



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

HACIA UNA REFORMULACION DE LEY ANTIDISCRIMINACIÓN EN CLAVE FEMINISTA: ASPECTOS  
SUSTANTIVOS Y PROCESALES

**Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Memorista**

MARIOLY ARAVENA ZAPATA

**Profesor guía**

MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ COULON

Santiago, Chile

2021

## ÍNDICE

<b>CAPITULO I. APROXIMACION CONCEPTUAL AL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN CLAVE FEMINISTA.....</b>	<b>5</b>
<b>1. Igualdad y no discriminación: una visión feminista.....</b>	<b>5</b>
<b>1.1 Aproximación crítica al concepto “discriminación” desde la noción de igualdad construida por la tradición Liberal .....</b>	<b>6</b>
<b>1.2 Desarrollo del concepto “Subordiscriminación” como crítica al Derecho antidiscriminatorio .....</b>	<b>10</b>
<b>1.3 El rol de la interseccionalidad en la operatividad de la discriminación.....</b>	<b>12</b>
<b>2. Marco jurídico internacional y nacional en contra la Discriminación.....</b>	<b>15</b>
<b>2.1 Marco normativo Internacional en la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer</b>	<b>15</b>
<b>2.2 Ley chilena contra la discriminación: problematización inicial de sus bases conceptuales .</b>	<b>18</b>
<b>i. Conceptualización de la discriminación .....</b>	<b>18</b>
<b>ii. Circunstancias de discriminación .....</b>	<b>20</b>
<b>iii. Ausencia de tipos de discriminación.....</b>	<b>21</b>
<b>iv. Inexistencia de medidas reparatorias .....</b>	<b>21</b>
<b>v. Multa ante denuncias carentes de todo fundamento .....</b>	<b>22</b>
<b>CAPITULO II. ASPECTOS PROCESALES DEL PROCEDIMIENTO</b>	
<b>ANTIDISCRIMINATORIO: BASES PARA SU REFORMULACIÓN .....</b>	<b>22</b>
<b>1. Garantías procesales: El procedimiento antidiscriminatorio en contraste con el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.....</b>	<b>22</b>
<b>a) Acción de No Discriminación Arbitraria y Principio de Efectividad .....</b>	<b>24</b>
<b>b) Acción de No Discriminación Arbitraria y el Acceso a la Jurisdicción .....</b>	<b>25</b>
<b>c) Acción de No Discriminación Arbitraria y Debido Proceso.....</b>	<b>25</b>
<b>2. Sujetos débiles y asimetría procesal: incidencia del carácter de grupo desventajado en las dificultades probatorias.....</b>	<b>31</b>
<b>3. Construcción de una facilidad probatoria desde las reglas probatorias .....</b>	<b>34</b>
<b>a) Concepto de Carga de la prueba.....</b>	<b>34</b>
<b>b) Reglas especiales de distribución del Onus Probandi: consideraciones desde la regulación en la legislación Europea.....</b>	<b>37</b>
<b>i. Como supuesto de prueba de presunciones.....</b>	<b>40</b>

ii.	Como supuesto de prueba <i>prima facie</i> .....	43
c)	Actividad del demandado a fin de evitar la aplicación en su contra de la regla de juicio....	46
d)	Consideraciones sobre el debate en torno a la cargas procesales a efectos de delimitar la utilidad de los supuestos especiales de carga de la prueba.....	47
e)	El papel de la valoración de la conducta de las partes para dar por verdadero o inexistentes ciertos hechos.....	52
<b><i>CAPITULO III. RAZONAMIENTO PROBATORIO EN LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN</i></b> .....		<b>53</b>
<b>1.</b>	<b><i>Prueba de la discriminación</i></b> .....	<b>53</b>
a)	Discriminación directa e indirecta .....	53
b)	Discriminación múltiple y la discriminación interseccional.....	55
i.	La situación especial de las mujeres con discapacidad .....	56
c)	Esquemas argumentativos en la prueba de la discriminación .....	59
<b>2.</b>	<b><i>Formulación de un principio pro discriminado en el procedimiento antidiscriminatorio</i></b> <b>61</b>	
<b>3.</b>	<b><i>Aplicación de la perspectiva de género</i></b> .....	<b>61</b>
a)	Enfoque de género y estereotipos de género en los actos discriminatorios.....	62
b)	Aproximación interseccional del género.....	65
<b><i>Conclusiones</i></b> .....		<b>67</b>

**Introducción**

## CAPITULO I. APROXIMACION CONCEPTUAL AL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN CLAVE FEMINISTA

### **1. Igualdad y no discriminación: una visión feminista**

El derecho a la igualdad y no discriminación es un eje central del estado de derecho y de la sociedad en sí misma, siendo un pilar fundamental para una sociedad democrática, pluralista y respetuosa de la diversidad. Si bien la prohibición de discriminación surgió como una garantía de los individuos en relación al Estado<sup>1</sup>, en la actualidad se ha extendido a las relaciones entre privados dado el significado en el ámbito social de los actos de discriminación en su dimensión expresiva y simbólica, y los efectos acumulativos que generan en la sociedad<sup>2</sup>.

No obstante, la acción de no discriminación arbitraria, a pesar de ser el mecanismo judicial destinado a restablecer el imperio del derecho ante la comisión de actos discriminatorios<sup>3</sup>, ha quedado reducida a un mero símbolo contra la discriminación, con escasa aplicación y por consiguiente, un reducido impacto en términos de aplicación de justicia. Junto a aquello, es una alarma el que desde los primeros cinco años de su aplicación el porcentaje mayoritario son acciones interpuestas por hombres con un total de un 62% de las causas integradas, mientras que sólo el 31% de las causas tenía como demandante de sexo femenino<sup>4</sup>, si consideramos que según los datos arrojados por el último censo de población y vivienda, el 51,1% de la población censada son mujeres<sup>5</sup>.

En virtud de tal escenario, se presenta particularmente crítico el caso de las discriminaciones que sufren las mujeres en cuanto constituyen un colectivo, que sin ser un grupo minoritario, se ha encontrado históricamente en situación de desventaja<sup>6</sup> frente al género masculino.

Por consiguiente, en el presente trabajo se abordará el derecho a la igualdad y no discriminación con un foco o mirada femenino desde los aportes de las críticas feministas al derecho, con el objetivo de visibilizar y comprender la discriminación que sufren las mujeres, no como grupo homogéneo, sino en sus posiciones diferenciadas en relación a los hombres y entre ellas<sup>7</sup> y sus características especiales que ha de

---

<sup>1</sup> DÍAZ DE VALDÉS, J. (2014). La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados. Revista de derecho (Valparaíso), (42), p. 151

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 153

<sup>3</sup> DECS (2017). Análisis Estadístico de la Ley 20.609: Una mirada desde el acceso a la justicia a cinco años de su vigencia, p. 9

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 19-20

<sup>5</sup> Censo de Población y Vivienda [En línea] <<https://www.ine.cl/estadisticas/sociales/censos-de-poblacion-y-vivienda>>

<sup>6</sup> EXPÓSITO, C. (2012). ¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España. Investigaciones feministas, 3(1), p. 220

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 215

incorporar el derecho antidiscriminatorio en nuestra legislación a través de la acción de no discriminación arbitraria.

Como punto final, quisiéramos abocarnos brevemente a aclarar la razón de porqué el presente trabajo toma como punto de inicio o partida, abiertamente, una visión feminista. Esto, debido a que desde el derecho permanentemente se ha intentado invalidar el feminismo como una mera ideología o carente de racionalidad, y se ha disfrazado falsamente como un discurso basado en los derechos humanos para no incomodar o confrontar la misoginia que penetra el derecho<sup>8</sup>.

En tal sentido, reconocemos como principio que el derecho es un discurso del poder, el cual lleva consigo una forma de hablar, pensar y actuar sobre las mujeres, los hombres y las relaciones entre ambos<sup>9</sup>. Que establece pensamientos, actitudes y comportamientos como presupuesto en sus normas, e institucionaliza lo que debe ser considerado como legítimo o ilegítimo, aceptable o inaceptable, natural o desnaturalizado<sup>10</sup>. Y si bien se ha posicionado como neutral, objetivo y universal; en su construcción, por el contrario, se identifica con el hombre, burgués, blanco, heterosexual, económica, física y socialmente independiente<sup>11</sup>.

Es debido a ello que una perspectiva crítica del derecho y de sus instituciones ha de vincular al mismo con los procesos históricos-sociales en permanente transformación, y reconocer el rol que juega en el mantenimiento y reproducción de las desigualdades de género<sup>12</sup>. A efectos de generar herramientas y mecanismos jurídicos que no refuercen las estructuras patriarcales de género en el derecho en general, y en lo que se refiere nuestro objeto de estudio, es decir, la discriminación contra la mujer.

### **1.1 Aproximación crítica al concepto “discriminación” desde la noción de igualdad construida por la tradición Liberal**

El punto clave del concepto “discriminación”, es saber que la forma en que ha sido utilizado e interpretado en los textos legales y jurisprudenciales como un conflicto entre individuos concretos. Es decir, ha sido considerado como una mera cuestión intersubjetiva<sup>13</sup> que, no contempla el contexto en el que se

---

<sup>8</sup> FACIO, A. (1999). *Hacia otra teoría crítica del derecho. Género y Derecho*. Colección Contraseña Estudios de Género. Serie Casandrea. Santiago: lom. p. 18

<sup>9</sup> *Ibidem*. p. 33

<sup>10</sup> *Loc. Cit.*

<sup>11</sup> BARRANCO, M. (2011). *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos* (Vol. 47), Madrid, Dykinson, pp.14-15

<sup>12</sup> FACIO, A. (1999). *Op. Cit.*, p. 19

<sup>13</sup> AÑÓN, M. (2016). *Discriminación racial: el racismo institucional desvelado*. En: *La justicia y los Derechos Humanos en un mundo globalizado*, Madrid, Dykinson, p.145

produce la discriminación<sup>14</sup> ni el papel que tiene las relaciones asimétricas de poder, existentes entre diferentes grupos sociales<sup>15</sup>.

