “adecuada”?²² Siguiendo una definición dada por el TJUE, podría acotarse que con ello se requiere que el medio “responda verdaderamente a la inquietud” de lograr su objetivo.²³ Pero, ¿bajo qué condiciones cabría decir que lo hace? Se echan de menos precisiones al respecto.

10 Mi objetivo principal será elucidar el problemático vocablo recurriendo a algunos aportes de la filosofía de la ciencia. Como punto de partida, propondré entenderlo como cierta aportación causal (§2). Después me dedicaré a reconstruir el contenido asignado a esta última idea por dos concepciones de la causalidad, la regularista (§3) y la probabilística (§5). Ambas ofrecen una base para formular dos modelos distintos de justificación instrumental. Dado que encaja mejor con algunas tesis acerca de lo que debería exigirse para justificar normas o prácticas generales, así como con aquello que se exige a dicho efecto en ciertas ocasiones, la idea de aportación causal probabilística es la más apropiada, alegaré (§4 y 6), para elucidar qué significa la “adecuación” medio-fin requerida a dicho efecto.

11 Por último, me ocuparé también de algunas oportunidades regulativas que se abren al entender de la manera propuesta la exigencia de “adecuación” (§7). Particularmente, atenderé a las que se presentan respecto de la estrategia, común en el derecho antidiscriminatorio, de requerir una justificación más robusta (razones “de mucho

peso”) para determinada clase de casos, adoptando niveles de exigencia justificativa diferentes. Como mostraré, el carácter gradual de la noción de aportación causal probabilística permite, entre otras cosas, formular distintos niveles de “adecuación” que resulten suficientes a los fines justificativos. Respecto de los niveles elevados (o no básicos) se presenta –subrayaré– lo que podría resultar un dilema entre la elección de un umbral fijo de suficiencia y la delegación de este último juicio evaluativo en manos de quienes funjan de intérpretes.

12 En la medida en que se entienda –como es usual– a la justificación en los casos de discriminación como un caso especial del juicio de proporcionalidad, utilizado más ampliamente en la limitación de principios constitucionales, lo que diré sobre el requisito de la “adecuación” para la especie aplica también al elemento respectivo de su género. Lo que sigue, entonces, podría también leerse como un aporte al estudio y la caracterización de la (normalmente rezagada) faceta fáctica de aquel esquema general de razonamiento.²⁴ En *Proportionality and Facts in Constitutional Adjudication* (2021), A. Carter se ha ocupado recientemente de la cuestión, haciendo un destacable aporte. En relación con esa obra, el argumento que presentaré en este artículo tiene un objeto más acotado, pues se limita al elemento de la “adecuación” y a cierta clase de relaciones.²⁵ Lo cual, si bien limita su alcance, tiene la ventaja de permitirle una aproximación más detallada que la ofrecida en la mencionada contribución, donde se definen los elementos de la “adecuación” y “necesidad” recurriendo a la terminología causal (como “llevar a”, “contribuir a”, “ser capaz de lograr”, etcétera) pero no se especifica a qué clase de aportaciones causales se refiere.²⁶

13 Sin más preámbulos, comencemos con el itinerario detallado.

2 “Adecuación” y justificación instrumental

14 Requerir que un medio sea “adecuado” para lograr un objetivo es sinónimo –así lo entenderemos– de exigir que ambos factores resulten instrumentalmente vinculados. La cualidad de *instrumental* suele atribuirse a algo de acuerdo con su aptitud para lograr otra cosa. Con este predicado puede referirse a multitud de entidades, de las cuales nos interesan especialmente tres. Se dice de alguien que es instrumentalmente *racional* cuando adopta los medios que contribuyen a conseguir aquello que se propone. Se caracteriza un *razonamiento* como instrumental cuando su conclusión es una aserción acerca de cómo se tiene que actuar y sus premisas dan cuenta de cierta relación entre dicha conducta y un estado de cosas pretendido. Por último, se afirma que una conducta o norma de conducta está instrumentalmente *justificada* cuando hace una aportación para realizar un objetivo determinado (para cuya realización se tienen razones suficientes).

15 Genéricamente, se entiende que un razonamiento instrumental está compuesto por enunciados referidos por lo menos a tres elementos: un estado de cosas que se procura realizar, el objetivo o finalidad (F); una conducta dirigida a ello, el medio (M); y cierta relación entre ambos polos, del medio con su fin.²⁷ Si tomamos el esquema básico de esos razonamientos e introducimos una leve modificación en la conclusión, obtenemos el esquema básico de justificación instrumental sobre el que trabajaremos, a saber:

(a) Se procura realizar un estado de cosas F.

(b) La conducta M es adecuada para realizar un estado de cosas F.

Entonces:

(c) Debe considerarse i-justificado llevar a cabo la conducta M.

16 Con la premisa (a) se describe –o adscribe– un objetivo o finalidad, cuyo contenido es la realización de un estado de cosas. Con la premisa (b) se describe la ejecución de una conducta, se trate de una acción o de una omisión, como un medio “adecuado” (el término que elucidaremos) para el logro de aquello que es pretendido. “Llevar a cabo una conducta” se entiende aquí como producir el cambio de un estado de cosas (inicial) a otro (final).²⁸ Por su parte, el enunciado (c), la conclusión del razonamiento, ha de leerse como una norma particular que deriva de los enunciados (a) y (b), en conjunción con una premisa normativa implícita según la cual debe considerarse como instrumentalmente justificada –o “i-justificada” para abreviar– toda conducta que sea “adecuada” para realizar el contenido de un objetivo legítimo. Como vimos al comienzo, esta premisa suele encontrar apoyo en el discurso jurisprudencial y de las disposiciones jurídicas.

17 Así como está presentado, el razonamiento resulta entimemático. Le faltan algunas premisas para que su conclusión se siga deductivamente. Las omito por simplicidad, para poner sobre la mesa exclusivamente aquello sobre lo que trabajaremos aquí.²⁹ La notación utilizada podría ser más detallada pero es suficiente para nuestro objetivo. “F” denota un estado de cosas genérico y “M”, una conducta genérica.

18 Mi intención en esta oportunidad es concentrarme sobre la premisa (b). ¿Qué significa exigir que ocurra una relación de “adecuación” ente dos fenómenos? Responderé al interrogante mediante dos premisas sucesivas. Presentaré la primera de inmediato y esbozaré apenas la segunda, para profundizar en ella en los apartados posteriores.

19 Primera premisa: exigir una “adecuación” medio-fin ha de ser entendido, en el contexto discursivo que nos ocupa, como requerir que el medio haga una *aportación causal* (de ciertas características) para realizar el objetivo.

20 Cuando dos factores se dan juntos, siempre o con alguna frecuencia, se dice que hay una *correlación* o asociación entre ellos. “La mayoría de los futbolistas de élite poseen relojes de lujo” es un claro ejemplo de enunciado que versa sobre correlaciones. Supongamos que es verdad lo que dice y que, aburridos de nuestros trabajos, queremos proyectarnos hacia las más altas ligas del balompié. ¿Sería una *buena estrategia* invertir los ahorros de toda una vida en adquirir uno de esos accesorios? Definitivamente pareciera que no; que ello sólo nos empobrecería y no contribuiría en nada con el objetivo planteado. Si quisiéramos realmente alcanzarlo, deberíamos pensar en las condiciones que, además de estar asociadas con ser futbolista de élite, expliquen por qué las personas llegan a serlo; aquellas condiciones que, de ocurrir, llevarían o contribuirían a lograrlo. Entre tantos otros factores, cabría pensar en el entrenamiento constante e intenso, y en la posesión de cierto talento innato. Entrenar mucho y tener talento, pero no el dispositivo que usemos para leer la hora, son cosas que contribuirían a conseguir nuestro sueño. Son las que se denominarían las *causas*, o algunas de las causas, de una proyección como la anhelada.

21 Pues bien, cuando se dice que algo es un medio “adecuado” para lograr otra cosa, normalmente se está hablando de factores como el entrenamiento o el talento, pero no de relojes, en relación con ser futbolista de élite. En general se quiere decir que, si se pusiera en práctica el medio, eso llevaría o contribuiría de alguna manera a la concreción del objetivo, y que si aquél se hubiera ejecutado, la aludida contribución se habría verificado. En definitiva, que ambos factores no están meramente correlacionados sino que están causalmente vinculados. Esta clase de relaciones es lo que se capta con el lenguaje causal, a través de términos como “llevar a”, “contribuir a”, “ayudar a”, “ocasionar”, “provocar” y especialmente “causar”.³⁰ Y es, al mismo tiempo, lo que parece exigirse como requisito para que una conducta califique como instrumentalmente justificada: no que simplemente coincida con la concreción de un objetivo legítimo, sino que contribuya a producirlo.³¹

22 Con apoyo en lo dicho, me parece plausible comprender la requerida “adecuación” de un medio respecto de un fin de la siguiente manera: un medio es “adecuado” para un fin cuando hace una *aportación causal* (de ciertas características) a su respecto.³² Así, afirmar que “La conducta M es adecuada para realizar un estado de cosas F”, como se

hace en nuestro esquema, resulta equivalente a sostener que “La conducta M hace cierta aportación causal para realizar un estado de cosas F”.³³

23 Como una manera de ordenar las ideas, en adelante entenderé que dos factores están unidos por una relación de causalidad cuando uno de ellos hace una aportación causal para que el otro se produzca. De modo que este último concepto cumplirá –en el discurso que sigue– la función de noción básica o primitive.³⁴ Como se advierte, la aproximación todavía deja abierta la definición acerca de cómo se caracteriza la aportación aludida: exactamente cómo han de relacionarse dos factores para que se los considere causalmente vinculados. Esto da paso a la premisa número dos.

24 Segunda premisa: según la concepción de la causalidad subyacente, pueden caracterizarse distintas relaciones de aportación causal de un factor respecto de otro; lo que ofrece una base para formular modelos correlativos de justificación instrumental.

25 Si se acepta la traducción que acaba de proponerse, puede continuarse el trabajo de esclarecimiento avanzando sobre el territorio de la filosofía de la ciencia y deteniéndose, a su interior, en la parcela de los estudios sobre las relaciones de causalidad. Recuperaré algunos de esos aportes para traerlos a la arena de la justificación instrumental, con el propósito ya explicitado. En particular, presentaré una reconstrucción de dos concepciones de la causalidad que, aplicadas a nuestro centro de interés, le dan contenido a la idea de aportación causal y al mismo tiempo ofrecen una base para formular dos modelos de justificación instrumental, uno regularista (§3) y otro probabilístico (§5), según que la relación medio-fin involucrada sea de naturaleza universal o frecuencial, respectivamente.

26 Pero antes de continuar es pertinente hacer algunas aclaraciones y poner de manifiesto algunos límites de la anunciada empresa. En primer lugar, hablo de “concepciones” –también de “enfoques” o “puntos de vista”– de la causalidad en un sentido muy amplio, para referirme a los discursos que pretenden dar cuenta de las aportaciones causales entre fenómenos. No distinguiré, entre sus variantes, los que consisten en aproximaciones conceptuales (buscan definir las aportaciones causales) o epistemológicas (estudian lo que podemos conocer acerca de estos vínculos) de los que, más ambiciosamente, tienen pretensiones ontológicas (procuran identificar de qué se trata la causalidad en los objetos). Para los objetivos de este trabajo basta con las primeras aproximaciones. Sus conclusiones son independientes de cómo se resuelva la disputa acerca de la ontología de la causalidad.

27 En segundo lugar, cabe subrayar que el hecho de que presente sólo dos enfoques sobre la causalidad no significa que sostenga que son los únicos admisibles, ni que uno solo de ellos sea el correcto frente al otro. Los pienso, en cambio, como dos discursos que dan cuenta de sistemas de relaciones causales diferentes, a los cuales ciñen su dominio. Podría decirse, así, que adopto una posición pluralista al respecto.³⁵ En el contexto de los casos de discriminación, cuál sea el sistema de relaciones causales relevante para evaluar la justificación de una diferencia de trato –información elemental para elegir el modelo más apropiado para dar cuenta de ellas– depende de algo que no puede definirse *a priori*: el tipo de fenómenos que interese vincular. Ello a su vez se subordina, entre otras cosas, a cómo se precisen los fines y en qué consistan los medios elegidos para alcanzarlos. Estos factores pueden referirse a un fenómeno biológico (como la relación entre el aumento de la edad y la pérdida de ciertas habilidades), a un fenómeno social (como la relación entre la tasa de migración y la tasa de desempleo de un determinado lugar), etcétera. Pues bien, aquí atenderé (no a todas sino) a cierta clase de relaciones causales entre fenómenos, las referidas en las tesis y casos que oportunamente mencionaré (§4). Las conclusiones a las que llegaré se limitarán a ellas.

28 En tercer y último lugar, cabe adelantar que me ocuparé de las relaciones entre fenómenos que son *casos genéricos* o tipos de casos definidos por poseer una serie de propiedades; los vinculados, típicamente, cuando se afirma que “fumar causa cáncer de pulmón”. Es importante tenerlo en cuenta porque la cuestión sobre qué enfoques de la causalidad son más apropiados para dar cuenta de cierta clase de relaciones depende, entre otros elementos, del carácter genérico o específico de éstas.³⁶ La razón para

limitarme a casos genéricos es que mi interés principal aquí está puesto en la justificación de normas jurídicas y prácticas generales, cuyo contenido o factor aglomerador, respectivamente, consiste en tales casos. Una de las consecuencias de este recorte es que el discurso que se presenta resultará útil para métodos de decisión generalistas. Es decir, para métodos que, al evaluar la justificación de una conducta, tengan como objeto su justificación en general y no la de su aplicación a un caso concreto, considerando todas las propiedades que concurran en él.³⁷ Para los sistemas que adopten métodos particularistas será necesario complementar lo que se dirá en las páginas siguientes con reflexiones, entre otros aspectos, acerca del salto entre los planos que se conocen como causalidad general y causalidad específica.³⁸

29 Dicho esto, continuemos con el plan detallado.

3 La justificación instrumental regularista

30 Denominaré *justificación instrumental regularista* a todo razonamiento según el cual está i-justificado llevar a cabo una conducta porque hacerlo es una “condición”, universal o regular, para realizar una finalidad legítima. En el marco de este modelo, la premisa (b) del esquema básico se modifica de la siguiente manera: “La conducta M es una condición, universal o regular, para realizar un estado de cosas F”.

31 La esquivada idea de relación de causalidad –o aportación causal– es una fuente aparentemente inagotable de debates en la filosofía de la ciencia. Un asentado enfoque propone entenderla sirviéndose de la noción de *condición*, esto es, como una relación condicional regular entre dos sucesos: la condición (C) y su efecto o consecuencia (E). Como parte del armazón conceptual que sirve a esta aproximación, se ha formulado una tipología de condiciones que es útil recuperar. Lo haré de la mano de G. H. von Wright.

32 Como rasgo general, las relaciones de las que hablamos son regulares o universales, lo que significa que se dan siempre, de modo invariable y no solamente con alguna frecuencia. Si comer (C) es una condición regular de saciar el hambre (E), siempre que se come, se alcanza este efecto, sin excepción.

33 Von Wright parte de la conocida distinción entre dos tipos básicos de condiciones, las “necesarias” y las “suficientes”;³⁹ cada una caracterizada por cumplir roles diferentes en la producción de un suceso. Las define de la siguiente manera:⁴⁰

34 (1) Decir que C es una condición *suficiente* de E significa que siempre que se da C, también se da E. La presencia de C basta para asegurar que ocurra E. (Aunque podría darse E sin que se diera C.) Con este sentido decimos que comer una pizza casera (C) es una condición –suficiente– para saciar el hambre (E), aunque se pueda lograr lo mismo por otros medios (ingiriendo otro alimento, por caso). Su forma lógica puede expresarse así:

$C \rightarrow E$ (condición suficiente)

35 (2) Por otra parte, decir que C es una condición *necesaria* de E significa que siempre que se da E, también se da C. La presencia de E exige que ocurra C. (Aunque podría darse C sin que se diera E.) Con este sentido decimos que calentar el horno (C) es una condición –necesaria– para cocinar la pizza que hemos preparado en casa (E), sin perjuicio de que para lograr esto último tengan que darse también otras condiciones (como preparar la masa, colocar la pizza en el horno, etcétera). Su forma lógica puede expresarse así:

$E \rightarrow C$ (condición necesaria)⁴¹

36 (3) Combinando los conceptos, decir que C es condición *necesaria y suficiente* de E significa que, si se da C, y solo cuando se da C, también se da E. Con este sentido decimos que incorporar agua al cuerpo (C) es una condición –necesaria y suficiente–

para hidratarlo (E), dado que es de esa manera, y solo de esa manera, que se logra dicho efecto. Su forma lógica puede expresarse así:

$C \leftrightarrow E$ (condición necesaria y suficiente)

37 Sobre la base de esta tipología se definen otras relaciones condicionales con las que captar distintos supuestos de *pluralidad* de condiciones, aquellos en que un suceso tiene más de una condición necesaria o suficiente. Veamos algunas:⁴²

38 (4) Consideremos por simplicidad sólo dos condiciones, C_1 y C_2 . Se dice que son conjuntamente *suficientes* respecto de E cuando, siempre que ocurren conjuntamente ambas, también se da E. Aunque por separado no aseguran que suceda E, sí lo hacen juntas.⁴³ En cambio, se dice que son disyuntivamente suficientes respecto de E cuando, siempre que ocurre al menos una de ellas, también se da E. Cada una por sí misma es suficiente para producir E.⁴⁴ Por otra parte, se dice que son conjuntamente *necesarias* respecto de E cuando, siempre que se da E, también ocurren conjuntamente ambas. Cada una por sí misma es necesaria para producir E.⁴⁵ En cambio, se dice que son disyuntivamente necesarias respecto de E cuando, siempre que se da E, se da al menos una de ellas. La ocurrencia de E no exige incondicionalmente ninguna en especial, sino que se dé al menos una.⁴⁶

39 A la disyunción de todas las condiciones suficientes para E dentro de un conjunto de propiedades lógicamente independientes nuestro autor la denomina condición suficiente *total*; y a la conjunción de todas las condiciones necesarias al mismo respecto, la denomina condición necesaria total. Desde esa perspectiva (relativa) es que puede advertirse cuántas condiciones suficientes tiene un suceso cualquiera E, cuántas son sus condiciones necesarias, y qué forma guarda cada una. Un conjunto de condiciones dado tendrá un mayor grado de complejidad mientras más condiciones lo conformen.

40 Retrocediendo eslabones en la cadena de condiciones, tenemos que cada condición C respecto de E puede ser, a su vez, el efecto de otra condición X; la que al mismo tiempo puede ser el efecto de otra condición Y, y así hacia el infinito. En tal supuesto, X se conecta con E de modo mediato, ayudando a producir C que tiene relación inmediata con E. Para dar cuenta de esto von Wright (2001: 73) incorpora cuatro definiciones más:

41 (5) X es una condición *contribuyente* respecto de E cuando resulta condición necesaria de, por lo menos, una condición suficiente de E. X es una condición *contribuyente indispensable* de E cuando es condición necesaria de todas las condiciones suficientes de E. Por otra parte, X es un *requisito sustituible* respecto de E cuando es condición suficiente de al menos una condición necesaria de E. Por último, X es una condición *contrarrestante* de E cuando su negación es una condición contribuyente de E.

42 En suma, un modelo de justificación instrumental regularista conecta los medios con sus fines a través de relaciones condicionales regulares o universales como las que se acaba de caracterizar.⁴⁷

4 Límites del modelo regularista

43 Ahora bien, el modelo que acaba de caracterizarse tiene un ámbito de aplicación limitado. Dicho a grandes rasgos, expresa la forma de razonar cuando lo requerido para la justificación instrumental de ciertas conductas es que lleven siempre a la concreción de sus objetivos. Sin embargo, en los casos de discriminación (y también más allá de ellos) parece exigirse comúnmente otra cosa, algo de lo que este modelo no da cuenta.

44 Como mostraré a continuación, importantes tesis en la filosofía del derecho sostienen que lo que debería requerirse al evaluar la justificación de normas generales no es una relación medio-fin regular o universal sino una de carácter frecuencial, lo cual se condice con aquello que la jurisprudencia requiere –de hecho– en muchas ocasiones.

Aunque no fuera lo que se exija o deba exigirse en todos los casos (conceder este punto no socavaría mi argumento principal), lo señalado nos convoca a pensar en modelos de justificación más apropiados para dar cuenta de tales requerimientos cuando sí se apliquen.

45 (1) La primera tesis que quisiera destacar tiene por objeto, ampliamente, la toma de decisiones basada en reglas o criterios generales. Su punto de partida es la falibilidad sistemática de esta actividad: el hecho de que, al decidir de tal modo, normalmente se abarcan casos que no deberían abarcarse en virtud de las razones para adoptar las reglas que guían esas decisiones. Se trata de un mecanismo –más o menos– imperfecto.⁴⁸

46 Dicho rasgo es precisamente lo que ha llevado a F. Schauer a proponer comprender el contenido de las reglas generales como generalizaciones empíricas de carácter probabilístico. Si se elige como antecedente de una regla la posesión de tales o cuales propiedades, afirma, es porque ello resulta causalmente relevante para lograr un objetivo dado;⁴⁹ y dicha relación no es regularista sino probabilística: las instancias del contenido de las reglas no llevan a cumplir con su objetivo siempre, sino solo con alguna frecuencia.⁵⁰ De modo que, respecto de los casos individuales, tales generalizaciones pueden resultar tanto supraincluyentes como infraincluyentes.⁵¹ Luego, sobre esta base el autor da un segundo paso interpretativo: sostiene que es dicha clase de relaciones entre una regla y sus razones subyacentes la que determina la corrección de la regla.⁵² Siguiendo la misma idea, en un trabajo posterior ha propuesto interpretar que, cuando se prohíbe la “discriminación arbitraria”, como lo hace en su país la *Age Discrimination in Employment Act*, normalmente no se está vedando toda generalización que no sea universal, sino toda aquella que, siendo frecuencial, carezca de apoyo empírico.⁵³

47 (2) La segunda tesis que me interesa señalar versa sobre el juicio de proporcionalidad, aquel esquema de razonamiento utilizado para evaluar la limitación a principios constitucionales. Estudiando sus elementos, A. Barak se refiere al requisito de la “adecuación” como aquel según el cual un medio dado ha de “conducir racionalmente” a la realización de su finalidad. Lo cual significa que debe contribuir a la misma incrementando “la probabilidad de su realización”. En efecto, para este autor no debe exigirse “que los medios elegidos cumplan plenamente con su finalidad. Una realización parcial de ésta –siempre que no sea marginal o insignificante– satisface el requisito de la conexión racional” (Barak 2012: 303-305). De modo similar, C. Bernal Pulido entiende el requisito de la “adecuación” como aquel que exige que la medida en cuestión “guarde una relación positiva de cualquier tipo con su fin inmediato, es decir, que facilite su realización de algún modo, con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud y seguridad” (Bernal Pulido 2014: 916).

48 Las posturas mencionadas se condicen con las exigencias justificativas aplicadas por la jurisprudencia en ciertos casos, como se advierte en los ejemplos que siguen.

49 (3) Empecemos con un caso del TJUE donde se cuestionaba una diferencia de trato basada en la edad.⁵⁴ En él se demandaba a una ciudad porque establecía un límite etario de 30 años a la incorporación de personal en el “servicio técnico medio de bomberos”, un cuerpo dedicado a la extinción de incendios y al salvamento de personas, entre otras actividades. El objetivo de colocar aquel límite –admitido como legítimo por el tribunal– era “garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales”.⁵⁵ El TJUE declaró que la diferencia de trato cuestionada era “adecuada” y “necesaria” para lograrlo,⁵⁶ en virtud de las siguientes razones coligadas. Por un lado, porque, dadas las características de las actividades a realizar por aquellos trabajadores, “el hecho de disponer de una capacidad física particularmente importante puede considerarse una exigencia profesional esencial y determinante”.⁵⁷ Por otro lado, porque, según los “datos científicos resultantes de estudios realizados en el marco de la medicina del trabajo y deportiva” ofrecidos por el Gobierno alemán,

[...] la capacidad respiratoria, la musculatura y la resistencia disminuyen con la edad. De este modo, *muy pocos* funcionarios de más de 45 años tienen la capacidad física suficiente para ejercer su actividad en el ámbito de la extinción de incendios. En el ámbito del salvamento de personas, los funcionarios de que se trata dejan de disponer de la referida capacidad a la edad de 50 años. Los funcionarios que superan dichas edades trabajan en los demás sectores de actividad antes mencionados.⁵⁸

50 Por último, porque, “a fin de garantizar el funcionamiento eficaz del servicio técnico medio de bomberos”, es preciso que quienes ingresen en él estén en condiciones de llevar a cabo las actividades correspondientes “durante un período mínimo de entre 15 y 20 años”.⁵⁹ Según la información disponible, sólo podrían hacerlo quienes fueran contratados antes de superar los 30 años; ingresando a esta edad, podrían extinguir incendios durante no más de 15 años.