No obstante, tal concepción, no es más que la patente consecuencia de la noción de igualdad de la tradición liberal que subyace al derecho y al estado moderno, fundado sobre el concepto de igualdad de trato en la fórmula aristotélica de “igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales”<sup>16</sup>. Que obliga, por tanto, a tratar a las personas de forma abstracta<sup>17</sup> en virtud de la noción de sujeto de derecho construida por la modernidad.

La dificultad que presenta de fondo, y en tal orden lo ha expresado CLAUDIA IRIARTE, es dilucidar respecto de quién y en qué son iguales mujeres y hombres, en otras palabras, “cuál será el patrón de medida de la igualdad y cuáles serán los criterios que se aplicará a dicho patrón”<sup>18</sup>.

Tal como se ha dado en entrever, una de las críticas más profundas que el feminismo, junto con otras corrientes de pensamiento contemporáneas ha desarrollado y corroborado en relación con la cultura liberal, se vincula con su falsa neutralidad; en tanto en que la igualdad se ha impuesto como principio universal a un sujeto neutro, sin raza, sin sexo, ni clase social, etc.<sup>19</sup> En cambio, se ha evidenciado que este “sujeto universal y neutro” tiene características precisas que corresponden a las del grupo dominante<sup>20</sup>, es decir, con el grupo masculino y sus intereses.

En tal orden de ideas, desde el *ius feminismo* diversas autoras han criticado el individualismo abstractamente construido en el ámbito discriminatorio, y cómo genera dificultades en la concepción de la discriminación como una cuestión colectiva o grupal. Aquello, desde la necesidad de superar el concepto formalista y reduccionista fundado en una noción de sujeto jurídico falsamente universal<sup>21</sup>, que al tomarlo como modelo significa la exclusión o, en todo caso, la discriminación de otros sujetos<sup>22</sup>.

---

<sup>14</sup> SALOMÉ RESURRECCIÓN, L. (2019). A propósito del concepto «discriminación estructural». Una mirada crítica de la visión liberal tradicional de la discriminación. p.194

<sup>15</sup> AÑÓN, M. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, (39), pp. 147-148

<sup>16</sup> IRIARTE, C. (2017). La ausencia del sujeto mujeres en la configuración del sujeto jurídico: Buscando caminos hacia la igualdad sustancial de mujeres y hombres. Tesis doctoral. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 12

<sup>17</sup> *Ibidem*. p. 11

<sup>18</sup> *Ibidem*. p. 12

<sup>19</sup> FACCHI, A. (2005). El pensamiento feminista sobre el Derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 3(6), p. 29

<sup>20</sup> *Loc. Cit*

<sup>21</sup> IRIARTE, C. (2017) *Op. Cit.* p. 12

<sup>22</sup> FACCHI, A., *Loc. Cit*

JUDITH SQUIRES , por su parte, ha manifestado como crítica que la lógica de la igualdad desarrollada a través de los mecanismos judiciales se ha confinado en el modelo individualizado de igualdad, no abordando los aspectos estructurales más complejos de la discriminación <sup>23</sup>. MARÍA JOSÉ AÑÓN, de forma complementaria, ha puntualizado que “el reconocimiento de la dimensión colectiva de la discriminación se ha ido arraigando en una cultura jurídica que, sin embargo, se encuentra impregnada de categorías jurídicas individuales<sup>24</sup>”.

En consecuencia, es menester que la conceptualización de la discriminación emprenda del reconocimiento de la faz social de las personas, de sus condicionamientos culturales y las relaciones de poder involucradas dentro de su actuar en la sociedad. Puesto que la no discriminación en su raíz individualista de los derechos produce, por una parte, una visión descontextualizada de la situación de cada individuo, y por otra, falta de razonabilidad del criterio de diferenciación, al plantearse la discriminación como un acto u omisión intencional<sup>25</sup>.

No obstante, tal visión se produce y reproduce dentro del derecho antidiscriminatorio debido a que, como ha afirmado MARÍA JOSÉ AÑÓN, “resulta más acomodado a los sistemas jurídicos limitar la interpretación de la discriminación a una desigualdad interindividual y, en última instancia, intencional y ello, incluso allí donde ha sido introducida la modalidad indirecta de discriminación<sup>26</sup>”. Pues responde a la preminencia que han tenido los intereses masculinos en su configuración como parámetro de racionalidad en el ámbito jurídico.

En objeción a ello, desde el feminismo se estima que no es posible concebir la discriminación como un acto individual, sino como un proceso de carácter difuso, conformado de normas, pautas, roles, estereotipos, actos individuales de una gran cantidad de personas, entre otros, que consolidan relaciones de poder de carácter intergrupales en términos de subordinación, dominación u opresión<sup>27</sup>. Es decir, la discriminación tiene un calificativo estructural, el cual ha de entenderse, siguiendo a IRIS MARION YOUNG, como un “conjunto de procesos que se refuerzan unos con otros, ya sea habilitando o constriñendo las acciones individuales en múltiples formas, cuyas causas descansan en las instituciones sociales, sus reglas y relaciones”<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> SQUIRES, J. (2009). *Intersecting Inequalities*. *International Feminist Journal of Politics*, 11(4), p.507

<sup>24</sup> AÑÓN, M. (2016). *Op. Cit.*, p.145

<sup>25</sup> SABA, R. (2019). Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados? Siglo XXI Editores. p.41

<sup>26</sup> AÑÓN, M. (2008). Prólogo. En R. Mestre e I Mestre (coord.), *Mujeres, derechos y ciudadanías* (pp. 11-15). Valencia, Tirant lo Blanch, p.14

<sup>27</sup> SALOMÉ RESURRECCIÓN, L. *Op. Cit.*, pp. 206-207

<sup>28</sup> YOUNG, I. (2001). *Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice*. *The Journal of Political Philosophy*, 9(1), p.8

Ahora bien, de tal análisis y comprensión, si lo focalizamos a la discriminación que sufren las mujeres, no podemos eludir el conflicto social de género. Es decir, el rol que históricamente ha tenido la mujer en la sociedad y cómo, en tanto grupo social, ha personificado diversos significados, pero siempre asociados con la alteridad<sup>29</sup>.

En tal lectura, se postula que la discriminación del sujeto mujeres se funda en la diferencia de estatus por razones de sexo, de lo cual, es esencial atender a la distinción entre discriminación de trato y la discriminación de estatus. Es decir, hay diferencia entre la discriminación como ruptura de la igualdad entre individuos que pertenecen a un mismo grupo, y la ruptura de la igualdad respecto o entre sujetos que pertenecen a grupos con diferente poder social<sup>30</sup>.

Por tanto, es inaceptable plantear la discriminación contra la mujer bajo una los términos de la visión liberal tradicional ya señalados, puesto que el género ha sido -y aún es- un mecanismo que estructura las relaciones de poder entre lo femenino y lo masculino. El cual, sitúa a mujeres y hombres en diferentes posiciones dentro de la estructura social y conforma grupos de pertenencia social (estatus)<sup>31</sup>.

En este punto, la teorización de IRIS MARION YOUNG resulta clave para una real comprensión de la discriminación. Postula así como primer punto, que en atención al carácter sistemático de la opresión, incluso, un grupo oprimido no necesita tener un grupo opresor correlativo. Y en segundo lugar, manifiesta la reflexión respecto a la opresión estructural que implica las relaciones entre grupos, cuyas relaciones no siempre responden al paradigma de opresión consciente e intencional de un grupo por otro<sup>32</sup>.

Por cómo se ha dejado en entrever, el concepto de discriminación se inscribe en el discurso sobre el poder, y, en concreto, sobre el poder tal y como es teorizado por buena parte del pensamiento crítico, esto es, en términos de opresión y/o dominación<sup>33</sup>. Será, en conclusión, determinante en el derecho antidiscriminatorio el conflicto social fundado en la diferencia sexual. Tal como señala ENCARNA BODELÓN, “dar cuenta del conflicto derivado del orden sexual, significa, que la discriminación debe abordarse como parte de un orden social que subordina a las mujeres y que no da cuenta de la diferencia de

---

<sup>29</sup> SERRET, E. (2006). Discriminación de género. Las inconsecuencias de la Democracia. p. 9

<sup>30</sup> BARRERÉ, M. (2007) Legislación y jurisprudencia antidiscriminatoria por razones de sexo género. Reflexiones de recopilación y de reforma legislativa. Federación Internacional de Mujeres de Carreras Jurídicas. pp. 4-7

<sup>31</sup> IRIARTE, C. (2018). La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos. Anuario de Derechos Humanos, (14), p. 68

<sup>32</sup> YOUNG, I. (1990). Justice and the Politics of Difference, Princeton University Press. pp 74-75

<sup>33</sup> BARRERÉ, M y MORONDO. (2011). Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. En: Igualdad y derecho antidiscriminatorio, Igualdad y derecho antidiscriminatorio, p.18

estatus que hay al interior de las sociedades”<sup>34</sup>. De lo contrario, tal orden social sexual sería institucionalizado en este ámbito del derecho, perpetuando la invisibilización de la subordinación, pues con ello, el derecho provoca una selección de la realidad reducida a la manifestada como discriminación de trato<sup>35</sup>, validando las estructuras del sistema sexo-género.

## **1.2 Desarrollo del concepto “Subordiscriminación” como crítica al Derecho antidiscriminatorio**

En la teorización feminista de la discriminación, es decir, la conceptualización de la discriminación desde las estructuras de poder y la crítica al análisis tradicional y actual de la discriminación contra la mujer que la ha entendido como un problema individual, y no de carácter estructural e institucional,<sup>36</sup> cobra gran importancia, dentro de los aportes del feminismo, un concepto más específico denominado “subordiscriminación”.