51 Como puede advertirse con la lectura del fragmento largo que acabo de citar, el TJUE consideró que el límite etario es “adecuado” porque (tuvo por probado que) existe una relación condicional –en sentido *lato*– entre la edad de las personas y ciertas aptitudes físicas, aquellas requeridas para cumplir con las actividades propias del servicio técnico medio de bomberos. Lo interesante para nosotros es que –según lo que se indica– esa relación no es regular o universal. Es decir, no es el caso de que todos los funcionarios que superan los 45 años (C) pierden dichas habilidades (E), de modo que lo primero sea “condición suficiente” de lo segundo (C → E). Lo que ocurre, en cambio, es que “*muy pocos* funcionarios de más de 45 años” continúan poseyendo tales aptitudes. Con ello basta, según el TJUE, para calificar como “adecuado” al límite etario cuestionado.⁶⁰

52 (4) Ahora pasemos a considerar un caso del TEDH sobre discriminación de género. A principios de los 80 se dispusieron en el Reino Unido ciertas reglas migratorias en relación con los pedidos de reunificación familiar entre personas casadas. Reglas que eran más restrictivas para el supuesto en que se requiriera el ingreso de hombres invocando como causal el estar casados con residentes, que cuando se requiriera el ingreso de mujeres bajo el mismo argumento. Contra esta diferencia de trato se planteó un caso de discriminación que llegó hasta el TEDH.⁶¹ En su defensa, el estado británico alegó que una finalidad de la legislación cuestionada era “proteger el mercado laboral en un momento de alto desempleo”, algo que el tribunal consideró legítimo. Y que como “los hombres son más propensos que las mujeres a buscar empleo”, “los hombres inmigrantes tendrían un mayor impacto que las mujeres inmigrantes en dicho mercado”. La discusión giró en torno a si, sobre esa base, la diferencia de trato tenía “una justificación objetiva y razonable”.⁶² El TEDH resolvió que no la tenía, alegando como uno de sus argumentos principales que la información disponible sobre la diferencia entre hombres y mujeres “económicamente activos”⁶³ no mostraba que existieran –o hubieran existido, de no ser por la aplicación de las reglas cuestionadas– disparidades semejantes en el impacto respectivo sobre el mercado laboral de la inmigración de esposos hombres o de esposas mujeres.⁶⁴

53 Lo destacable del caso, para nuestros objetivos, radica en la naturaleza de las aserciones instrumentales que fueron discutidas, las cuales versaban sobre relaciones que –cabe suponer– el tribunal hubiera considerado “adecuadas” de haberlas tenido por probadas. Las hipótesis que presentó el gobierno son reconstruibles con una forma netamente frecuencial. Una de las principales puede formularse así: “un aumento en la tasa de ingresos por reunificación familiar de migrantes hombres contribuye a aumentar (o no disminuir) la tasa de desempleo”.⁶⁵ Con ello se afirma que hay una relación condicional –en sentido *lato*– entre una y otra tasa. Pero no supone que todo aumento en la primera produzca siempre un aumento correlativo en la segunda. Tampoco que todo cambio en la tasa de desempleo se explique por un cambio en la tasa de ingresos aludida. Significa que la última tasa es un factor que aporta parcialmente, en mayor o menor medida y junto con otras variables, a explicar los cambios en la tasa de desempleo. La medida parcial en que los explica es lo que determina su aportación causal relativa. Exactamente sobre esto último versa el otro argumento principal del TEDH en contra de la defensa del gobierno: sin perjuicio de lo anterior, tampoco estaba

convencido de que la diferencia que “pueda existir entre el impacto respectivo de hombres y mujeres en el mercado de trabajo doméstico sea *suficientemente importante* para justificar la diferencia de trato”.⁶⁶

54 (5) Por último, consideremos lo resuelto en un conocido caso del Tribunal Constitucional federal alemán, referido a la limitación de otros derechos fundamentales.⁶⁷ Se cuestionaba una norma que ordenaba etiquetar los paquetes de productos de tabaco con advertencias sobre los peligros para la salud de su consumo. La libertad de empresa de las productoras de tabaco resultaba limitada en aras de proteger la salud de las personas. La “adecuación” de una medida como esta dependía (entre otras cosas) de la existencia de cierta relación entre fumar tabaco y adquirir problemas de salud, como el cáncer de pulmón. Si una cosa no llevara a la otra, no habría nada que advertir ni beneficio alguno a favor de la salud en convencer de no fumar.

55 ¿Qué clase de relación se exigiría para sostener, en el marco de un caso como ese, que “fumar causa cáncer de pulmón” (o cualquier otra enfermedad)? Es plausible pensar que no se requeriría que ambos factores estén asociados invariablemente, de modo que siempre que alguien fume (C), contraiga cáncer (E). Es decir, una relación del tipo C → E. En cambio, pareciera aceptable un vínculo menos estrecho, según el cual fumar haga cierto aporte a la enfermedad, aumentando la probabilidad de adquirirla. Precisamente esta ha sido la clase de vínculo que –de hecho– el Tribunal Constitucional federal alemán consideró “adecuada” para justificar la obligación de etiquetado. En el caso de 1997 tuvo por probado que existe una relación de causalidad entre fumar y contraer cáncer y otras enfermedades, citando como apoyo tres investigaciones publicadas en prestigiosas revistas científicas.⁶⁸ Lo particular de estas fuentes, en lo que nos interesa, es que no demostraban –ni pretendían hacerlo– que fumar llevase invariablemente a contraer cáncer. Lo que hacían, sirviéndose de métodos estadísticos, es poner en evidencia asociaciones generales de carácter frecuencial, como aquella según la cual “aproximadamente la mitad de los fumadores habituales de cigarrillos morirán eventualmente *debido a* ese hábito”.⁶⁹

56 En resumen, los ejemplos ilustran que hay casos en los cuales se aceptaría como instrumentalmente justificado –y de hecho se lo hace– llevar adelante un medio para lograr un fin aun cuando no haya una relación regular entre las instancias de ambos. Esto es, incluso cuando no se dé que todo funcionario que supere los 45 años pierda las habilidades requeridas en el cuerpo de bomberos, o que cada nuevo migrante hombre que ingresa al país sea una persona más que busca trabajo y no lo consigue, o que cada persona que es convencida de no fumar sea una persona que se salvará de contraer enfermedades que, de seguir con ese hábito, hubiera seguramente adquirido.

57 En supuestos como esos, en cambio, se consideraría suficiente que la relación bajo estudio resulte *frecuencial* o probabilística. Sea porque se asuma que el vínculo entre los factores relevantes no consiste, en sí mismo, en otra cosa; o porque, asumiendo que se vinculan de modo regular o universal, no se conozcan más que leyes causales incompletas, desprovistas de todas las condiciones que –dadas en conjunto– asegurarían que ocurra siempre determinado efecto.

58 Así las cosas, para dar cuenta de requerimientos como los que contienen las tesis y las sentencias mencionadas, es preciso pensar en modelos de justificación distintos, más apropiados que el regularista. Con este objetivo exploraré una concepción de la causalidad que, como lo sugiere su etiqueta, tiene la ventaja de gravitar sobre relaciones de la misma clase que las exigidas para justificar diferencias de trato en los ejemplos que llamaron nuestra atención. Avancemos, pues, con ello.

5 La justificación instrumental probabilística

59 Denominaré *justificación instrumental probabilística* a todo razonamiento según el cual está i-justificado llevar a cabo una conducta porque hacerlo produce cierta diferencia en la probabilidad de que se den instancias del contenido de una finalidad legítima. En el marco de este modelo, la premisa (b) del esquema básico se modifica de la siguiente manera: “Las instancias de la conducta M producen cierta diferencia en la probabilidad de que se den instancias del estado de cosas F”.

60 Una reconstrucción de algunos rasgos de los enfoques probabilísticos de la causalidad permitirá comprender qué significan los términos clave del párrafo anterior. Estas concepciones entienden las relaciones causales como frecuencias relativas entre tipos de hechos y las representan mediante una función de probabilidad.⁷⁰ Su idea básica es que las “causas” hacen una *diferencia en la probabilidad* de sus efectos, aunque no conduzcan invariablemente a ellos.⁷¹ Lo cual puede expresarse, en un principio, como $\Pr(E|C) \neq \Pr(E)$, que se lee así: la probabilidad frecuencial de E (el efecto) dado C (la causa) es diferente a la probabilidad frecuencial de E. En virtud de dicha estipulación, y habiendo advertido en los hechos que fumar hace una diferencia en la probabilidad de contraer cáncer de pulmón, es correcto aseverar que “fumar *causa* cáncer de pulmón”.

61 Frente a las regularistas, las concepciones probabilísticas admiten calificar como causales a relaciones en las cuales los factores involucrados (sus instancias) no se vinculan de modo invariable o regular. Permiten aseverar que “fumar causa cáncer de pulmón” aunque esta enfermedad también se manifieste entre quienes nunca han fumado (la condición no es necesaria para el efecto) y aunque haya asiduos fumadores que no la contraigan nunca (la condición tampoco es suficiente para el efecto). Sus partidarios consideran esto como una ventaja comparativa, por razones epistemológicas (normalmente sólo seríamos capaces de conocer regularidades imperfectas) y ontológicas (no existirían en la realidad relaciones deterministas entre los fenómenos que podamos aspirar a conocer).⁷²

62 Así como la he presentado, la idea básica de la diferencia-en-la-probabilidad es apenas una aproximación al modo en que los probabilistas entienden lo que vengo llamando la “aportación causal”⁷³ de un factor sobre otro. La utilidad de tal enfoque para nuestros objetivos se manifestará sólo si nos detenemos en algunas precisiones ulteriores. Por simplicidad me referiré en adelante a la aportación causal *positiva*, el aumento en la probabilidad del efecto mediante la causa: $\Pr(E|C) > \Pr(E)$.

63 El aumento-en-la-probabilidad que atenderemos es lo que se conoce como una *correlación* positiva. Si C y E están positivamente correlacionados y se suceden con ese orden en el tiempo, usando los términos de P. Suppes (1970: 12) podría decirse que C es una “causa *prima facie*” de E. La etiqueta es un buen modo de destacar que algo falta, que no toda correlación se traduce linealmente como una aportación causal. Quedan todavía una serie de precisiones. Entre ellas, las que interesan ahora son las vinculadas con la necesidad de descartar las llamadas “correlaciones espurias”.

64 Un factor puede estar correlacionado con otro porque lo produce o porque ambos son producidos por un tercer factor en común. En el segundo supuesto, y para los fines de la atribución causal, se dice que el vínculo es *espurio*.⁷⁴ En términos probabilísticos, una correlación entre dos factores (C y E) califica como “espuria” cuando un tercer factor (T) –su causa común– produce, una vez considerado e incorporado a la ecuación, un “apantallamiento” (*screening off*) en la relación entre éstos.⁷⁵ Lo cual significa que la probabilidad de E dado C y T es igual a la probabilidad de E dado T.⁷⁶ Habiendo ocurrido T, la ocurrencia de C no hace aportación causal alguna para la probabilidad de E.

65 Recostada en esos conceptos, la primera gran precisión a la idea de aportación causal probabilística indica que, si un factor C es apantallado por otro en su correlación con un factor E, entonces C no puede ser calificado como la causa de E. Así, un factor es definido como una causa de otro cuando hace una diferencia en su probabilidad y no resulta apantallado por un tercer factor.⁷⁷ Es lo que Suppes (1970: 10, 21-25) denomina una “causa genuina” (no ya *prima facie*).

66 De acuerdo con lo dicho, la aportación causal probabilística, entendida como una correlación positiva no apantallada, es la contribución exclusiva que hace un factor al aumento en la probabilidad del otro. Esta idea, más completa que la primera aproximación, todavía ha sido objeto de algunas precisiones adicionales. Mencionaré dos.

67 Por un lado, se ha llamado la atención acerca de que el valor de verdad de toda aserción causal depende, entre otras cosas, de la población sobre la que se predica, o como también se le llama, de su clase de referencia.⁷⁸ Un cambio en ésta puede conllevar una alteración en la probabilidad condicional entre los factores vinculados. Por ejemplo, la probabilidad de tener un ataque al corazón siendo fumador difiere normalmente según la edad de los sujetos: no es la misma entre quienes tienen treinta que entre quienes tienen sesenta años. De acuerdo con ello, se sugiere que toda aserción causal debe entenderse como relativa a una población determinada, aunque sea implícitamente.

68 Por otro lado, se ha destacado que no toda población –o clase de referencia– es apropiada para establecer la aportación causal de un factor respecto de otro.⁷⁹ Sucede que cualquier asociación entre dos factores que se observe en una población o conjunto, puede revertirse en sus subconjuntos por efecto de un tercer factor que esté correlacionado con ambos. Este fenómeno se denomina la Paradoja de Simpson o de la reversión y da lugar a la pregunta acerca de qué correlaciones corresponde invocar en las aserciones causales.

69 Un conocido caso ayudará a comprender el problema. Proviene de un estudio sobre la tasa de admisiones en la Universidad de Berkeley en 1973, que se interesó por esclarecer la influencia sobre tales decisiones, si alguna, del género de quienes postularon.⁸⁰ Atendiendo al total de las postulaciones, se encontró que las mujeres eran admitidas en menor proporción que los hombres. Sin embargo, observando la misma información al nivel de los departamentos de la universidad, se halló –simplificando un poco– que en cada uno de ellos la proporción en que eran admitidos hombres y mujeres resultaba idéntica. Aunque no parezca, las dos observaciones, al nivel de la universidad y al nivel de sus departamentos, son compatibles entre sí; pueden ser verdaderas al mismo tiempo, sin contradicción alguna. En el caso, el resultado fue explicado por el efecto de un tercer factor: las mujeres tendían a postular a los departamentos que tenían una tasa de rechazo más alta.

70 La pregunta, entonces, es qué correlación –la propia de qué clase de referencia– utilizar al establecer vínculos causales. La respuesta que se ha dado, dicha en pocas palabras, consiste en que ha de recurrirse a la correlación que se predique sobre una clase (o población, o conjunto) de referencia causalmente *homogénea*. De modo que “C causa E si, y sólo si, C incrementa la probabilidad de E en toda situación que por lo demás es causalmente homogénea con respecto a E”.⁸¹ Lo que puede expresarse así:

$$\Pr(E|C \cdot K_j) > \Pr(E|K_j)$$

71 Una población o clase de referencia es causalmente homogénea cuando está conformada por, y solamente por, la afirmación o negación de cada una de las propiedades que hacen algún aporte causal a la producción del factor E, excepto por el factor C cuya relevancia se quiere establecer. Esta descripción es denotada como K_j .⁸² Entonces, cuando una clase es homogénea no hay ninguna propiedad adicional que pueda incorporarse a dicha descripción y que divida la clase en dos subclases donde la probabilidad de E sea distinta (lo que la haría *no-homogénea*). En una clase así, toda propiedad adicional resulta siempre apantallada por las propiedades que la hacen homogénea.⁸³ De modo que el único factor que podría introducir un cambio en la probabilidad de E, si es que contribuye causalmente (y esto es justamente lo que se quiere determinar), es C.

72 La clase de referencia apropiada para establecer aportaciones causales, aquella causalmente homogénea, es denominada el “contexto causal de fondo” (*background causal context*) de la aserción causal correspondiente.⁸⁴ En tal operación, se dice que

las propiedades que conforman la clase de referencia apropiada, K_j , son mantenidas fijas (*held fixed*) o constantes, lo cual significa que el aporte de C a la probabilidad de E se mide en un contexto donde ellas (su afirmación o su negación) se dan. Así, toda aserción causal probabilística lleva siempre implícita una cláusula *ceteris paribus*.

73 En resumen, si se observa que C incrementa la probabilidad de E sin importar qué otros factores del contexto causal de fondo (que sean independientes y hagan aportaciones causales) estén presentes, entonces se dice que C realiza una aportación causal a E. Hay aportación causal probabilística si, y sólo si, tenemos que $\Pr(E|C \cdot K_j) > \Pr(E|K_j)$.

74 El método comentado permite, superando los problemas antes introducidos, distinguir entre el grado de correlación de C y E, y lo que puede denominarse el *grado de aportación causal* de C respecto de E. La magnitud de la aportación causal de C respecto de E es equivalente a la correlación entre C y E que no resulta apantallada por K_j . Es decir, al resultado de la siguiente operación: $\Pr(E|C \cdot K_j) - \Pr(E|K_j)$.⁸⁵

75 Volviendo al ejemplo del ingreso a la universidad, vemos que el factor “aplicar a los departamentos más exigentes” hace una aportación causal al factor-efecto “rechazo de la postulación” y corresponde, por lo que vimos, mantenerlo constante como parte del contexto de fondo. Hecho eso, se obtiene que la correlación entre el factor “género del postulante” y el efecto queda apantallada: ambos resultan estadísticamente independientes dado el primer factor mencionado.

76 Antes de concluir, y cambiando del plano conceptual al de la *investigación* causal, conviene reparar en la distinción entre el conjunto de propiedades cuya posesión hace, de hecho, alguna aportación causal respecto de un factor E y las propiedades cuya posesión *creemos que* hace alguna aportación causal a E, dado el acervo de información que dispongamos en un momento dado. A lo primero podríamos denominarlo homogeneidad “objetiva” de una clase de referencia, aquella que se da en el mundo, y a lo segundo homogeneidad “epistémica” de una clase de referencia, aquella que nos consideramos justificados a creer.⁸⁶ Las investigaciones causales se nutren de clases de referencia epistémicamente homogéneas, seleccionadas de acuerdo a la información de fondo que se disponga en un momento y contexto dados. Esto da la pauta de que siempre puede ser el caso de que una aserción causal resulte falsa por haberse formulado sin contar con la información suficiente, es decir, cuando creemos conocer todas las propiedades cuya posesión hace alguna aportación causal al fenómeno de interés pero se nos escapa alguna.

77 En suma, un modelo de justificación instrumental probabilística conecta los medios con sus fines a través de dependencias probabilísticas como las caracterizadas aquí.

6 Ventajas del modelo probabilístico

78 Habiendo formulado un modelo de justificación sobre la base de la idea de aportación causal probabilística, parece una buena idea recuperar algunos ejemplos con el propósito de ilustrar mejor las ventajas que presenta, en comparación con el modelo regularista, cuando se lo utiliza para dar cuenta de lo que comúnmente se exige en los casos de discriminación (y más allá de ellos) al evaluar la justificación de normas o prácticas generales. Retomaremos, así, lo sugerido en §4.

79 Tomaré como ejemplo principal el caso del TJUE en el que se cuestionaba un límite de 30 años de edad a la incorporación de personal en el servicio técnico medio de bomberos de una ciudad. Hablo de “Wolf v. Stadt Frankfurt am Main” (2010). Recordemos brevemente que, según la Gran Sala del tribunal, la restricción se trataba de una diferencia de trato “adecuada” y “necesaria” para lograr que quienes ingresaran en dicho cuerpo pudieran cumplir con las actividades correspondientes “durante un período mínimo de entre 15 y 20 años”, como una manera de garantizar su buen funcionamiento.

80 Pues bien, el punto que he intentado destacar podría reconducirse, en lo central, como una cuestión relativa a la forma en que se precisa –o cabe reconstruir– la contribución que debe hacer una diferencia de trato a su objetivo para que se la considere justificada (por simplicidad, hablaré en adelante de “la contribución requerida”). Si se especifica este aporte de forma irrestricta o categórica, sin aceptar concreciones parciales, el modelo de justificación regularista parece ser apropiado para evaluar los medios con que se pretende alcanzarlo. En cambio, cuando se lo precisa de forma frecuencial, este modelo se vuelve demasiado exigente.

81 Pensando en el caso “Wolf”, se especificaría de modo *irrestricto* la contribución requerida para el límite etario si ella consistiera en “*hacer que* todas las personas que ingresen al servicio técnico medio de bomberos mantengan el estado físico indispensable al menos durante 15 años”. Lo cual se concretaría de manera exitosa, únicamente, en un estado de cosas donde, un quindenio después de su contratación, *ninguno* de los ingresantes hubiera perdido las aptitudes físicas que se precisan para realizar sus tareas.

82 Para que la norma que establece el límite produzca, por sí misma, una contribución como la que acaba de especificarse, el hecho de que una persona contratada no supere los 30 años de edad (C) debería ser, cuanto menos, una “condición necesaria” (en el sentido analizado en §3) de que mantenga el estado físico una vez transcurridos 15 años de su incorporación (E).⁸⁷ De modo que, si se incorporara alguien que superara esa edad ($\sim C$), incumpliendo con el límite, esta persona no mantendría el estado físico indispensable pasado el lapso mencionado ($\sim E$). Se asume, entonces, una relación regular o universal entre ambos factores, la edad y el mantenimiento del estado, del tipo $\sim C \rightarrow \sim E$ ⁸⁸.

83 Haciendo las adaptaciones pertinentes, estamos en condiciones de volcar lo dicho en nuestro esquema básico de justificación instrumental (presentado en §2). A tal efecto, acordemos en denotar como “LE” al estado de cosas en el cual todas las personas ingresantes hubieran sido contratadas con 30 años o menos, y en llamar “conducta M” al paso del estado de cosas “ $\sim LE$ ”, en el cual no se cumpliera con dicho criterio, al estado de cosas LE. Además, representemos como “F” al estado de cosas en el cual, 15 años después de incorporados, todos los ingresantes mantuvieran las aptitudes físicas que se precisan para realizar sus tareas. El esquema quedaría así:

(a) Se procura realizar un estado de cosas F.

(b) $\sim LE \rightarrow \sim F$.⁸⁹

Entonces:

(c) Debe considerarse i-justificado llevar a cabo la conducta M.

84 Este esquema de justificación, que descansa en aportaciones causales universales o regularistas como $\sim LE \rightarrow \sim F$, es el modelo apropiado para dar cuenta de la forma de razonar cuando la contribución requerida se especifica como lo hicimos recién, de manera irrestricta (“*hacer que* todas las personas que ingresen...”).

85 Consideremos ahora la alternativa *frecuencial* para precisar la contribución requerida. Ella podría formularse como “*augmentar la probabilidad de que* todas las personas que ingresen al servicio técnico medio de bomberos mantengan el estado físico indispensable al menos durante 15 años”. El aporte exigido, así, se presentaría como algo gradual cuya unidad de medida es la frecuencia en que se dan ciertas clases de hechos.

86 Precisada de tal manera la contribución, la norma podría concretarla –y justificarse por ello– incluso cuando no todas las personas mayores de 30 años fueran a perder el estado físico indispensable antes de los 15 años de haber sido contratadas (la condición no es suficiente), o cuando no todas las personas que pierdan el estado físico indispensable antes de los 15 años de haber sido contratadas hubieran ingresado al servicio con más de 30 años (la condición no es necesaria). Bastaría, simplemente, con

que superar los 45 años aumente la probabilidad de perder tales aptitudes. O, con otras palabras, con que “muy pocos funcionarios de más de 45 años” continúen poseyéndolas, tal como tuvo por probado el TJUE en la decisión que estudiamos.⁹⁰

87 Denotando como “LE” al estado de cosas en el cual todas las personas ingresantes al servicio sean contratadas con 30 años o menos, y como “F” al estado de cosas en el cual, 15 años después de incorporados, todos los ingresantes mantuvieran las aptitudes físicas que se precisan para realizar sus tareas, la contribución requerida, expresada frecuentemente, podría formalizarse como sigue:

$$\Pr(F \mid LE \cdot K_j) > \Pr(F \mid \sim LE \cdot K_j)$$

88 Se lee: manteniendo fijo el contexto causal de fondo (K_j), la probabilidad frecuencial de F dado que ocurre LE es mayor a la probabilidad de F si no ocurre LE.

89 Si acordamos nuevamente en llamar “conducta M” al paso del estado de cosas $\sim LE$ al estado de cosas LE, podemos colocar esas expresiones en nuestro esquema básico de justificación instrumental, con el siguiente resultado:

(a) Se procura realizar un estado de cosas F.

(b) $\Pr(F \mid LE \cdot K_j) > \Pr(F \mid \sim LE \cdot K_j)$.

Entonces:

(c) Debe considerarse i-justificado llevar a cabo la conducta M.

90 Este esquema de justificación, que descansa en aportaciones causales probabilísticas del tipo $\Pr(E \mid C \cdot K_j) > \Pr(E \mid K_j)$, es el modelo apropiado para dar cuenta de la forma de razonar cuando la contribución requerida se especifica de manera frecuencial (“*aumentar la probabilidad de que* todas las personas que ingresen...”).

91 Como vimos, cada alternativa para especificar la contribución requerida tiene como correlato su propio modelo de justificación. ¿Cuál de las dos alternativas y su modelo respectivo es preferible?

92 En la sentencia que recuperamos, el TJUE se ha inclinado claramente por la segunda alternativa, la versión frecuentista. Si bien no ha invocado razones a favor de adoptar un enfoque tal, yo creo que sí las hay: se trata de una excelente manera de enfrentar las derivaciones del siguiente problema epistemológico. Al menos en el plano de los casos genéricos, resulta muy difícil conocer cuáles son las condiciones que –en soledad o en conjunto con otras– resultan suficientes y necesarias para producir de manera regular tal o cual efecto. Es decir, adquirir creencias justificadas y verdaderas sobre leyes causales completas. De modo que, si se exigiera como requisito de justificación para toda diferencia de trato que se demuestre que ésta hace un aporte causal regularista respecto de su objetivo, ello sería demasiado pedir, al punto que obturaría por completo el mecanismo –sistemáticamente falible– de toma de decisiones basadas en reglas o criterios generales.⁹¹

93 El problema mencionado se manifiesta respecto del tipo de relación causal que era relevante para resolver el conflicto judicial que he tomando como ejemplo principal. Es muy difícil, cuando no imposible, conocer la combinación de circunstancias que han de darse para que, indefectiblemente, alguien pierda el estado físico indispensable para ser bombero pasados 15 años. El haber sido contratado con más de 30 años, y superar los 45 transcurrido un quinquenio, es un factor que no basta por sí solo para asegurar aquel resultado, según la información científica con la que contaba el TJUE. Pareciera que no es una “condición necesaria” (en el sentido analizado en §3) de que alguien pierda las aptitudes indispensables. No es disparatado pensar en que algunas personas podrían sufrir graves lesiones mucho antes de sus 45 años. Además, pareciera que el factor aludido tampoco es una “condición suficiente” (de nuevo, en el sentido analizado en §3). No es absurdo imaginarnos casos –aunque resulten excepcionales– de funcionarios que tengan un organismo privilegiado y se entrenen a tal punto de superar los 45 años

con un estado que les siga permitiendo dedicarse, entre otras actividades, a la extinción de incendios.

94 Por lo señalado, si el TJUE hubiera aplicado un modelo de justificación instrumental regularista, debería haber declarado discriminatoria, por carecer de “adecuación”, la imposición del límite etario que se cuestionaba en el caso. Y podría decirse que también, más ampliamente, la mayoría de las diferencias de trato establecidas mediante normas generales. Pero, como sabemos, no es eso lo que decidió. En vez de ello, aplicó un modelo de justificación instrumental probabilístico (de un modo reconstruible como acabo de hacerlo unos párrafos atrás). Le bastó con que el medio cuestionado hiciera una aportación causal probabilística al logro de su fin.