Tal noción sintetiza y expresa que la discriminación de género es producto de la subordinación sistémica de las mujeres<sup>37</sup> dada las relaciones de dominación que les afecta como grupo específico. Aunque en términos más precisos, se refiere a que las mujeres participan de una situación determinada en función del género que les es común a todas, más allá de cualquier otra diferencia de clase, etnia, raza, de opción sexual, nacionalidad u otra que las pueda afectar. En este sentido, las mujeres constituyen un grupo socialmente definido (estatus), que en aplicación del concepto acuñado por MARÍA ANGELES BARRÈRE, es víctima de subordiscriminación<sup>38</sup>.

Sobre este punto, y de forma preliminar, nos centraremos brevemente en los aportes que introduce esta nueva conceptualización, que si bien, no es completamente ajena a los postulados del *ius feminismo* al concepto de “discriminación”, introduce elementos que son necesarios a efecto de cimentar bases sólidas para un efectivo y real derecho antidiscriminatorio.

Como primer punto, esta nueva conceptualización va de la mano del cumplimiento del objetivo de superación de la ajenidad del derecho al mundo de la mujeres<sup>39</sup>, es decir, en sobrepasar su configuración neutral, planteada como ajena a la realidad social que se estructura en un orden sexual. Por consiguiente, se

---

<sup>34</sup> BODELÓN, E. (2009). «La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la tradición jurídica del feminismo». En: Género, violencia y derecho, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, p.231

<sup>35</sup> IRIARTE, C. (2018). *Op Cit.*, p. 68

<sup>36</sup> EXPÓSITO, C. (2012). *Op. Cit.* p. 215

<sup>37</sup> BARRÈRE, M. (2001). Problemas del derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades. Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, (60), p.139

<sup>38</sup> IRIARTE, C. (2018). *Op Cit.* pp. 68-69

<sup>39</sup> FACCHI, A. (2005). *Op. Cit.* p. 35

plantea desde la concepción de la desigualdad como dominio/subordinación, lo cual no es menor en tanto el género ha sido – y aún es- la desigualdad históricamente más institucionalizada<sup>40</sup>.

Por otra parte, el concepto de “subdiscriminación” contribuye en su faz simbólica provocando un cambio en la conciencia social<sup>41</sup> en el reconocimiento de los sistemas de opresión, ya que el derecho antidiscriminatorio tiene la virtualidad que permite introducir tal problemática en la cultura jurídica<sup>42</sup>, siendo un punto de partida para la determinación y comprensión de los elementos constituyentes de la subordinación y discriminación de las mujeres<sup>43</sup>.

Desde otro punto de vista, y ya en cuanto a elementos de fondo, deja implícita la idea de que en la medida que se conceptualice la igualdad como indiferenciación, es decir, con abstracción de los sistemas de dominación<sup>44</sup> no existe un derecho antidiscriminatorio efectivo. Y es más, permite que podamos afirmar, a nuestro parecer, que constituye un instrumento de subordinación y opresión que perpetua la discriminación.

Sumado a lo expuesto, el concepto “subdiscriminación” presenta una virtualidad específica que la hace preferible a la discriminación estructural, discriminación institucional y la discriminación sistemática. A su respecto, las expresiones “discriminación institucional” y “discriminación estructural” han acarreado una profunda confusión que no se ha logrado superar. En este punto, es ejemplificador la forma en que han sido diferenciadas por autores como KASPER LIPPERT-RASMUSSEN, el cual establece que la distinción se basa en los conceptos de institución y estructura, siendo sólo la primera agentes colectivos dado que su razonamiento las estructuras no son agentes, aunque tengan poderes causales<sup>45</sup>. Quedando de manifiesto el problema conceptual al cual nos enfrentamos, si consideramos como única diferenciación los agentes que la realizan.

La discriminación sistémica por su parte, agudiza la confusión al utilizarse generalmente en un sentido similar a la expresión “discriminación estructural”, empleándose, además, únicamente para designar la amplitud de efectos o el impacto producido, lo cual es en efecto, despolitizador<sup>46</sup>.

En consecuencia, dado que los adjetivos institucional, estructural y sistémica resultan hasta tal punto intercambiables, y por tanto, carentes de significación propia, en virtud de tal cuestionamiento conceptual

---

<sup>40</sup> EXPÓSITO, C. (2012). *Op. Cit.* p. 205

<sup>41</sup> FACCHI, A. (2005). *Op. Cit.* p. 38

<sup>42</sup> BARRERÉ, M y MORONDO. *Op Cit.* p. 39

<sup>43</sup> IRIARTE C. *Op Cit.* p. 73

<sup>44</sup> BARRERÉ, M y MORONDO. (2011). *Op Cit.*, p.27

<sup>45</sup> BARRERÉ, M (2018). Filosofías del Derecho antidiscriminatorio: ¿qué Derecho y qué discriminación?: una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio. Anuario de filosofía del derecho, (34), pp. 30-31

<sup>46</sup> *Ibidem.* p. 31

es que, de forma preliminar, cabe preferir el término de subdiscriminación para describir el concepto básico de la filosofía del derecho antidiscriminatorio<sup>47</sup>.

Pero por sobretodo, debemos considerar que aquellos términos resultan deficientes dado que ninguno se refiere, por sí mismo, al poder que se ejerce sobre cierto grupo oprimido. En vista de que en las diferentes definiciones queda eclipsado el elemento básico del concepto de discriminación, como es el trato<sup>48</sup>.

A contrario sensu, y en palabras de MARÍA ANGELES BARRÈRE, el término “subdiscriminación” visibiliza el “poder sobre” mediante la inclusión de la partícula “subor”; la cual, al ser fundida con la palabra “discriminación”, evidencia que sigue siendo el trato (es decir, una conducta) el elemento conceptual básico del derecho antidiscriminatorio,<sup>49</sup> pero el trato analizado desde las estructuras de poder, y por ende, en el marco de la desigualdad de status.

### **1.3 El rol de la interseccionalidad en la operatividad de la discriminación**

Durante los años ochenta surgió una voz crítica de diversas autoras y colectivos que sostenían que el feminismo, al considerar las experiencias de las mujeres blancas heterosexuales como estándar, no se hizo cargo de avanzar en la comprensión de cómo la raza, la clase y la orientación sexual pluralizan y particularizan el significado de ser mujer<sup>50</sup>.

En tal sentido, se exponen las falencias de la concepción esencialista del género adoptada por el feminismo hegemónico, en la medida que se sustenta en una supuesta universalidad y neutralidad que se construye atribuyendo las características del grupo dominante a todas las mujeres<sup>51</sup>. Y que deriva en un reduccionismo que consagra la forma esencial de subordinación de las mujeres. Invisibilizando la relevancia de otros factores<sup>52</sup> como etnia, religión, nacionalidad, orientación sexual, discapacidad y situación socioeconómica. Los cuales, atendida las diferencias de privilegios y poder, lleva a experiencias discriminatorias contra mujeres significativamente distintas.

Representativo de ello es cómo las mujeres afroamericanas históricamente se vieron obligadas a fragmentar sus experiencias entre la lucha en contra de la discriminación racial y en contra de la

---

<sup>47</sup> *Loc. Cit.*

<sup>48</sup> *Loc. Cit.*

<sup>49</sup> *Ibidem.* p. 32

<sup>50</sup> BARBERA, M. (2016). Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea. *Interdisciplinary*, 4(8). p.108

<sup>51</sup> HARRIS, A. (1990). Race and essentialism in feminist legal theory, *Stanford Law Review* 42, p. 588

<sup>52</sup> BARBERA, M. *Op. Cit.* p.108

discriminación de género<sup>53</sup>, afectando su identidad al aislarla en un solo aspecto y presentarlo como parte constitutiva de su ser.

En tal orden de ideas, la construcción por parte de las feministas afroamericanas, chicanas y poscoloniales se posicionan como la antesala y el origen de la interseccionalidad en el marco de un desarrollo del pensamiento y praxis feministas no-hegemónicos<sup>54</sup>. Siendo el término *intersectionality*, acuñado por KIMBERLÉ CRENSHAW en 1989, la revitalización del debate género-raza-clase como matriz de subordinación<sup>55</sup>. Así, se hace presente la consideración de la multifactoriedad que afecta la vivencia humana en sociedad, y en concreto, el papel que tiene en la operatividad de la discriminación.

La comprensión del significado y especificidades de este concepto “interseccionalidad” no ha sido pacífico, es más, ha resultado particularmente problemático en vista de que la discriminación que tiene origen en dos o más elementos presentes en una misma persona se ha denominado bajo distintas acepciones, tales como discriminación doble, triple, múltiple, compuesta o interseccional<sup>56</sup>.

En lo que cabe, para entender la expresión interseccional en relación con otros términos, corresponde tener como punto de partida al sujeto específico, el cual, se ubica en el cruce de los distintos sistemas de discriminación que no pueden ser explicados de modo aislado. De tal modo, KIMBERLÉ CRENSHAW en su análisis de las experiencias de discriminación sufridas por las mujeres afroamericanas argumentó que el género, raza y clase interactúan y definen conjuntamente su particular situación de desventaja social<sup>57</sup>, y en la medida que el derecho antidiscriminatorio atiende de forma separada las dimensiones de la discriminación, refuerzan, paradójicamente, la situación de subordinación y desventaja<sup>58</sup>.

KIMBERLÉ CRENSHAW, por demás, identifica la existencia de tres niveles interconectados de interseccionalidad. En primer lugar, un nivel estructural que permite centrarse cómo los sujetos se posicionan o se encuentran en el cruce entre diferentes sistemas de subordinación y cómo ello se diferencia de la discriminación sufrida, por ejemplo, las mujeres blancas y los hombres afroamericanos<sup>59</sup>. Un nivel político en el que el enfoque interseccional ofrece una perspectiva a través de la cual analizar el sexismo, racismo, homofobia y la explotación de clase<sup>60</sup>. Y, por último, un nivel representacional o simbólico, que

---

<sup>53</sup> *Ibidem.* p. 109

<sup>54</sup> *Ibidem.* p. 110

<sup>55</sup> *Ibidem.* p. 111

<sup>56</sup> CARVALHO, A. (2018). Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad. *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, (7), p.16

<sup>57</sup> BARBERA, M. *Op. Cit.* p.112

<sup>58</sup> *Loc. Cit.*

<sup>59</sup> *Loc. Cit.*

<sup>60</sup> *Loc. Cit.*

permite explorar la construcción cultural de los sujetos subordinados<sup>61</sup> y cómo la situación de desventaja es reproducida.