95 Las ventajas del modelo probabilístico para dar cuenta de lo exigido en los casos de discriminación al evaluar la justificación de normas o prácticas generales, ilustradas mediante el caso al que venimos refiriendo, también se advierten en otros ejemplos relevantes, como el caso del Tribunal Constitucional federal alemán sobre el etiquetado de cigarrillos⁹² o el caso del TEDH sobre discriminación de género a migrantes.⁹³ A su respecto, aquel modelo expresa mejor que el regularista el razonamiento que los tribunales intervinientes realmente desplegaron o hubieran desplegado de contar con las pruebas suficientes. En el primer caso, no se requirió una aportación regularista entre fumar (C) y contraer cáncer (E), del tipo $C \rightarrow E$, sino una contribución probabilística, del tipo $\Pr(E|C \cdot K_j) > \Pr(E|K_j)$. En el segundo caso, no se hubiera requerido una aportación regularista entre ser un migrante hombre (C) y buscar trabajo pero no conseguirlo, del tipo $C \rightarrow E$, sino una contribución probabilística, del tipo $\Pr(E|C \cdot K_j) > \Pr(E|K_j)$. Una contribución, dijo el Pleno del TEDH, que hubiera debido ser lo “suficientemente importante”. Lo cual nos lleva al tema que abordaremos a continuación.

7 Formulando niveles de exigencia justificativa probabilística

96 En apartados anteriores (§3 y 5) caractericé dos versiones diferentes de la idea de *aportación causal*. Me detuve especialmente en la versión probabilística, por las razones oportunamente explicitadas (§4 y 6). Ahora quisiera ocuparme de algunas oportunidades regulativas que se abren al entender como una aportación causal probabilística la “adecuación” requerida para justificar diferencias de trato. Particularmente, de las oportunidades que se presentan respecto de la estrategia, común en el derecho antidiscriminatorio, de requerir una justificación más robusta –razones “de mucho peso”– para determinada clase de casos, adoptando niveles de exigencia justificativa diferentes.

97 Haciendo un resumen de lo visto en §5, tenemos que la *aportación causal probabilística* (AC-P) consiste en una dependencia probabilística. Un suceso C hace una AC-P a otro E cuando produce una diferencia en la probabilidad frecuencial de que se den instancias de E, sin que sea del todo apantallada por las aportaciones causales de los sucesos que forman parte del contexto causal. Como noción, la AC-P tiene un carácter cuantitativo y gradual. Se expresa mediante funciones de probabilidad que, siendo ésta positiva, pueden adoptar cualquier valor numérico en un rango que va entre más de 0 y menos de 1. Sus instancias se gradúan en virtud de este guarismo: a mayor valor, mayor grado de aportación.⁹⁴

98 A partir de ello, si lo conectamos con las demás piezas en las que hemos trabajado, surge una cuestión digna de atención. La justificación instrumental en los casos de discriminación –mencioné al comienzo– se apoya en una premisa según la cual debe considerarse como i-justificada toda conducta que sea “adecuada” para realizar el contenido de una finalidad legítima. Pues bien, nos encontramos con que, de traducirse tal vocablo como aportación causal a secas, y dado el carácter gradual de esta última

noción, siempre podría preguntarse *cuánta* aportación debería exigirse; cuánta es suficiente. De modo que quien tenga que decidir si una relación medio-fin califica como “adecuada”, inevitablemente tendrá que asumir –aunque sea implícitamente– alguna respuesta a este interrogante: aceptar que cualquier contribución satisfaga la exigencia o que solamente lo haga una superior a cierto (¿cuál?) grado. En esta decisión intervendrían, entonces, dos clases de juicios: uno empírico sobre cuál es el grado de AC-P de un medio respecto de un fin y otro evaluativo sobre cuánta AC-P es suficiente a los efectos justificativos.

99 Si se quisiera evitar que el juicio evaluativo se haga caso-a-caso, eludiendo la impredecibilidad que ello conlleva,⁹⁵ podría intentarse –aunque con una efectividad limitada, según veremos– definir la AC-P requerida a los efectos justificativos como una noción categórica en vez de gradual. Se trata de establecer, en el plano regulativo general, cuál es el nivel de exigencia justificativa aplicable según el supuesto, es decir, cuál es el grado de AC-P que debe considerarse *suficiente* y, por ende, calificar como “adecuado” en tales o cuales clases de casos.

100 La solución puede montarse sobre una estrategia bien conocida en el derecho antidiscriminatorio y contribuir, asimismo, a perfeccionarla. Como reseñé en el apartado inicial (§1), es común que, respecto de ciertas clases de diferencias de trato – las consideradas especialmente nocivas para el principio de igualdad– se requiera una justificación más robusta que para otras: razones “de mucho peso”. La jurisprudencia y las disposiciones que he mencionado parecen concretar esta exigencia superior requiriendo que la relación medio-fin sea, además de “adecuada”, también “necesaria”.

101 Sin embargo, con esa forma de incrementar la exigencia justificativa –incorporando directamente el requisito de la “necesidad”– se omite sacarle provecho a una oportunidad regulativa que surge del carácter gradual de la AC-P, un rasgo que habilitaría a requerir –además de cierta eficiencia– una mayor aportación causal medio-fin cuando se lo considere pertinente.⁹⁶ Cuanto mayor sea el sacrificio que conlleve la implementación de una diferencia de trato, sobre valores distintos al logro de su objetivo, podría aplicarse un escrutinio más estricto y exigirse una aportación medio-fin superior a la básica, como condición para que califique como “adecuada” a los efectos justificativos.

102 A continuación presentaré y analizaré dos formas de definir, categóricamente, cuándo hay una *aportación causal suficiente* entre un medio y un fin, lo que denotaré como ACSUF. Una de ellas representará una exigencia básica y la otra, una elevada. Veremos que, en ambos casos, la estrategia de exigir distintos niveles de exigencia justificativa se perfecciona en lo que respecta al requisito de la “adecuación”, esto es, adquiere un sentido más preciso la idea de que algunas diferencias de trato deberían hacer mayores aportes al logro de su objetivo para considerarse justificadas. Sin embargo, también emergen otras cuestiones no menores, que haré notar oportunamente.

103 Pasemos a las definiciones, comenzando por la exigencia básica:

D1 (nivel básico). Hay una ACSUF entre un medio (M) y un fin (F) cuando el primero realiza cualquier aportación causal positiva a favor del segundo.

104 Esto podría formalizarse como $ACSUF(M, F) \equiv [\Pr(F|M \cdot K_j) - \Pr(F|K_j)] > 0$.

105 Bajo el dominio de la D1, afirmar que “la conducta M es ACSUF para realizar un estado de cosas F” consiste exclusivamente en hacer una descripción de la realidad, es decir, en proferir un enunciado con función descriptiva.

106 Considerando que “cualquier AC-P positiva” significa producir cualquier aumento-en-la-probabilidad no apantallado, podemos advertir que la definición expresa un nivel *básico* de exigencia, dado que es compatible con que la contribución sea de un grado mínimo, incluso levemente superior a 0. Para D1, cualquiera debe considerarse suficiente.

107 Si bien la definición sirve como criterio por defecto, ya hemos visto que para algunas diferencias de trato no se considera aceptable requerir una justificación tan laxa; se

espera, en cambio, una más robusta: razones “de mucho peso”. Esto es lo que han expresado el TEDH y otros tribunales en algunos pronunciamientos citados en el apartado inicial. También es lo que ha sugerido el Pleno del TEDH en el ejemplo estudiado antes (§4) sobre el ingreso de migrantes hombres: incluso si se hubiera comprobado que tenían un impacto negativo sobre el mercado de trabajo, superior al producido por el ingreso de migrantes mujeres, el tribunal manifestó que no estaba convencido de que éste fuera “*suficientemente importante* para justificar la diferencia de trato” en aras de proteger el empleo.⁹⁷

108 Pues bien, respecto de tales supuestos –y con independencia de requerir además que el medio sea “necesario”– podrían formularse niveles más exigentes de ACSUF. Supongamos una diferencia de trato que requiera para su justificación razones de “mucho peso”⁹⁸ y que haga una aportación causal positiva a su objetivo, pero que esta relación no sea (considerada como) lo suficientemente estrecha.⁹⁹ En tal caso, podría decirse que la distinción contribuye de alguna manera a lograr su fin, pero *no lo suficiente* para superar el juicio de proporcionalidad correspondiente a la clase de rasgos en que se basa. Dado ello, no está justificada y resulta, por ende, discriminatoria. Esta es una manera de dar cuenta de aquellos casos en los cuales una diferencia de trato hace una contribución a su objetivo pero es considerada injustificada, de todos modos, por razones normativas: porque el sacrificio que se hace al implementarla solamente se justificaría si su aporte fuera mayor (o porque no hubiera aporte, por más alto que sea, que compensara ese sacrificio). El razonamiento respectivo involucra un balance entre, por un lado, el valor de la contribución que hace la medida sobre su objetivo (admitiendo que el aporte puede ser gradual) y, por el otro, los demás disvalores que conlleva su concreción.¹⁰⁰

109 Hasta donde puedo ver, hay por lo menos dos maneras de exorbitar el nivel básico de exigencia justificativa, que mostraré enseguida como $D2_a$ y $D2_b$. Por simplicidad formularé la definición de un solo nivel adicional, el *elevado*.

$D2_a$ (nivel elevado). Hay una ACSUF entre un medio (M) y un fin (F) cuando el primero realiza una aportación causal a favor del segundo que supera un umbral previamente establecido.

110 Esto podría formalizarse como $ACSUF(M, F) \equiv [\Pr(F|M \cdot K_j) - \Pr(F|K_j)] > u$, donde “ u ” denota cierto valor dentro del rango entre más de 0 y menos de 1.

111 Igual que con la anterior, sostener bajo $D2_a$ que “la conducta M es ACSUF para realizar un estado de cosas F” consiste exclusivamente en hacer una descripción de la realidad, en describir que M hace una aportación tal que supera el umbral aplicable.

112 Si bien parece una alternativa satisfactoria, la fijación *a priori* del umbral de aportación suficiente conlleva un inconveniente. Hace a la estrategia insensible a las características particulares de los fenómenos concernidos en cada caso y a lo que se conozca acerca de los factores que conforman su contexto causal de fondo. Ello es problemático porque una AC-P podría ser relativamente baja y, sin embargo, constituir la alternativa conocida que más contribuya a producir un estado de cosas pretendido, de modo que descartarla llevaría a desechar todo esfuerzo por alcanzar el objetivo. En otros supuestos, también podría darse que, dada la importancia relativa de cierto objetivo en un ámbito dado, los aportes pequeños también sean, de todos modos, considerados proporcionales en relación con sus “costos” sobre el principio de igualdad.

113 La siguiente definición evita dicho incordio, al tiempo que recupera otro:

$D2_b$ (nivel elevado). Hay una ACSUF entre un medio (M) y un fin (F) cuando el primero realiza una aportación causal a favor del segundo que sea evaluada como suficiente por el intérprete.

114 Esto podría formalizarse como $ACSUF(M, F) \equiv ES[\Pr(F|M \cdot K_j) - \Pr(F|K_j)]$, donde “ES[...]” denota la evaluación positiva, como suficiente, del intérprete.

- 115 Bajo el dominio de D_{2b} , y a diferencia de lo que sucede con las dos definiciones anteriores, sostener que “la conducta M es ACSUF para realizar un estado de cosas F” tiene una función mixta, descriptiva y evaluativa. Involucra tanto una descripción según la cual M hace una aportación causal a F, como la emisión de un juicio de valor sobre su suficiencia. En virtud de la D_{2b} , la idea de ACSUF consiste en lo que se denomina un *concepto evaluativo denso*.¹⁰¹
- 116 Lo que hace esta alternativa es delegar en el intérprete el juicio sobre el carácter suficiente del aporte causal de un medio para un fin. Esto le da la flexibilidad de la que carece D_{2a} , pero al costo de aceptar que dicho juicio evaluativo se haga caso-a-caso y no a nivel regulativo general. La decisión involucra un balance de razones que, para la clase de casos aquí atendidos, típicamente se dará entre el perjuicio o disvalor que conlleva la diferencia de trato cuestionada (la exclusión de cierto grupo del acceso a determinados bienes) y el beneficio que conlleva contribuir como lo hace al logro de su objetivo.¹⁰²
- 117 Haciendo un inventario, con las propuestas de definición categórica aquí volcadas (D_1 , D_{2a} y D_{2b}) se supera la indeterminación que se presenta de traducir la “adecuación” medio-fin requerida como una AC-P a secas. Sin embargo, en las definiciones que expresan niveles de exigencia justificativa más elevados (no básicos) se genera un dilema: hay que elegir entre prefijar un umbral de suficiencia (D_{2a}) o delegarlo en el intérprete (D_{2b}), con las consecuencias que cada decisión regulativa conlleva: la insensibilidad al contexto y la incorporación en la idea de ACSUF de elementos evaluativos, respectivamente.

8 Conclusiones

- 118 En este trabajo me detuve en algunas aristas del razonamiento con el que se evalúa si una diferencia de trato se encuentra justificada y, por ende, exenta de la prohibición de discriminación. Permítanme hacer un balance de los resultados obtenidos.
- 119 Partamos de una mirada global. Como se ha sugerido,¹⁰³ decir que una diferencia de trato califica como “discriminatoria” implica, conceptualmente, afirmar que:

Es comparativamente perjudicial para una o más personas,

está basada en la posesión por parte de esas personas de atributos protegidos por el derecho y

carece de una *justificación* suficiente.

- 120 Además, afirmar –en ese contexto discursivo– que una diferencia de trato detenta una “justificación suficiente” implica, conceptualmente, aseverar que:

(a) Tiene una “finalidad legítima”,

(b) es “adecuada” para lograrla,

(c) es “necesaria” para lograrla y

(d) es “proporcional en sentido estricto”.¹⁰⁴

- 121 ¿Qué significa –en ese contexto discursivo– aseverar que la diferencia de trato es “adecuada” para lograr su objetivo? Esta es la pregunta que intenté responder, principalmente, a lo largo del artículo.

- 122 El primer paso hacia aquel propósito fue presentar el siguiente esquema básico de justificación instrumental, un razonamiento con el que se evalúa si una diferencia de trato se encuentra justificada y, por ende, no resulta prohibida por discriminatoria:

(a) Se procura realizar un estado de cosas F.

(b) La conducta M es adecuada para realizar un estado de cosas F.

Entonces:

(c) Debe considerarse i-justificado llevar a cabo la conducta M.

123 Nuestra atención se posó sobre la segunda premisa del razonamiento. ¿Qué significa exigir, como condición de justificación, que un medio sea “adecuado” para un fin?

124 Para responder la cuestión desplegué una estrategia argumentativa que puede resumirse en tres pasos. El primero fue comprender el impreciso vocablo “adecuado” como cierta *aportación causal*. El segundo fue reconstruir el contenido asignado a esta última idea por dos concepciones de la causalidad. Ambas fueron presentadas como la base de dos modelos de justificación instrumental, uno regularista (JI-R) y otro probabilístico (JI-P).

125 El tercero paso del argumento principal de este artículo fue alegar en favor de comprender la exigencia de “adecuación” como una *aportación causal probabilística* y, por consiguiente, de la adopción del modelo probabilístico de justificación instrumental para los casos de discriminación en que se cuestionen normas o prácticas generales. ¿Por qué razones? Porque ello encaja mejor con algunas tesis acerca de lo que debería requerirse para justificar estos factores, así como con aquello que se exige a dicho efecto, de hecho, en ciertas ocasiones.

126 Dicha traducción conlleva algunas oportunidades regulativas.

127 Como vimos, un suceso C hace una aportación causal probabilística (AC-P) a otro E cuando produce una diferencia en la probabilidad frecuencial de que se den instancias de E, sin que sea del todo apantallada por las aportaciones causales de los sucesos que forman parte del contexto causal. Como noción, la AC-P tiene un carácter cuantitativo y *gradual*. De traducirse la “adecuación” medio-fin exigida para justificar una conducta como una AC-P a secas, siempre podría preguntarse cuánta aportación causal debería exigirse. De modo que quien tenga que calificar una relación como “adecuada”, inevitablemente habrá de asumir alguna respuesta a este interrogante. En esta decisión intervendrían dos clases de juicios: uno empírico sobre cuál es el grado de AC-P de un medio respecto de un fin y otro evaluativo sobre cuánta AC-P es suficiente a los efectos justificativos.

128 Como un modo de evitar que el juicio evaluativo se haga caso-a-caso, explore distintas definiciones categóricas de la adecuación suficiente (ACSUF) a los fines justificativos. Son opciones alternativas que podrían adoptarse a nivel jurídico-regulativo y contribuir a perfeccionar la estrategia, común en el derecho antidiscriminatorio, de requerir una justificación más robusta –razones “de mucho peso”– para determinada clase de casos.

129 En las definiciones que expresan niveles de exigencia justificativa más elevados (no básicos) se genera un dilema. Hay que elegir entre prefijar un umbral de suficiencia o delegar la decisión sobre cuándo hay ACSUF en el intérprete, con las consecuencias que cada decisión regulativa conlleva: la insensibilidad al contexto y la incorporación en la idea de ACSUF de elementos evaluativos, respectivamente.

130 De acuerdo con el abanico de alternativas desplegado, aseverar que una diferencia de trato es “adecuada” para lograr su finalidad podría querer decir, según el nivel de exigencia justificativa que se adopte para cada clase de supuesto, alguna de estas tres cosas:

D1 (nivel básico). La diferencia de trato realiza cualquier aportación causal positiva a favor del logro de su finalidad.

D2_a (nivel elevado). La diferencia de trato realiza una aportación causal a favor del logro de su finalidad que supera un umbral previamente establecido.

D2_b (nivel elevado). La diferencia de trato primero realiza una aportación causal a favor del logro de su finalidad que es evaluada como suficiente por el intérprete.

— **Acknowledgment.**— Este trabajo ha sido realizado con el apoyo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova y del Proyecto PID2020-114765GB-I00 de la Universidad de Girona, financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033. Se ha beneficiado notablemente de las observaciones de Giovanni Battista Ratti, Jordi Ferrer Beltrán, Jaime Oportus Maino, Carolina Fernández Blanco, Marianela Delgado Nieves, Sebastián Rebolledo y Diego Dei Vecchi, a quienes extiendo mis agradecimientos. Agradezco también a quienes evaluaron anónimamente la presente contribución.

Bibliography

- Acciarri, H. (2019). *Derecho, economía y ciencias del comportamiento*. Ediciones SAIJ. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1713>
- Acker, J. R. (1990). Social science in Supreme Court Criminal cases and Briefs. *Law and Human Behavior*, 14(1), 25-42. <https://doi.org/10.1007/BF01055787>
- Alchourrón, C., & Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (2nd ed.). Astrea.
- Alexy, R. (2003a). Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*, 16(2), 131-140. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00228>
- Alexy, R. (2003b). On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, 16(4), 433-449.
- Arena, F. J. (2018). Estadísticas, estereotipos y grupos desfavorecidos. Algunos límites del apoyo estadístico a los estereotipos. *Anuario XVII. Universidad Nacional de Córdoba*, 553-579.
- Arena, F. J. (2019). Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos. In *Derecho y control* (Vol. 2, pp. 11-45). <https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/11768/Libro%20Derecho%20y%20Control%20%20para%20subir.pdf>
- Barak, A. (2012). *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge University Press.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el Legislador* (4th ed.). Universidad Externado.
- Bickel, P. J., Hammel, E. A., & O'Connell, J. W. (1975). Sex Bias in Graduate Admissions: Data from Berkeley. *Science*, 187(4175), 398-404. <https://doi.org/10.1126/science.187.4175.398>
- Carter, A. (2021). *Proportionality and Facts in Constitutional Adjudication* (1st ed.). Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781509937011>
- Cartwright, N. (1979). Causal Laws and Effective Strategies. *Noûs*, 13(4), 419-437. <https://doi.org/10.2307/2215337>
- Cartwright, N. (2004). From Causation To Explanation and Back. In B. Leiter (Ed.), *The Future for Philosophy* (Vol. 230, pp. 230-245). Clarendon Press.
- Case, M. A. (2000). Very Stereotype the Law Condemns: Constitutional Sex Discrimination Law As a Quest for Perfect Proxies. *Cornell Law Review*, 85(5), 1447-1491. <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol85/iss5/9>
- Chemmerinsky, E. (2006). *Constitutional Law. Principles and Policies* (3rd. ed.). Aspen Publishers.
- Chiassoni, P. (2013). *El análisis económico del derecho. Orígenes, fundamentos y métodos del Law & Economics en los EE.UU.*. Palestra.
- Congressional Research Service. (2012). *Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation* (K. R. Thomas, L. M. Eig, H. Cohen, & G. Costello, Eds.; Centennial Edition). Library of Congress. <https://www.govinfo.gov/app/details/GPO-CONAN-2012/>
- Cooter, R., & Ulen, T. (2012). *Law and Economics* (6th ed.). Addison-Wesley.
- Davis, A. L. (1973). *The United States Supreme Court and the Uses of Social Science Data*. MSS Information Corporation.
- Davis, K. C. (1942). An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process. *Harvard Law Review*, 55(3), 364-425. <https://doi.org/10.2307/1335092>
- Doll, R., Peto, R., Wheatley, K., Gray, R., & Sutherland, I. (1994). Mortality in relation to smoking: 40 years' observations on male British doctors. *British Medical Journal*, 309(6959),

901-911. <https://doi.org/10.1136/bmj.309.6959.901>

Eells, E. (1991). *Probabilistic Causality*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511570667>

Erickson, R. J., & Simon, R. J. (1998). *The Use of Social Science Data in Supreme Court Decisions*. University of Illinois Press.

Faigman, D. L. (2008). *Constitutional Fictions: A Unified Theory of Constitutional Facts*. Oxford University Press.

Fernández Blanco, C. (2019). Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 42, 259-283. <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.11>

Fernández Blanco, C. (2021). Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 21(2), 7-30. http://www.dirittoequationipubbliche.org/page/2021_n21-2/00-DQ_2021-2_02-studi_01_FernandezBlanco.pdf

Fredman, S. (2011). *Discrimination Law* (2nd ed.). Oxford University Press.

Frosini, B. V. (2006). Causality and Causal Models: A Conceptual Perspective. *International Statistical Review*, 74(3), 305-334. <https://doi.org/10.1111/j.1751-5823.2006.tb00298.x>

Galloway, R. W. (1989). Basic Equal Protection Analysis. *Santa Clara Law Review*, 29(1), 121-169. <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol29/iss1/4>

Giles, A. J. (2023). El concepto de discriminación. Una redefinición para el discurso jurídico. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 26, 3-45.

Hepple, B. (2010). The New Single Equality Act in Britain. *The Equal Rights Review*, 5, 11-24. <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/bob%20hepple.pdf>

Hitchcock, C. (2003). Of Humean Bondage. *The British Journal for the Philosophy of Science*, 54(1), 1-25. <https://doi.org/10.1093/bjps/54.1.1>

Hitchcock, C. (2021). Probabilistic Causation. En E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2021). Metaphysics Research Lab, Stanford University. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/causation-probabilistic/>

Horton, R. (2018). Justifying Age Discrimination in the EU. In U. Belavusau & K. Henrard (Eds.), *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender* (pp. 273-294). Hart Publishing. <http://dx.doi.org/10.5040/9781509915033.ch-012>

Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta.

Larsen, A. O. (2012). Confronting Supreme Court Fact Finding. *Virginia Law Review*, 98, 1255-1312. <https://ssrn.com/abstract=2009904>

Larsen, A. O. (2014). The Trouble with Amicus Facts. *Virginia Law Review*, 100, 1757-1818. <https://ssrn.com/abstract=2409071>

Margolis, S. E. (1987). Two Definitions of Efficiency in Law and Economics. *The Journal of Legal Studies*, 16(2), 471-482. <https://doi.org/10.1086/467838>

Mathews, J., & Sweet, A. S. (2010). All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing. *Emory Law Journal*, 60(4), 797-875. <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol60/iss4/1>

Reichenbach, H. (1971). *The Direction of Time* (M. Reichenbach, Ed.; 1st ed.: 1956, Vol. 65). University of California Press.

Rivers, J. (2006). Proportionality and Variable Intensity of Review. *The Cambridge Law Journal*, 65(1), 174-207. <https://doi.org/10.1017/S0008197306007082>

Rosen, P. L. (1972). *The Supreme Court and Social Science*. University of Illinois Press.

Salmon, W. C. (1971). Statistical Explanation. In W. C. Salmon (Ed.), *Statistical Explanation and Statistical Relevance* (Vol. 69, pp. 29-87). University of Pittsburgh Press.

Salmon, W. C. (2006). *Four Decades of Scientific Explanation* (2nd ed.). University of Pittsburgh Press.

Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Clarendon Press.

Schauer, F. (2003). *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*. Harvard University Press.

Suppes, P. (1970). *A Probabilistic Theory of Causality*. North-Holland Pub. Co.

Tarski, A. (1994). *Introduction to Logic and to the Methodology of the Deductive Sciences* (J. Tarski, Ed.; 4th ed. 1st ed.: 1946). Oxford University Press.

Tribe, L. H. (1988). *American Constitutional Law* (2nd ed.). The Foundation Press.

Tussman, J., & tenBroek, J. (1948). The Equal Protection of the Laws. *California Law Review*, 37, 341. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/calr37&i=359>

Tuzet, G. (2016). Efectividad, eficacia, eficiencia. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 207-224. <https://doi.org/10.1436/82984>

Väyrynen, P. (2021). Thick Ethical Concepts. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2021). Metaphysics Research Lab, Stanford University. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/thick-ethical-concepts/>

Vázquez, D. (2016). *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4254/15.pdf>

Vega López, J. (2017). Legislación, racionalidad y argumentación en Aristóteles. *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 13, 1-39. <https://revistas.uam.es/ria/article/view/8042>

von Wright, G. H. (1963a). *Norm and Action. A Logical Enquiry*. Routledge & Kegan Paul.

von Wright, G. H. (1963b). Practical Inference. *The Philosophical Review*, 72(2), 159-179. <https://doi.org/10.2307/2183102>

von Wright, G. H. (1971). *Explanation and Understanding*. Routledge & Kegan Paul.

von Wright, G. H. (2001). *A treatise on induction and probability* (1st publ. in 1951, Vol. 7). Routledge.