Ahora bien, cabe precisar respecto del primer nivel, es decir, el nivel estructural, que la diferenciación de la discriminación en ningún punto debe suponer una reducción de las mismas. Con esto nos referimos a que es erróneo aludir de forma amplia a la “discriminación sufrida por las mujeres blancas” puesto que la vivencia humana es demarcada por el ámbito social y su complejidad, así siempre habrá que analizar la diversidad de factores que concurran en el sujeto específico. Pues de lo contrario, reproduciríamos el mismo error que la interseccionalidad busca superar.

Asimismo, es necesario hacer hincapié que al momento de observar las discriminaciones con perspectiva interseccional y el modo en los elementos actúan. A nuestro parecer, el contar con el elemento “género femenino” acarrea un foco y peso especial en consideración de que el principio primario para designar la injusticia relativa a los grupos es la opresión y no la discriminación<sup>62</sup>. Lo cual quiere decir que los aportes de la interseccionalidad nacen de la base del concepto de subdiscriminación, especialmente, de la supremacía masculina y la subordinación femenina que ha validado el sistema sexo-género.

Adicionalmente, en la teorización de la interseccionalidad sobresale la propuesta de la socióloga y activista PATRICIA HILL COLLINS, consistente en abordar la interseccionalidad desde una matriz de dominación que organiza el poder a nivel global, no desde una perspectiva de jerarquía entre los sistemas de dominación, sino desde la interacción, interdependencia y mutua constitución, de forma dinámica e incluso contradictoria<sup>63</sup>.

En su pensamiento, plantea, que la interacción entre sistemas de opresión se organiza a través del dominio estructural, disciplinario, hegemónico e interpersonal. El dominio estructural, en primer término, se referiría a los factores que organizan las relaciones y el acceso al poder en una sociedad. El disciplinario, por su parte, es el encargado de gestionar la opresión derivada del dominio estructural. A su vez, el dominio hegemónico permite validar socialmente la opresión, articulando los dominios anteriores y reproduciéndose disimuladamente en la intersubjetividad individual y colectiva mediante la extensión de creencias, prejuicios, discursos, cultura y valores, entre otras ideologías. Y, finalmente, el dominio interpersonal, el cual alude a las relaciones intersubjetivas que configuran la trayectoria vital de las personas y grupos<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> *Loc. Cit.*

<sup>62</sup> YOUNG, I. (1990). La justicia y la política de la diferencia. Cátedra, Madrid. p.195

<sup>63</sup> ALMENDRA, J. (2015). La importancia de la interseccionalidad para la investigación feminista. Oxímora revista internacional de ética y política, (7). p. 123

<sup>64</sup> *Loc. Cit.*

Como es posible observar, la teorización del interseccionalidad dista de la simplicidad, su trasfondo intrínseco lo hace sumamente complejo en los niveles de interseccionalidad y en cómo operan distintos sistemas de opresión. No obstante, desde el feminismo se ha planteado como una herramienta necesaria, dado que el tener como punto de partida un enfoque deconstruccionista, permite entender el posicionamiento social como lugar de subjetivación, poder y privilegio. El cual cambia de forma dinámica a lo largo del tiempo y en los distintos contextos sociopolíticos en relación con las diferentes estructuras sociales y representaciones discursivas que conforman las relaciones sociales<sup>65</sup>.

Centrándose en estas interacciones, revela la complejidad de la constitución mutua y simultánea tanto de la discriminación como de los privilegios basados en el género, orientación sexual, origen étnico, religión, origen nacional, incapacidad y situación socioeconómica en el nivel estructural, político y discursivo<sup>66</sup>. Es por tanto, un enfoque clave para el derecho a la hora de enfrentar de manera efectiva a los actos discriminatorios, comprendiendo los factores determinantes y críticos.

## **2. Marco jurídico internacional y nacional en contra la Discriminación**

### **2.1 Marco normativo Internacional en la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer**

En el ámbito internacional, el proceso de especificación de “Derechos Humanos y Mujeres” comienza con la creación de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer en 1946, como un mecanismo para plantear recomendaciones acerca de problemas que se presentan en relación con los derechos políticos, económicos, civiles, sociales y educativos de las mujeres<sup>67</sup>. La cual plantea como objetivo “elevar la condición de la mujer, independientemente de su nacionalidad, raza, idioma o religión, a la igualdad con los hombres en todos los ámbitos de la actividad humana, y eliminar todo tipo de discriminación contra la mujer en las disposiciones de la legislación, en las máximas legales o normas, o en la interpretación de la ley consuetudinaria”.<sup>68</sup>

Posteriormente, en el año 1952 se dictó la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, que tuvo por objetivo asegurar el ejercicio de los derechos políticos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de forma igualitaria. Y en el año 1967 se dicta la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, que insta a los países miembros a tomar medidas para garantizar el

---

<sup>65</sup> BARBERA, M. (2017). Interseccionalidad = Intersectionality. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, 0 (12), p. 194

<sup>66</sup> *Loc. Cit.*

<sup>67</sup> IRIARTE, C. (2018). *Op Cit.*, p. 63

<sup>68</sup> ONU (1947). «Report of the 1st session of the Commission on the Status of Women to the Economic and Social Council (E/281/Rev.1), Economic and Social Council, 25 February 1947». P.12

principio de igualdad de hombres y mujeres a través de la abolición de las leyes, reglamentos y costumbres que constituyan discriminación en contra de la mujer<sup>69</sup>.

Según los objetivos expuestos de los instrumentos mencionados, CLAUDIA IRIARTE hace presente que si bien en ellos se plantea el logro de la igualdad de las mujeres y los hombres, tal objetivo se pretende alcanzar a través de la supresión en el derecho de las discriminaciones que este contenga, sin ninguna revisión respecto de la subjetivización del sujeto (universal) tributario de los derechos, ni tampoco respecto de la configuración de los derechos (universales) y sus garantías. Lo cual, cabe señalar, en ausencia de una análisis crítico sobre la materialidad del sujeto mujeres, refuerza el modelo social sexual y los estereotipos del sujeto femenino<sup>70</sup>.

El punto de inflexión se genera con la dictación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), cuyo objetivo, más que lograr la igualdad de hombres y mujeres, es eliminar las diversas formas de discriminación que afectan a las mujeres, recogiendo con ello la idea de que las mujeres en general constituyen un grupo social respecto del cual existe una realidad de exclusión basada en su sexo, del que resulta un menoscabo o desconocimiento de la titularidad, goce o ejercicio de los derechos humanos, en las diversas esferas de la sociedad<sup>71</sup>.

No obstante, cuenta con graves déficits a pesar de reconocer en la propia definición de lo que entiende por discriminación contra la mujer, en concreto, que se causará discriminación no sólo cuando se tenga por objeto causarla (discriminación directa), sino también cuando se tenga por resultado una situación de discriminación (discriminación indirecta); y en contemplar que es posible establecer medidas de acción positiva (artículo 4.1) de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer<sup>72</sup>.

De tales déficit se indica, en primer lugar, que la noción de discriminación contra la mujer se sustenta en la defensa de las libertades desde una concepción aún formalista. Lo cual sería una de las razones que explicaría por qué no fue posible que esta convención abordara de modo expreso la violencia de género, considerando el carácter de discriminación sistémico que tiene<sup>73</sup>.

En segundo término, en la convención no se plantea la discriminación contra la mujer como un fenómeno producido por causas estructurales originadas en una materialidad de inferioridad y

---

<sup>69</sup> IRIARTE, C. (2018). *Loc Cit.*

<sup>70</sup> *Ibidem.* pp. 63-64

<sup>71</sup> *Ibidem.* p. 64

<sup>72</sup> *Ibidem.* pp. 64-65

<sup>73</sup> *Ibidem.* p.65

subordinación, ni tampoco la comprende como manifestación de relaciones de poder entre hombres y mujeres<sup>74</sup>.

Contrasta así, con dos declaraciones de Naciones Unidas posteriores a la CEDAW, la Declaración y el Programa de Acción de Viena (junio de 1993), y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (diciembre de 1993) que tienen especial importancia en el avance en el reconocimiento de los derechos de las mujeres. La primera, en tanto establece en su artículo 18 que los derechos humanos de las mujeres y las niñas forman parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales, sustancial en el proceso de subjetivización de la mujer respecto de la conceptualización de ser humano de los derechos humanos<sup>75</sup>.

Y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de Naciones Unidas de 1993, por su parte, al reconocer la existencia de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, y cómo estas han conducido a la dominación de la mujer y a su discriminación por parte del hombre. A pesar de aquello, no se plasma en la propia conceptualización de violencia<sup>76</sup>, donde la violencia contra la mujer es definida “como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino”<sup>77</sup>.

Ante tales antecedentes normativos en el ámbito internacional, la dictación en el sistema interamericano de la Convención Belem do Pará marca la diferencia al recoger la perspectiva de la discriminación estructural en materia de violencia de género. Así, plantea que la violencia contra la mujer es una violación a sus derechos humanos y una “manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”; y reconoce el derecho a una vida libre de violencia, el cual incluye el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. En tal orden, según las palabras de CLAUDIA IRIARTE, es el instrumento que ha permitido el avance en la consideración de la subjetividad de las mujeres para analizar y determinar la ocurrencia de discriminación de género<sup>78</sup>.