Williamson, J. (2009). Probabilistic Theories of Causality. In H. Beebe, P. Menzies, & C. Hitchcock (Eds.), *The Oxford Handbook of Causation* (pp. 185-212). Oxford University Press.

Decisiones judiciales

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

“Case ‘Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium’ v. Belgium” (“Belgian Linguistic case”). Demandas nº 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64. 23 de julio de 1968.

“Marckx v. Belgium”. Demanda nº 6833/74. 13 de junio de 1979.

“Rasmussen v. Denmark”. Demanda nº 8777/79. 28 de noviembre de 1984.

“Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom”. Demanda nº 9214/80; 9473/81; 9474/81. 28 de mayo de 1985.

“Schuler-Zraggen v. Switzerland”. Demanda nº 14518/89. 24 de junio de 1993.

“Karlheinz Schmidt v. Germany”. Demanda nº 13580/88. 18 de julio de 1994.

“Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal”. Demanda nº 33290/96. 21 de marzo de 2000.

“Karner v. Austria”. Demanda nº 40016/98. 24 de octubre de 2003.

“Vallianatos and Others v. Greece”. Gran Sala. Demandas nº 29381/09 y 32684/09. 7 de noviembre de 2013.

“Biao v. Denmark”. Gran Sala. Demanda nº 38590/10. 24 de mayo de 2016.

“Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania”. Gran Sala. Demanda nº 76943/11. 29 de noviembre de 2016.

“Molla Sali v. Greece”. Gran Sala. Demanda nº 20452/14. 19 de diciembre de 2018.

“Jurčić v. Croatia”. Demanda nº 54711/15. 4 de febrero de 2021.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

“Bilka - Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz”. Asunto 170/84. 13 de mayo de 1986.

“Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary”. Asunto 222/84. 15 de mayo de 1986.

“Angela Maria Sirdar v The Army Board and Secretary of State for Defence”. Asunto C-273/97. 26 de octubre de 1999.

“Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland”. Asunto C-285/98. 11 de enero del 2000.

“Wolf v. Stadt Frankfurt am Main”. Asunto C-229/08. 12 de enero de 2010.

“Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG.”. Asunto C-555/07. 19 de enero de 2010.

“Reinhard Prigge v. Deutsche Lufthansa AG”. Asunto C-447/09. 13 de septiembre de 2011.

“Mario Vital Pérez v Ayuntamiento de Oviedo”. Asunto C-416/13. 13 de noviembre de 2014.

“CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia”. Case C-83/14. 16 de julio de 2015.

“Gennaro Cafaro v. DQ”. Asunto C-396/18. 7 de noviembre de 2019.

“CJ v. Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)”. Asunto C-389/20. 24 de febrero de 2022.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Opinión Consultiva OC-4/84. Serie A No. 4. 19 de enero de 1984.
Opinión Consultiva OC-17/02. Serie A No. 17. 28 de agosto de 2002.
“Espinoza Gonzáles vs. Perú”. Serie C No. 289. 20 de noviembre de 2014.
“Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”. Serie C No. 298. 1 de septiembre de 2015.
“Flor Freire vs. Ecuador”. Serie C No. 315. 31 de agosto de 2016.
“I.V. vs. Bolivia”. Serie C No. 329. 30 de noviembre de 2016.
“Pavez Pavez vs. Chile”. Serie C No. 449. 4 de febrero de 2022.
“Guevara Díaz vs. Costa Rica”. Serie C No. 453. 22 de junio de 2022.
Tribunal Constitucional Federal Alemán
BVerfGE 95, 173-188. Sentencia de la Sala Segunda, 2 BvR 1915/91, 22 de enero de 1997.
Corte Suprema de los Estados Unidos
“United States v. Virginia”. 518 U.S. 515. 26 de junio de 1996.

Notes

1 Por un estudio más detallado de los elementos del concepto genérico de discriminación prohibida, véase Giles 2023.

2 Se trata de un permiso en sentido *débil*, como no prohibición: si la conducta se tuviera por justificada, no habría norma en el sistema jurídico que ordenase omitirla por discriminatoria. Sobre esta variante de los permisos, véanse Alchourrón & Bulygin 2012: 175-176 y von Wright 1963a: 86.

3 TEDH, “Belgian Linguistic case”, 1968, pág. 34, §10. El tribunal ha reiterado tal interpretación en varias oportunidades después de este caso, hasta la actualidad. Véanse, entre muchos otros, “Marckx v. Belgium”, 1979, §33; “Rasmussen v. Denmark”, 1984, §38; “Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom”, 1985, §72; “Karlheinz Schmidt v. Germany”, 1994, §24; “Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal”, 2000, §29; “Vallianatos and Others v. Greece”, 2013, §76; “Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania”, 2016, §164; “Biao v. Denmark”, 2016, §90; “Molla Sali v. Greece”, 2018, §135; “Jurčić v. Croatia”, 2021, §62.

4 Como en las siguientes directivas europeas: 2000/43/EC (2.2.b; 4); 2000/78/EC (2.2.b.i; 4.1); 2004/113/EC (2.b; 3.5); y 2006/54/EC (2.1.b; 14.2).

5 Como en “Bilka-Kaufhaus”, 1986, §37; “Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary”, 1986, §38; “Sirdar v. The Army Board y Secretary of State for Defence”, 1999, §26; “Kreil v Bundesrepublik Deutschland”, 2000, §23; “Küçükdeveci”, 2010, §33; “Vital Pérez v. Ayuntamiento de Oviedo”, 2014, §60; “CJ v. TGSS”, 2022”, §48.

6 La *Equality Act* (2010) del Reino Unido es un ejemplo bastante claro. Los únicos casos de discriminación directa que, en su marco, admiten justificación son los basados en la edad y en la discapacidad (secciones 13.2 y 15). Véase Hepple 2010: 15 y Fredman 2011: 198 ss.

7 Véase: “Schuler-Zraggen v. Switzerland”, 1993, §67; “Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom”, 1985, §78; “Jurčić v. Croatia”, 2021, §65.

8 Véase: “Karner v. Austria”, 2003, §37; “Vallianatos and Others v. Greece”, 2013, §77, y sus citas.

9 Véase: “Karner v. Austria”, 2003, §41, “Vallianatos and Others v. Greece”, 2013, §85, y sus citas; “Jurčić v. Croatia”, 2021, §65.

10 TEDH, “Vallianatos and Others v. Greece”, 2013, §85, *itálicas* y traducción propias.

11 Véanse: 2000/43/EC (2.2.b); 2000/78/EC (2.2.b.i; 6.1); 2004/113/EC (2.b); y 2006/54/EC (2.1.b).

12 Véase: TJUE, “Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary”, 1986, §38.

13 En general, véanse: OC-4/84, §56; OC-17/02, §46-48; “Espinoza Gonzáles vs. Perú”, 2014, §219; “Flor Freire Vs. Ecuador”, 2016, §125; “Guevara Díaz vs. Costa Rica”, 2022, §80.

14 Corte IDH, “Pavez Pavez vs. Chile”, 2022, §69. El tribunal ya había esbozado la misma idea antes, en “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, 2015, §256; y “I.V. vs. Bolivia”, 2016, § 241.

15 Como expresa la CorteIDH en el fragmento que acaba de citarse.

16 Conf. TJUE, “CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD’ v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia”, Gran Sala, 2015, §120, §122, §128.

17 Esta parece ser la manera habitual de entender el término en la literatura sobre el juicio de proporcionalidad. Dos ejemplos notables se hallan en Barak 2012: 317 y Bernal Pulido 2014: 933.

18 Sobre el concepto de efectividad, entendido como “conducir a” ciertos resultados, véase Fernández Blanco 2019: 266-269, 2021: 14-17.

19 Según Barak (2012: 305, 320), lo que distingue al examen de necesidad del de adecuación en el juicio de proporcionalidad es precisamente ello: que el primero requiere, además de su efectividad, que el medio sea eficiente. La idea de *eficiencia* que adopta el autor –siguiendo a Rivers 2006: 198-200– se inspira en la mirada de W. Pareto, para quien una distribución es eficiente cuando no hay alternativa que pueda mejorar la situación de al menos una persona sin empeorar la situación de otra. Dados los límites de la indagación que emprenderé aquí, no hace falta que me explaye más acerca de dicha noción. Para darle un sentido más preciso, debería recurrirse a la literatura económica o a la que trabaja en la intersección entre la Economía y el Derecho. Véanse, por ejemplo, Margolis 1987, Cooter & Ulen 2012: 12-14, 42-43, Tuzet 2016: §3, Chiassoni 2013: 231-259 y Acciarri 2019: 6-9.

20 En TJUE, “Reinhard Prigge v. Lufthansa”, 2011, §64, se encuentran argumentos similares. Esta sentencia tiene su contrapunto en TJUE, “Gennaro Cafaro v. DQ”, 2019, §49-55.

21 Lo que diré no aplica a los supuestos de discriminación –señalados en una nota anterior– en los cuales no se admita justificación alguna, como sucede usualmente con la discriminación directa basada en ciertas especies de atributos protegidos.

22 O “idónea”, “apta”, “apropiada”, entre otros términos usados como sinónimos.

23 Véase TJUE, “CJ v. TGSS”, 2022, §48, y sus citas.

24 El fenómeno de la relevancia de los enunciados fácticos en la argumentación constitucional, del que participan los supuestos en los cuales se aplica el juicio de proporcionalidad, ha sido destacado en distintas obras, con mayor o menor alcance y con distintos énfasis. En el ámbito anglosajón, véanse, por ejemplo, Rosen 1972, Davis 1973, Acker 1990, Erickson & Simon 1998, Faigman 2008 y Larsen 2012, Larsen 2014.

25 Detallaré estos límites en los últimos párrafos del apartado §2.

26 Conf. pp. 3, 23-26, 32-35, 58-60. La clasificación entre los “*adjudicative facts*” y los “*legislative facts*” a la que se recurre en la obra, siguiendo los aportes de K. C. Davis (1942: 402 ss.), permite advertir que la clase de hechos que nos interesan –los segundos– no son aquellos ocurridos en un caso particular. Pero no aporta más que ello a la comprensión del requisito que nos ocupa, al costo de multiplicar las categorías de hechos según el contexto institucional en el que sean relevantes (los proceso individuales, la discusión legislativa, los procesos constitucionales, etcétera) o lo que se decida acerca de cómo justificar en los procesos judiciales las aserciones que los tienen como objeto. En especial, no brinda mayores precisiones acerca de un aspecto clave, el de cómo se relacionan causalmente los fenómenos de interés.

27 Me ocuparé aquí exclusivamente de las relaciones medio-fin de naturaleza *empírica*. Sin embargo, ellas no son las únicas que podrían darse. En algunos supuestos ambos factores podrían unirse mediante un vínculo (no empírico sino) convencional.

28 “Realizar un estado de cosas” o “llevar a cabo una conducta” se entienden como producir un “suceso”, en el sentido que le da al término von Wright 1963a: 26-28.

29 En su versión completa el esquema se ve así:

(*) Debe considerarse i-justificado llevar a cabo toda conducta que sea adecuada para realizar un estado de cosas que procure realizarse y sea considerado legítimo realizar.

(a) Se procura realizar un estado de cosas F.

(*) Realizar un estado de cosas F es considerado legítimo.

(b) La conducta M es adecuada para realizar un estado de cosas F.

Entonces:

(c) Debe considerarse i-justificado llevar a cabo la conducta M.

30 Sobre el lenguaje de la causalidad, véase Hitchcock 2003: 2-3.

31 En un sentido similar, von Wright (1963b: 160) ha destacado que una de las premisas del argumento que denomina “inferencia práctica”, aquella que conecta el medio con su fin, “se apoya en una relación causal”. N. Cartwright (1979: 420, 431) ha argumentado algo parecido acerca de la idea de estrategias efectivas (en nuestro términos: “adecuadas”) para lograr algo.

32 Este punto de vista es adoptado respecto del juicio de proporcionalidad, por ejemplo, en Bernal Pulido 2014: 920 y Vázquez 2016: 62.

33 Mediante esta traducción se está dejando de lado, para el ámbito discursivo que nos ocupa, una acepción de “adecuado” que en ocasiones se utiliza en el discurso coloquial, según la cual un medio es adecuado para un fin cuando es el mejor preparado para concretarlo en relación con otros (porque ha sido concebido para ello, porque lo hace mejor que los demás, etcétera). En nuestro ámbito discursivo, esta acepción se capta mayormente mediante el requisito de la “necesidad” mencionado al comienzo (§1).

34 En el sentido usado por Tarski 1994: 110.

35 Como se hace, por ejemplo, en Cartwright 2004: §6 y Hitchcock 2003: 1, 21-22.

36 Destacan esto, entre otros, Cartwright 2004: §6 y Frosini 2006: 313. La elección deja afuera, entre otros, los enfoques contrafácticos de la causalidad.

37 Por la conveniencia de adaptar uno u otro modelo, véase el contrapunto entre la postura presentada en Schauer 2003: 123-125 y la defendida en Arena 2018: 571 ss., Arena 2019: 27 ss.

38 E. Eells se dedica a estudiar este problema en Eells 1991: 6.

39 En lo sucesivo tendré en cuenta especialmente a von Wright 1971: 38-41, von Wright 2001: 66-77.

40 Conf. von Wright 2001: 66-67. Téngase en cuenta que, a continuación, los símbolos que expresan relaciones condicionales (\rightarrow) y bicondicionales (\leftrightarrow) se usarán en el sentido tradicional.

41 Esta relación puede expresarse, de un modo quizás más intuitivo para el estudio de nexos causales, como sigue: $\sim C \rightarrow \sim E$. La inversión es lógicamente correcta de acuerdo con la ley de la contraposición, según la cual se da una equivalencia lógica entre un enunciado condicional (como $E \rightarrow C$) y su contraposición, es decir, la inversión y negación de su antecedente y consecuente ($\sim C \rightarrow \sim E$).

42 Conf. von Wright 1971: 38-39, von Wright 2001: 70-71.

43 Su forma: $(C_1 \cdot C_2) \rightarrow E$.

44 Su forma: $(C_1 \vee C_2) \rightarrow E$.

45 Su forma: $E \rightarrow (C_1 \cdot C_2)$.

46 Su forma: $E \rightarrow (C_1 \vee C_2)$.

47 En §6 ilustraré mediante un ejemplo la aplicación de este modelo en casos de discriminación.

48 Este carácter imperfecto es un tópico entre quienes se ocupan del fenómeno legislativo, algo que Aristóteles ya advertía (Vega López 2017: 28, 31-32).

49 Tras esta afirmación hay una asunción que vale la pena develar, según la cual quienes legislan son agentes instrumentalmente racionales. Podría pensarse a la racionalidad legislativa como una condición de la legitimidad de esta actividad, de modo que nuestras libertades solamente podrían limitarse, legítimamente, teniendo alguna (buena) razón para hacerlo.

50 Conf. Schauer 1991: 25-31.

51 Conf. Schauer 1991: 31-34. Estudiando la justificación en casos de discriminación, Tussman & tenBroek (1948: 347-353) ya habían tenido en cuenta estas alternativas.

52 Conf. Schauer 1991: 27, 29, 31.

53 Conf. Schauer 2003: 117. No obstante lo señalado, téngase en cuenta que, cuando la distinción cuestionada se basa en rasgos como el género o el origen étnico de las personas, suele exigirse una justificación más robusta (razones “de mucho peso”), pudiendo requerirse –entre otras alternativas– una relación instrumental más estrecha con el objetivo que persiguen, una que sea de tipo *universal* o cercana a ello. El mismo Schauer (2003: 128-130, 131-154) ha dado cuenta de esa exigencia reforzada al comentar, entre otros casos, la sentencia de la Corte Suprema de su país dictada en 1996 contra el *Virginia Military Institute*, por discriminación de género (“United States v. Virginia”, 518 U.S. 515). Por una lectura detallada de esta decisión y una propuesta de interpretación en línea con los precedentes previos del máximo tribunal estadounidense, véase Case 2000. Entre Schauer y Case parece haber un contrapunto en la lectura del contenido de la sentencia. Mientras que Case interpreta que lo exigido por la Corte es una generalización de tipo universal y no meramente frecuencial (un “*perfect proxy*”), Schauer parece entender que –según la Corte– las generalizaciones basadas en el género resultan incorrectas con independencia de cuál sea su alcance, frecuencial o universal.

54 Hablo de TJUE, “Wolf v. Stadt Frankfurt am Main”, 2010, resuelto por la Gran Sala del tribunal. Por un estudio detallado de la jurisprudencia del TJUE acerca de la materia, véase Horton 2018.

55 TJUE, “Wolf v. Stadt Frankfurt am Main”, §37-39.

56 TJUE, “Wolf v. Stadt Frankfurt am Main”, §44.

57 TJUE, “Wolf v. Stadt Frankfurt am Main”, §40.

58 TJUE, “Wolf v. Stadt Frankfurt am Main”, §41, itálicas añadidas.

59 TJUE, “Wolf v. Stadt Frankfurt am Main”, §43. Las razones a favor de esta premisa pueden leerse en el mismo párrafo.

60 En §6 me detendré sobre esto.

61 Se trata de TEDH, “Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom”, 1985, resuelto por el Pleno del tribunal.

62 Los entrecomillados son traducciones propias de extractos de los apartados §74-75 de la sentencia.

63 Según algunos datos, el 90% de los hombres y (sólo) el 63% de las mujeres calificaban como tales.

- 64 Véase el apartado §79 de la sentencia. Estar “económicamente activo”, señaló, no significa (solamente) estar buscando ser empleado por alguien más.
- 65 Esto es parte de lo que el TEDH le cuestiona al gobierno no haber demostrado, lo que sugiere que, si lo hubiera hecho, lo habría considerado relevante para el juicio de adecuación.
- 66 Conf. apartado §79 de la sentencia (traducción e itálicas propias). Recuperaré este argumento en §7.
- 67 Me refiero al caso del etiquetado de tabaco, 95 BVerfGE 173, de 1997, citado por autores como Alexy (Alexy 2003a: 136, Alexy 2003b: 437) para ilustrar parte de la estructura del juicio de proporcionalidad.
- 68 Véase el §55 de la sentencia.
- 69 Conf. Doll et al. 1994: 901, traducción e itálicas propias.
- 70 Una función de probabilidad asigna a un evento un número real que representa la probabilidad de su ocurrencia y tiene un rango de valores posibles que va entre 0 y 1.
- 71 Aquí daré cuenta, fundamentalmente, de los aportes de Suppes 1970, Cartwright 1979 y Eells 1991. En opinión de Cartwright (2004: §6), allí está la base de las aproximaciones, más sofisticadas, que actualmente se destacan entre las concepciones probabilísticas de la causalidad. En Frosini 2006 puede hallarse una perspectiva más general de la historia y evolución de las concepciones sobre la causalidad, incluyendo y poniendo en contexto la que nos ocupa.
- 72 El problema de los regularistas para dar cuenta de regularidades imperfectas (como la del ejemplo) es una de las razones que suelen invocarse a favor del desarrollo de enfoques probabilísticos. Es ilustrativa a este respecto la introducción de *A Probabilistic Theory of Causality* de Suppes (1970: 5-10).
- 73 Una aclaración terminológica. Las obras en las que me apoyo suelen hablar aquí de “relevancia” o “significancia” causal. Para nuestros fines, he decidido denominar esta diferencia-en-la-probabilidad como “aportación causal”, para no confundirla con el juicio acerca de su suficiencia para tomar determinada decisión (esto será importante en §7).
- 74 Véanse Eells 1991: 59, 62 y Suppes 1970: 21.
- 75 El término “*screening off*”, de uso corriente en la literatura estadística para referir a las relaciones mencionadas, es tomado de H. Reichenbach [1956] 1971: 189-190.
- 76 Es decir: $\Pr(E|C \cdot T) = \Pr(E|T)$.
- 77 Esto tiene una excepción, señalada por autores como Eells 1991: 59, 167 ss. Si se da un supuesto de *intermediación* causal, es decir, cuando E produce C mediante la producción de T, se permite calificar a C como causa de E, pese a que T lo apantalle.
- 78 Véase Eells 1991: 1.1.
- 79 Véanse Cartwright 1979: 422, así como Eells 1991: 72. Según Eells, “es dentro de las subpoblaciones apropiadas que las correlaciones coinciden con la causalidad” (Eells 1991: 3, traducción propia).
- 80 Véase Bickel et al. 1975. El estudio ha sido citado por Cartwright en la obra citada para ilustrar el problema que nos ocupa.
- 81 Conf. Cartwright 1979: 423, traducción propia. W. Salmon (Salmon 1971: 42-43, Salmon 2006: 63) ha recurrido a la idea de homogeneidad con propósitos asimilables (desarrollar un modelo de explicación estadística).
- 82 Cartwright (1979: 423) distingue claramente entre el conjunto de propiedades que hacen una aportación causal a E, que puede denotarse como $\{C_j\}$, y la descripción de estado (en términos carnapianos) que establece, para cada una de ellas, si está presente o no en una clase dada, denotada como K_j .
- 83 Lo que puede expresarse así: $\Pr(E|T \cdot K_j) = \Pr(E|K_j)$, donde “T” denota cualquier otra propiedad no incluida en K_j .
- 84 En este sentido: Eells 1991: 85-86. Se ha discutido si C tiene que aumentar la probabilidad de E en todo contexto de fondo o al menos en uno, sin disminuirla en los demás. Véanse al respecto Eells 1991: 94 ss. y Hitchcock 2021: §2.6.
- 85 Simplifico aquí la notación utilizada por Eells 1991: 88.
- 86 En un sentido similar, pero no idéntico, véase Salmon 1971: 44, Salmon 2006: 63. También se halla una sugerencia en este sentido en Cartwright 1979: 433.
- 87 Asumiendo, claro está, que dicho medio es el único empleado para cumplir con la finalidad, es decir, que se pretende lograrla únicamente a través de ese medio.
- 88 Lo que también puede expresarse (según vimos en §3) como $E \rightarrow C$.
- 89 Lo que puede leerse así: Si se contratan personas mayores de 30 años ($\sim LE$), entonces no todos los ingresantes mantendrán las aptitudes físicas que se precisan para realizar sus tareas 15 años después de incorporados ($\sim F$).

90 TJUE, “Wolf v. Stadt Frankfurt am Main”, §41.

91 En esta premisa, acerca del mecanismo de toma de decisiones basadas en reglas o criterios generales como algo sistemáticamente falible, se apoya la tesis de Schauer resumida en §4(1).

92 Véase §4(5).

93 Véase §4(4).

94 Si $\Pr(E|C \cdot K_j) - \Pr(E|K_j)$ fuera igual a 0, diríamos que C no hace aportación causal alguna a favor de E. En el otro extremo, si fuera igual a 1 podría decirse que C es la causa suficiente y necesaria de E.

95 Sobre la predecibilidad de las decisiones de los órganos aplicadores del derecho y su valor en términos de autonomía y distribución del poder, véase Laporta 2007: 127-149.

96 El panorama difiere, aunque sólo parcialmente, en la jurisprudencia estadounidense. La Corte Suprema de los Estados Unidos trabaja –en efecto– con distintos niveles de escrutinio según cuál sea la clase de diferencia de trato cuestionada. Respecto de la relación medio-fin, a veces le basta una mera “conexión racional”, otras requiere una conexión “sustancial”, mientras que en otras ocasiones solamente acepta una conexión “estrecha”. Véanse, entre otras obras, Tussman & tenBroek 1948, Tribe 1988: 1436-1454, Galloway 1989, Chemerinsky 2006: 677-709, Mathews & Sweet 2010 y Congressional Research Service 2012: 2048-2059. De todos modos, subsiste el problema de esclarecer a qué grado de aportación causal se hace referencia con cada término (“racional”, “sustancial”, “estrecha”), el cual podría afrontarse con las herramientas conceptuales ofrecidas aquí.

97 Conf. “Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom”, 1985, §79.

98 Una diferencia en virtud del género, del origen racial, etcétera.

99 Al no detentar, por ejemplo, un alcance universal o cercano a ello (“*perfect proxy*”), como se requeriría en la jurisprudencia estadounidense para las distinciones basadas en el género, según la lectura de Case 2000 mencionada varias notas atrás, en §4(1).

100 Esta evaluación está ligada conceptualmente con lo que se conoce como juicio de “proporcionalidad en sentido estricto”. Según el entendimiento corriente, para que haya proporcionalidad en sentido estricto “los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma” (Corte IDH, “Pavez Pavez vs. Chile”, 2022, §69).

101 Sobre esta clase de conceptos, véase el panorama delineado en Väyrynen 2021.

102 Es decir, se trata de una evaluación conceptualmente ligada al juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

103 Aquí remito a lo tratado en Giles 2023.

104 Este no es más que un resumen de la reconstrucción realizada en §1. Quedan por fuera muchos matices, como el hecho de que la jurisprudencia no suele requerir para todas las diferencias de trato, como condición de justificación, que se presenten todos estos elementos.

References

Electronic reference

Alejo Joaquín Giles, “De medios “adecuados” a fines anhelados”, *Revus* [Online], 50 | 2023, Online since 07 June 2023, connection on 07 June 2023. URL: <http://journals.openedition.org/revus/9509>

About the author

Alejo Joaquín Giles

Istituto Tarello, Universidad de Genova (Italia). Catedra de cultura jurídica, Universidad de Girona (España). E-mail: [alejojoaquin.giles\(at\)edu.unige.it](mailto:alejojoaquin.giles(at)edu.unige.it).

Copyright



Creative Commons - Attribution-ShareAlike 4.0 International - CC BY-SA 4.0

<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>