En consecuencia, resulta cuestionable que aun cuando contamos con un instrumento vinculante para Estado chileno que da cuenta de la discriminación de género como manifestación de las relaciones de poder históricas entre mujeres y hombres, nuestra legislación desconozca esta dimensión grupal o colectiva inalienable a los procesos de discriminación, a pesar de la heterogeneidad interna que se da en todo

---

<sup>74</sup> *Loc. Cit.*

<sup>75</sup> *Loc. Cit.*

<sup>76</sup> *Loc. Cit.*

<sup>77</sup> *Loc. Cit.*

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 66

colectivo<sup>79</sup>. En otras palabras, en lo que atañe en el análisis de la discriminación de la mujer nuestra normativa debería partir haciéndose cargo de las relaciones asimétricas de poder existentes.

## **2.2 Ley chilena contra la discriminación: problematización inicial de sus bases conceptuales**

La Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación es dictada con el propósito único de consagrar un mecanismo judicial frente a los actos de discriminación, especialmente dado que la práctica jurisprudencial en virtud del numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República no cooperaba con instancias de discriminación<sup>80</sup>.

No obstante el avance que significó la dictación de la ley en cuestión, esta dista de lo meramente simbólico, es decir, se limita en cierto modo con su dictación a visibilizar el reconocimiento estatal de la diversidad y reforzar el reproche jurídico en contra de las conductas discriminatorias.<sup>81</sup> Así, autores han señalado que la ley no posee los instrumentos ni categorías, ni provee los medios a los órganos del Estado para combatir eficazmente la discriminación<sup>82</sup>.

Las problemáticas que presenta la ley inician con la concurrencia de imperfecciones técnicas<sup>83</sup> desde la definición de “discriminación arbitraria” que establece en su artículo 2, pero se extienden a aspectos como las circunstancias de discriminación, silencio en la distinción básica entre discriminación directa e indirecta, falta de sanciones efectivas y mecanismos reparatorios; y barreras o desincentivos contempladas por la ley.

### **i. Conceptualización de la discriminación**

En tal orden, se evidencia notoriamente una falencia sustantiva, ya que no prohíbe derechamente de discriminación, sino la discriminación arbitraria. Lo cual nos lleva a considerar, a contrario sensu, que es permitido o sería legítima la discriminación no arbitraria<sup>84</sup>. Lógica que, además de generar confusión, en el fondo es un error conceptual dado que la discriminación supone de por sí una arbitrariedad. En tal sentido, se ha manifestado que habría sido menos problemático la adopción de los conceptos “distinción arbitraria” o “diferenciación arbitraria” los cuales ya cuentan con sustento y desarrollo jurisprudencial<sup>85</sup>.

---

<sup>79</sup> AÑÓN, M. (2013). *Op. Cit.* p.134

<sup>80</sup> COUSO, J. (2012). «Acerca de la pertinencia de la nueva ley de no discriminación para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile». *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, 1: p. 198

<sup>81</sup> DÍAZ DE VALDÉS, J. (2013). ¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una ley general antidiscriminación? *Actualidad Jurídica*, 14(28). p. 279

<sup>82</sup> CODDOU, A., SCHÖNSTEINER, J., Y VIAL, T. (2013). «La Ley Antidiscriminación: Avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile». *Informe anual sobre derechos humanos en Chile (Universidad Diego Portales)*: p. 208

<sup>83</sup> DÍAZ DE VALDÉS, J. (2013). *Op. Cit.* p. 279

<sup>84</sup> GONZÁLEZ, I. (2019). *Op. Cit.* p. 17

<sup>85</sup> DÍAZ DE VALDÉS, J. (2013). *Op. Cit.* p. 281

Tal error no es menor, por el contrario, es muy grave a nuestro parecer, considerando el desarrollo realizado sobre el concepto de discriminación al cual hemos aludido con anterioridad. Que en tanto se plantea como acto individual y difuso, desconoce del conflicto social de género que estructura los actos individuales. Es decir, la cuestionamos en tanto tal “discriminación no arbitraria” se puede justificar como legítima en base a distinciones estereotipadas que en el fondo se alinean en la consolidación de los sistemas de opresión, es decir, que debemos tener cuidado que esta “no arbitrariedad” se plantee en virtud de conceptos neutros de apariencia, no obstante estén vinculados a un razonamiento hegemónico.

Por otra parte, la ley desacierta severamente en el establecer que el acto discriminatorio debe ser capaz de provocar privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de derechos fundamentales. Trayendo consigo una reducción del acto discriminatorio al asimilarlo a la vulneración de otro derecho<sup>86</sup>.

En tal línea, JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS ha señalado, acertadamente a nuestro parecer, que desde el ámbito teórico, al exigir la vulneración de un derecho adicional a la no discriminación, la infracción de este último se hace irrelevante. Lo cual, llevado al ámbito práctico, puede sumar graves problemas cuando la vinculación con ese derecho adicional es muy indirecta<sup>87</sup>.

Sumado a la anterior, desde la sistematicidad y la coherencia jurídica, cabe destacar, que al exigir la ley más que la sola vulneración al derecho a no ser discriminado se opone a nuestro texto constitucional, dado que, no concibe el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 19 N°2 de nuestra constitución como un derecho en sí, sino, como un derecho “dependiente” o “adosado” a otro derecho<sup>88</sup>. Produciéndose un sinsentido, en la medida que la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación han merecido la protección constitucional<sup>89</sup> en forma autónoma con el recurso de protección.

Asimismo, en tercer término, se cuestiona lo indicado en el inciso segundo del artículo 2° que establece: "se considerarán razonables las distinciones (...) que no obstante fundarse en algunos de los criterios mencionados (...), se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental", justificando sin más los actos discriminatorios. Representando así, una grave debilidad en la protección de los principios de no discriminación y de igualdad de trato, pues conlleva una justificación de actos discriminatorios de jure. Postura radicalmente distinta a las exigencias de tribunales europeos en la materia,

---

<sup>86</sup> *Loc. Cit.*

<sup>87</sup> *Loc. Cit.*

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 238

<sup>89</sup> *Loc. Cit.*

los cuales exigen como justificación al tratamiento discriminatorio la persecución de un fin legítimo, lo cual, a su vez es analizado en perspectiva a los medios empleados y la finalidad perseguida<sup>90</sup>.

En consecuencia, se ha evidenciado lo problemático de que sea la ley y no el desarrollo jurisprudencial, la que decida previamente que un trato desigual tenga el carácter de "razonable" simplemente cuando se cumpla el requisito de ejercicio legítimo de un derecho fundamental<sup>91</sup>. En el fondo, bajo las acertadas palabras de JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS, “la ley estaría creando una suerte de jerarquía de derechos, donde la no discriminación sería un derecho de segundo orden que quedaría siempre subordinado a otros derechos fundamentales<sup>92</sup>”. Lo cual resulta hasta paradójico, en base a que un ejercicio legítimo de derechos no debería, en términos abstractos, producir discriminación<sup>93</sup>.

## **ii. Circunstancias de discriminación**

Otro aspecto crítico es que la ley, es que sólo considera como circunstancias de discriminación las distinciones, exclusiones y restricciones, dejando de lado las preferencias que se pueden dar en el marco discriminatorio.

Lo cual, en primer lugar, no concuerda con los estándares de discriminación consagrados a nivel internacional, en concreto, con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial dentro del Sistema de las Naciones Unidas, y la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia dentro del Sistema Interamericano, las cuales contemplan la inclusión de la “preferencia” como otra de las acciones a través de las cuales se puede concretar la discriminación.

En segundo lugar, considerando el trasfondo de como hemos conceptualizado la discriminación, es particularmente importante contemplar explícitamente las preferencias como circunstancia de discriminación, dado que la discriminación en términos de sistemas de opresión, esta se produce y reproduce debido a mecanismos como estos que permiten su perpetuación, en cuanto se presentan como “falsas preferencias” hacia el individuo oprimido.

Así, consideramos un brutal error su no consideración al reducir y limitar las acciones en las cuales es efectivo que se pueden jurídicamente concretar actos discriminatorios, pero por demás, debido a que deja la

---

<sup>90</sup> *Ibidem*. p. 19

<sup>91</sup> GONZÁLEZ, I. (2019). Ley Zamudio en perspectiva. Derecho Antidiscriminación chileno frente a estándares de la Unión Europea. *Revista Tribunal Internacional*, 8(16).pp. 18-19

<sup>92</sup> DÍAZ DE VALDÉS, J. (2013). *Op. Cit.* p. 284

<sup>93</sup> ALVEAR, J. y COVARRUBIAS, I. (2012) “Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación “antidiscriminación”, en *Actualidad jurídica*, N°26, p. 25.

puerta abierta para que discriminaciones en contra las mujeres se vean “justificadas” desde el colectivo masculino en la creencia de que el sistema las “beneficia”.

### **iii. Ausencia de tipos de discriminación**

En el mismo orden de ideas, es preocupante el silencio de la ley en lo que se refiere a la distinción entre discriminación directa e indirecta. Dentro de las razones que llevan a los ordenamientos jurídicos a diferenciarlas podemos señalar que: por una parte, la discriminación indirecta es mucho más compleja de reconocer y sancionar, de forma que es necesario y útil para el juez contar con ciertas determinaciones legales básicas que lo orienten. En las dificultades que el legislador puede abordar se menciona el tipo de evidencia que resulta aceptable, cómo debe configurarse la prueba estadística, cuál debe ser el grupo de referencia apropiado, cómo medir el impacto de la discriminación, entre otras. Por otra parte, discriminación indirecta normalmente acepta un régimen de excepciones más amplio, y puede llegar a ser objeto de escrutinio judicial menos estricto<sup>94</sup>.

### **iv. Inexistencia de medidas reparativas**

También se ha señalado que el objetivo de la ley (“instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.”) es excesivamente modesto, por no decir excesivamente limitado, en tanto no contempla medidas reparativas como la indemnización de perjuicios, que se encaminen en generar mecanismos contra la discriminación efectivo para las víctimas. Lo cual, en definitiva, acarrea una ausencia de sanciones efectivas y reparaciones oportunas, y por consiguiente, desmedra la utilidad de la acción.<sup>95</sup>

Es por ello, que se ha llegado a afirmar que el principal aporte de la ley es la creación de la acción especial antidiscriminación, lo cual es completamente insatisfactorio para una normativa que se presenta como el primer tratamiento legislativo sistémico contra los actos discriminatorios<sup>96</sup>.

Así, adherimos a la opinión manifestada por el profesor FERNANDO MUÑOZ, el cual señala que en el contexto antidiscriminatorio, la reparación juega un rol sumamente relevante no sólo en buscar sancionar al autor, sino además, en ser la demostración de la desaprobación social a la discriminación mediante herramientas que buscan compensar a quien se le impuso un sufrimiento ilegítimo, puesto que la de ser víctima de una situación discriminatoria es socialmente denigrante, y transmite el mensaje de que el ofendido tiene un estatus inferior, causando un perjuicio a la autoestima de la víctima. Y por tanto, ahí radica

---

<sup>94</sup> DÍAZ DE VALDÉS, J. (2013). *Op. Cit.* p.289

<sup>95</sup> PEÑA Y LILLO, G. (2020). La acción de no discriminación arbitraria a la luz de la tutela judicial efectiva. *Estudios constitucionales*, 18(1), p. 233

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 287

la importancia de la reparación configurada en símbolos (como pedir disculpas públicas) y/o en indemnizaciones<sup>97</sup>.

**v. Multa ante denuncias carentes de todo fundamento**

Finalmente, se ha mencionado como una barrera inicial que podría actuar como desincentivo, lo consagrado en el artículo 12 vigente, que en su inciso final establece que en el caso que la sentencia estableciera que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales. Norma que no tiene ninguna justificación en su razón de ser y menos se orienta con los elementos fundantes del derecho antidiscriminatorio.

En conclusión, se requieren modificaciones profundas de carácter sustantivo que no sólo superen los aspectos señalados en lo que se refiere a la “discriminación arbitraria”, sino que incorpore conceptualmente el reconocimiento de los sistemas de opresión y la intersubjetividad individual y colectiva en la discriminación, en los términos expuestos en los apartados relativos a los conceptos de subdiscriminación e interseccionalidad. Pero además, en tanto la dignidad humana está juego, es necesario que el procedimiento se traduzca en resultados concretos que se encaminen a efectivamente superar y reparar la discriminación sufrida, como lo es la indemnización. Para ello, consideramos como punto de partida que el derecho antidiscriminatorio en su conceptualización esté a la altura del fenómeno discriminatorio, tal como lo hemos planteado.

**CAPITULO II. ASPECTOS PROCESALES DEL PROCEDIMIENTO  
ANTIDISCRIMINATORIO: BASES PARA SU REFORMULACIÓN**

**1. Garantías procesales: El procedimiento antidiscriminatorio en contraste con el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva**

La acción de no discriminación arbitraria, por el hecho de ser una acción que da lugar a un procedimiento judicial, debe satisfacer el estándar mínimo que los derechos fundamentales exigen de toda actividad estatal<sup>98</sup>. Aquello, en el marco del fin principal de la organización estatal, es decir, la protección y promoción de los derechos fundamentales y su obligación en la creación de bases para el efectivo y legítimo goce de derechos<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> MUÑOZ, F. (2015), “Estándares Conceptuales, Cargas Procesales y Reparación en el Litigio Antidiscriminación. Análisis Crítico de la Jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 a 2015”, Inédito, pp. 25-26.

<sup>98</sup> PEÑA Y LILLO, G. (2020). *Op. Cit.* p. 213

<sup>99</sup> *Ibidem.* p.214

Tal como ha destacado el profesor HUMBERTO NOGUEIRA, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante una interpretación de los artículos 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha reconocido la existencia de una “obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales”<sup>100</sup>.

En tal orden, la doctrina procesalista ha defendido la tutela jurisdiccional o tutela judicial como un derecho subjetivo autónomo distinto del derecho subjetivo que se alega lesionado y que es reconocido por la tutela material<sup>101</sup>. Pero por sobre todo, es visto como un derecho fundamental en sí mismo.<sup>102</sup>

En su conceptualización, el Tribunal Constitucional, ha señalado que este derecho “tiene una doble dimensión. Una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo estado de derecho”<sup>103</sup>. Sobresaliendo, en tal noción su trasfondo democrático, dado que su operatividad y eficacia son un presupuesto trascendental para la vida democrática de un país, es decir, la consolidación de las bases del estado democrático de derecho<sup>104</sup>.

Ahora bien, consideramos fundamental que el procedimiento antidiscriminatorio contemplado en la ley N° 20.609 sea analizado a la luz de la tutela judicial efectiva, no sólo en cuanto es un elemento clave para el logro del objetivo y espíritu detrás de la acción sino que, en tanto se busca dar respuesta a la pregunta de si el procedimiento en sí mismo, según la forma en la cual se configura y estructura, genera dificultades para la consecución de sus fines, y si produce y/o reproduce desigualdades. Así, en lo que sigue nos avocaremos en delimitar el contenido del derecho a la tutela judicial, para ser contrastado con los términos en que la acción de no discriminación arbitraria se encuentra vigente.

Según se ha señalado, su contenido estaría compuesto por diversos principios y garantías de carácter jurídico, como “el acceso el acceso a la justicia, la independencia de los tribunales respecto de los demás poderes del Estado y de las partes del proceso, la obligación de emitir una sentencia sobre el fondo del asunto conforme a derecho, el principio de motivación de las resoluciones judiciales, el principio de proporcionalidad, la prohibición de la indefensión, el efecto de cosa juzgada, la ejecución de lo juzgado, el

---

<sup>100</sup> NOGUEIRA, H. (2008): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Santiago, Chile, Librotecnia, tomo II. pp. 267-268.

<sup>101</sup> MONTERO, J., GÓMEZ, J.L., y BARONA, S. (2018): *Derecho Jurisdiccional. Parte General*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 26ª edición, tomo I. pp. 208-209

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 251-260.

<sup>103</sup> Tribunal Constitucional, Rol N°815-07, de 19 de agosto de 2008, considerando 10°

<sup>104</sup> PEÑA Y LILLO, G. (2020). *Op. Cit.* p. 219

derecho al recurso, entre otros”<sup>105</sup>. No obstante, su efectividad se concretará, en palabras de GASPAR PEÑA Y LILLO en la existencia de un estándar sustantivo<sup>106</sup>.

Tal estándar o contenido esencial, desde una mirada normativa, tiene como primera función “dar cuenta de un deber impuesto al Estado-legislador para que materialice el derecho mediante la instauración de “procedimientos que permitan hacer valer los derechos, los medios de protección que lo cauteleen y la perspectiva jurisdiccional cuando sea necesario reivindicarlos en la esfera de la justicia”<sup>107</sup> Y en segundo término, de carácter limitativo, el que el legislador debe desarrollar el derecho, pero no arbitrariamente, sino que conforme al estándar sustancial inherente a la tutela judicial efectiva<sup>108</sup>.

En los valores y principios que lo componen, GASPAR PEÑA Y LILLO señala como presupuestos inherentes a la esencia de la tutela judicial el principio de efectividad, el acceso a la justicia y el debido proceso.<sup>109</sup> Los cuales serán desarrollados en lo que siguen:

#### **a) Acción de No Discriminación Arbitraria y Principio de Efectividad**

La efectividad de la decisión judicial implica el derecho de que un tribunal resuelva las pretensiones conforme a derecho, y a que estas resoluciones, revestidas de fuerza de cosa juzgada, puedan ser ejecutadas compulsivamente en caso de ser necesario, buscando siempre lograr la efectividad de las decisiones emanadas de un juez competente<sup>110</sup>.

No obstante, la efectividad de la decisión jurisdiccional en su lectura sistemática va de la mano con el logro de la finalidad de la acción. Por consiguiente, dado que “busca determinar si ha existido o no una discriminación arbitraria, y en caso afirmativo, ordenar se deje sin efecto el acto discriminatorio y disponer, ya sea su no reiteración, o bien que se realice el acto omitido”<sup>111</sup> y se dirige a lograr un cambio en la realidad en el repudio de conductas atentatorias al derecho fundamental<sup>112</sup>; no basta que el juez decrete la existencia de un acto u omisión arbitrariamente discriminatoria, sino que debe actuar para proteger efectivamente el derecho a no ser discriminado<sup>113</sup>, y en tal sentido, se hace manifiesto un rol activo por parte del juez en la consecución del propósito de la acción.

---

<sup>105</sup> MONTERO, J., GÓMEZ, J.L., MONTÓN, A., y BARONA, S. (2005). *Op. Cit.* pp. 251-260.

<sup>106</sup> PEÑA Y LILLO, G. (2020). *Op. Cit.* p. 222

<sup>107</sup> GARCIA, E. y CONTRERAS, P. (2013) “El Derecho a la Tutela Judicial y al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en Estudios Constitucionales, Universidad de Talca (vol.11, N°2), p. 240

<sup>108</sup> PEÑA Y LILLO, G. (2020). *Op. Cit.* p.223

<sup>109</sup> *Ibidem.* p. 218

<sup>110</sup> *Ibidem.* p. 224

<sup>111</sup> CASAS, L. y LAGOS, C. (2014): “Análisis Crítico de la Acción de No Discriminación Arbitraria a la Luz de los Primeros Casos”, en Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile N°10, p. 128.

<sup>112</sup> PEÑA Y LILLO, G. (2020). *Op. Cit.* p. 229

<sup>113</sup> *Ibidem.* p. 230

## **b) Acción de No Discriminación Arbitraria y el Acceso a la Jurisdicción**

El acceso a la jurisdicción, por su parte, incluye los principios de participar en la sustanciación de un proceso en igualdad de armas,<sup>114</sup> vale decir, exige que el legislador fije las acciones sin establecer más trabas o formalidades que las necesarias en consideración a la naturaleza especial de su objeto o del derecho que se busque tutelar<sup>115</sup>. Pero además, disponga armas similares a las partes involucradas en el proceso, para que puedan participar activamente en su sustanciación<sup>116</sup>.

Ante lo cual se han señalado dos observaciones principales: en primer lugar, la legitimación activa requerida para el ejercicio de la acción consagrada en el artículo 4 de la ley en apariencia bastante flexible, en la práctica ha operado restrictivamente en atención a la mirada individualista del fenómeno discriminatorio<sup>117</sup>. Esto, ante la exigencia de participación -directa, indirecta o ratificatoriamente- de aquel que ha visto lesionado su derecho (la víctima), se ve mermado el sentido “protector” y “desformalizado” que se esperaría de la acción antidiscriminatoria<sup>118</sup>.

En segundo lugar, en lo atinente a la igualdad de cargas, la ley en su artículo octavo establece un deber, más bien, una carga procesal, de informar al tribunal<sup>119</sup>. Lo cual contrasta con la obligatoriedad para el demandante debe actuar con patrocinio para presentar su demanda, mientras el demandado no lo necesitará para presentar su informe<sup>120</sup>.

No obstante, el punto crítico que se ha planteado sobre el acceso a la jurisdicción tiene directa relación con las reglas de distribución de la carga de la prueba y los efectos de desincentivo que puede generar cuando no pudieran acceder al acervo probatorio necesario para alcanzar aquel objetivo. Promoviendo la impunidad de las conductas violatorias del principio de igualdad y de no discriminación<sup>121</sup>. Cuestión que abordaremos en el siguiente apartado.

## **c) Acción de No Discriminación Arbitraria y Debido Proceso**

En lo que atañe al estándar del debido proceso en el procedimiento de la Ley N° 20.609, no hay mayores inconvenientes en lo que respecta a la garantía del juez predeterminado por ley, derecho al juez

---

<sup>114</sup> BORDALÍ, A. (2011): “Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la Tutela Judicial”, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (vol.38, N°2), p. 328.

<sup>115</sup> PEÑA Y LILLO, G. (2020). *Op. Cit.*, p.224

<sup>116</sup> *Ibidem.* Pp.224-225

<sup>117</sup> DÍAZ DE VALDÉS, J. (2013). *Op. Cit.*, pp. 290-291.

<sup>118</sup> PEÑA Y LILLO, G. (2020). *Op. Cit.*, p. 235

<sup>119</sup> *Ibidem.* p. 236

<sup>120</sup> *Ibidem.* p. 237

<sup>121</sup> GILES, A. (2018). Impacto discriminatorio y razonamiento probatorio: Sobre la distribución del riesgo probatorio y la función epistémica de la estadística en los casos de discriminación indirecta. p.10

independiente e imparcial, y la garantía a la defensa jurídica y a la asistencia letrada gratuita<sup>122</sup>. Por otra parte, sobre el derecho al recurso solo cabe mencionar como punto debatible la admisibilidad del recurso de casación, en tanto no existe remisión expresa a sus reglas a diferencia de lo que ocurre con el artículo 14 de la ley que remite al Libro I del CPC, siendo procedentes los recursos de reposición, de hecho, y el de aclaración, rectificación y enmienda<sup>123</sup>. No obstante, GASPAR PEÑA Y LILLO según cada vez hay más casos en los que la Corte Suprema ha aceptado su procedencia, e incluso, ha declarado casaciones de oficio<sup>124</sup>.

En consecuencia, los aspectos críticos sobre este punto quedan focalizados en materia probatoria y el principio de proporcionalidad y de la motivación de la sentencia. Y en los cuales nos centraremos en lo que sigue.

En materia probatoria, se ha manifestado la preocupación respecto de que quien sufre un trato discriminatorio puede verse en la imposibilidad material de probar su pretensión jurídica. Así pues, se ha constatado que habrá situaciones en que la víctima carecerá o le resultará demasiado onerosa la obtención de evidencias que demuestren irrefutablemente que recibió un trato menos favorable, o que, frente a una norma aparentemente neutra, su situación es desventajosa. Y en concreto, considerado una aplicación genérica de las reglas de distribución de la carga de la prueba, según la cual la actora tiene la carga de aportar prueba sobre los hechos en que funda su pretensión hasta alcanzar el grado de conocimiento suficiente, junto con un mantenimiento del estándar de prueba aplicado para el conocimiento de fondo en los casos civiles, generalmente el de prueba preponderante en materia civil,<sup>125</sup> la víctima se verá impedida de superar el estándar de prueba que el legislador establezca<sup>126</sup>

En tal orden, la carga de la prueba se posiciona como foco de debate a efectos de establecer cuál de las partes (o, mejor dicho, en qué grado cada parte) tendrá la necesidad de aportar los medios de prueba necesarios para acreditar/desacreditar los presupuestos fácticos que serán objeto del proceso. Es decir, cuál de las partes deberá soportar las consecuencias negativas por la insuficiencia probatoria<sup>127</sup>.

De la revisión jurisprudencial realizada por el profesor GASPAR PEÑA Y LILLO se aprecia una tendencia mayoritaria por resolver el asunto en base a una lógica “civilista”, haciendo aplicable el artículo 1698 del Código Civil sustentado en la regla de supletoriedad del artículo 14 de la Ley<sup>128</sup>. Lo cual, implica que sólo en caso de que el demandante no lo logre acreditar los supuestos de su demanda, adquiere relevancia la

---

<sup>122</sup> *Ibidem*. pp. 237-238

<sup>123</sup> *Ibidem*. P. 245

<sup>124</sup> *Loc. Cit.*

<sup>125</sup> GILES, A. (2018). *Op Cit.*, p. 10

<sup>126</sup> GONZÁLEZ, I. (2019). *Op. Cit.*, p.17

<sup>127</sup> PEÑA Y LILLO, G. (2020). *Op. Cit.*, p. 239

<sup>128</sup> *Ibidem*. P. 240

prueba que ofrezca el demandado para acreditar la razonabilidad de su actuar, o desacreditar los supuestos fácticos de la acción interpuesta en su contra<sup>129</sup>.

Las decisiones finales de un gran número de casos refuerzan la idea de que la carga de la prueba es un factor de extrema relevancia para la efectividad de la acción<sup>130</sup>, en tanto, son rechazadas las denuncias de discriminación por no haberse acreditado suficientemente los hechos<sup>131</sup>.

Lo anterior no es mínimo bajo ninguna concepción, puesto que toda imposibilidad o extrema dificultad probatoria en la que se encuentre la parte sobre quien recae la carga de la prueba originalmente, según devela AYLLEN GIL, “podría generar que las partes optaran por desistir de hacer valer sus pretensiones, evitando el riesgo que implica el asumir el inicio de un juicio por los costos económicos y pérdidas de tiempo que ello implica”.<sup>132</sup> En el fondo, traducirse además, en una afectación al acceso a la justicia.

Desde la doctrina, se ha propuesto como alternativa para abordar esta problemática “la prueba de apariencias” o “pruebas de indicios”, en donde el demandante no tendría el peso de presentar prueba que acredite fehacientemente la responsabilidad del demandado, sino que le bastará con ofrecer un relato y medios probatorios que creen indicios o presunciones suficientes sobre la veracidad de los hechos que sustentan su acción<sup>133</sup>. Así, la difícil posición del demandante de acreditar ciertos hechos se superaría mediante aligeramientos de la prueba, que permiten al juez dar la razón a una de las partes, gracias a los indicios que ésta aportó, sin exigirle más debido a que se considerará justa su pretensión, pese a la escasez de la prueba<sup>134</sup>.

En contraparte, se señala que el demandado tampoco deberá ofrecer una prueba de lo contrario, sino que le bastará con construir una contraprueba que sustente mejores indicios sobre lo ocurrido. De tal forma, como señala GASPAR PEÑA Y LILLO, no significa mayores variaciones al sistema probatorio en tanto no altera las reglas sobre la carga subjetiva de la prueba o los medios probatorios<sup>135</sup>.

Cabe recalcar que, en virtud de lo mencionado, sería necesario tener en cuenta la modificación necesaria al inciso tercero del artículo 2 de la Ley, que, conforme su tenor actual, la normativa permitiría defender la

---

<sup>129</sup> *Loc. Cit.*

<sup>130</sup> *Loc. Cit.*

<sup>131</sup> DÍAZ DE VALDÉS, J. (2017). “Cuatro Años de la Ley Zamudio: Análisis Crítico de su Jurisprudencia”, en Estudios Constitucionales, Universidad de Talca (vol.15, N°2), p. 469.

<sup>132</sup> GIL, A. (2010). “Cargas Probatorias Dinámicas. Una Solución ante la Dificultad Probatoria”, en Revista de Estudios Ius Novum, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (N° 3), p. 71.

<sup>133</sup> PEÑA Y LILLO, G. (2020). *Op. Cit.*, p. 241

<sup>134</sup> NIEVA, J. (2011). “Los Sistemas de Valoración de la Prueba y la Carga de la Prueba: Nociones que Precisan Revisión”, En Justicia: Revista de Derecho Procesal, Editorial Bosch (N°3-4), pp. 98-99.

<sup>135</sup> PEÑA Y LILLO, G. (2020). *Op. Cit.*, pp. 241-242

existencia de una “presunción de razonabilidad”<sup>136</sup> en favor de ciertos actos ejecutados por el demandado en ejercicio legítimo de un derecho fundamental u otra razón constitucionalmente legítima, la que, en la práctica, entrega al demandante la carga de presentar pruebas suficientes (no simples indicios), que sean capaces de destruir aquella “presunción” que la Ley instaure en favor del demandado<sup>137</sup>.

En tal orden de ideas, si observamos el derecho comparado encontramos la fórmula de inversión de la carga de la prueba en la “Directriz sobre equidad racial”, como mecanismo para su superación a las dificultades probatorias. Así, la Unión Europea estableció como nuevo estándar de prueba en relación a demandas sobre discriminación<sup>138</sup>. Estableciendo que: “una vez que la demandante acredita ciertos hechos que se presumen pueden constituir discriminación directa o indirecta, la carga de la prueba corresponde al demandado, quien deberá probar que no se ha violado el principio de igualdad de trato”<sup>139</sup>.

En España, por otra parte, también encontramos un régimen de carga dinámica de la prueba<sup>140</sup> ante discriminaciones por razón de sexo consagrado en el artículo 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española: “De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes”.

En tal sentido, la inversión del *Onus Probandi* se posiciona como un aspecto al cual se le ha dado especial relevancia dentro de la configuración del derecho antidiscriminatorio en términos generales en diversas legislaciones. Y es debido a ello que ha sido uno de los puntos más destacados que presenta el “Proyecto de ley que modifica y fortalece la ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación” (boletín N°12.748-17), la cual ha sido concebida en los siguientes términos: “Cuando de los antecedentes aportados por el recurrente resulten indicios suficientes de que se ha producido una acción u omisión que importe discriminación arbitraria, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Sin embargo, si bien ha visto con ojos positivos, no está exento de críticas. En tal línea, dentro de la doctrina existen detractores y autores que estiman que la “prueba de indicios” y las que conllevan una inversión de la carga probatoria, como son las cargas dinámicas, no tendrían diferencias prácticas, pues en

---

<sup>136</sup> DÍAZ DE VALDÉS, J. (2013), *Op. Cit.*, pp. 284-285.

<sup>137</sup> PEÑA Y LILLO, G. (2020). *Op. Cit.*, pp.242

<sup>138</sup> *Loc. Cit*

<sup>139</sup> Directiva del Consejo 2000/43/EC. (2003), p. 21

<sup>140</sup> PEÑA Y LILLO, G. (2020). *Op. Cit.* p. 244

ambas se exigiría al demandante un ejercicio probatorio, aunque sea mínimo, para la comprobación de la seriedad de la acción<sup>141</sup>.

Como respuesta a tal postura, quisiéramos señalar como punto inicial, que en sentido alguno se aboga por la prueba de indicios o la inversión de la carga probatoria, y en general, cualquier fórmula de facilidad probatoria respecto a la carga probatoria en desmedro del ejercicio probatorio. Así pues, entendemos que tales mecanismos van encaminadas a disminuir la exigencia probatoria a superar por parte del demandado en línea de las presunciones que la legislación actualmente contempla. En otras palabras, se alude a su utilidad práctica no sólo debido a la dificultad en la cual se puede haber desarrollado la discriminación, sino además, por la asimetría que se genera entre las partes en caso de que el demandado se justifique en el “ejercicio legítimo” de otro derecho fundamental. Por tanto, en ningún término busca “favorecer” a la parte demandante por la mera interposición de la demanda.

Ahora bien, en lo que respecta a la cuestión de fondo sobre su mérito, entendemos que de las fórmulas mencionadas se encuentra la virtud de establecer un procedimiento mucho más garantista que un procedimiento sustentado sobre las reglas del derecho privado de carácter androcentrista, como ocurre hoy en día<sup>142</sup>. Lo cual es concordante con el espíritu protector de la ley y el marcado carácter público en la protección de *iure y facto* respecto al derecho a la igualdad y no discriminación.

Sin embargo, nos parece llamativo como, en cierta medida, son expuestas o se presentan como “a solución a las dificultades probatorias, lo cual, si bien en cierta medida supone un avance en relación a la dificultad histórica que ha significado establecer la discriminación en un tribunal de justicia<sup>143</sup>, cabe exponer las preocupaciones y desafíos cuya implementación signifique atendido el carácter intrínsecamente complejo de la discriminación.

De tal forma, como primera reflexión, no hay que perder de vista que su consagración puede significar complicaciones para determinar que antecedentes se considerarán como indicios suficientes, especialmente, en casos de discriminación interseccional o de discriminación indirecta que suponen mayores dificultades a comparación de casos de discriminación directa basados en factores específicos. Y de forma complementaria, es necesario hacer presente que con el mero establecimiento de la inversión del *Onus Probandi* en base a la prueba de indicios, no es un mecanismo suficiente ni el más idóneo, para enfrentar las dificultades probatorias asociadas a los actos discriminatorios. En consecuencia, será necesario abordar las dificultades probatorias de los actos discriminatorios, en especial, contra la mujer, a partir de un

---

<sup>141</sup> *Loc. Cit.*

<sup>142</sup> *Loc. Cit.*

<sup>143</sup> GONZÁLEZ, I. (2019). *Op. Cit.* p. 15

entramado o un sistema de mecanismos mucho más complejo, coherente con la visión planteada por el *ius feminismo*, para hacer frente a la discriminación, particularmente, a la discriminación de género que ha sido ampliamente invisibilizada.

En lo que atañe al principio de proporcionalidad y de la motivación de la sentencia, debido a la clara aplicación del 170 N°4 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de la cual ha de consignar los fundamentos de hecho y derecho que motivan la decisión, el único foco de cuestionamiento es la técnica empleada para encontrar una solución al conflicto<sup>144</sup>.

En tal sentido, GASPAR PEÑA Y LILLO, no considera acertado la exigencia de un test o criterios de análisis estrictos, así más bien, es suficiente la utilización de un baremo de control basado en la “razonabilidad” del acto o, a contrario sensu, su falta de “arbitrariedad”. Por lo que se ve positivo la existencia, aunque minoritaria, de fallos en que el juez resuelve verificando si existió o no un fundamento racional en el actuar del demandado<sup>145</sup>.

No obstante, considera lamentable que en la mayoría de los casos, estos carecen de desarrollo y de mayores argumentaciones, entregando pocos considerandos para abordar el asunto de fondo, sumado a que en ellos pocas veces existe una utilización de los conceptos del derecho antidiscriminatorio<sup>146</sup>.

En conclusión, la legislación vigente en la materia no cumple con el estándar mínimo a un recurso judicial efectivo contra actos violatorios del derecho a la igualdad y no discriminación. No sólo por los graves errores aludidos sobre existencia de una presunción de razonabilidad en favor de ciertos actos ejecutados por el demandado en ejercicio legítimo de un derecho fundamental, sino porque desde una mira sistémica de la ley, la falta de garantías y la forma en que se establece el proceso de forma inconsistente a los supuestos básicos y esenciales de cómo se dan los fenómenos discriminatorios, provoca una barrera en el acceso a la justicia y un impacto carente de efectividad que genere cambio en la realidad en virtud del repudio de las conductas discriminatorias. En definitiva, es completamente inconsistente a la naturaleza especial de su objeto o del derecho que se busque tutelar, e incluso, nos atrevemos a afirmar que el escueto desarrollo plasmado en las sentencia es una muestra clara de la deficiencia del proceso.

---

<sup>144</sup> PEÑA Y LILLO, G. (2020). *Op. Cit.*, p. 246

<sup>145</sup> *Loc. Cit.*

<sup>146</sup> *Loc. Cit.*

## 2. Sujetos débiles y asimetría procesal: incidencia del carácter de grupo desventajado en las dificultades probatorias.

Al interpretar la discriminación desde los aportes del feminismo, es decir, ya no como fenómeno bilateral y ocasional, sino que con significación sistémica no obstante se manifieste individualizadamente. Y por tanto, entendiendo que los actos discriminatorios se inscriben en un sistema de poder, al cual ha sido denominado como patriarcado o sistema sexo-género<sup>147</sup>. Se produce, por consiguiente, que al abordar el fenómeno discriminatorio nuestro punto de partida es y debe ser desde un enfoque estructural, un enfoque que se centre más en las dinámicas que asignan poder y privilegios a algunos colectivos, y se traducen en la exclusión y subordinación sistemática de otros grupos sociales<sup>148</sup>. En lo que cabe, la discriminación como un resultado del dominio y subordinación estructural<sup>149</sup> que se presenta en distintos aspectos, como por ejemplo, la explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural o la violencia.<sup>150</sup>

Por lo que cabe preguntarnos si la posición social, económica y cultural de una persona, enmarcada en su carácter colectivo de grupos subordinados, supone una posición que en el contexto del proceso se traduce en asimetría entre las partes. En caso de ser afirmativa la respuesta, qué mecanismos han de adoptarse para que el proceso no reproduzca ni haga suya tales asimetrías.

Para responder la pregunta planteada, es necesario desarrollar en términos amplios algún grado de conceptualización de cómo se entiende esa desventaja y como ha de ser determinada en el proceso.

En tal línea, destaca el enfoque de grupos desventajados o vulnerables, él cual, en su esencia, plantea una valoración sobre la importancia del entorno institucional, estructural y relacional para la vida de las personas<sup>151</sup> enmarcándola dentro del mandato dado por la clausula de no discriminación presente en textos jurídicos internacionales y constitucionales. Tal como subraya DAVID GIMÉNEZ, prohíbe su utilización para perjudicar a determinados grupos o colectivos, por su historia de minusvaloración, dominación o postergación social y, por otra parte, protege a esos mismos grupos a través de un juicio de igualdad exigente<sup>152</sup>.

---

<sup>147</sup> OTAZUA, G. (2021). Justicia en clave feminista: reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial p. 78

<sup>148</sup> *Ibidem.* p. 35

<sup>149</sup> ORMUSA. (2020). Herramientas de análisis sobre la aplicación del Derecho antidiscriminatorio y estándares internacionales de protección a derechos humanos de las mujeres en las resoluciones judiciales, p. 27

<sup>150</sup> *Ibidem.* p. 28.

<sup>151</sup> AÑÓN, M.(2013). *Op. Cit.*, p.131

<sup>152</sup> GIMÉNEZ, D. (2004). Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional. pp. 171-173

Ahora bien, cabe analizar qué elementos deben ser considerados para determinar aquella desventaja. Siguiendo a MARÍA JOSÉ AÑÓN, debe considerarse como primer elemento que el grupo social no está constituido únicamente por una serie de individuos, sino que en su seno se dan relaciones de interdependencia, es decir, “los sujetos se auto identifican, explican quiénes son, como formando parte de él”.<sup>153</sup> Lo cual, a su vez, no excluye que en el grupo debe haber una característica no involuntaria o inmutable, pero si definitoria que de cuenta de existe una serie de prejuicios sociales contra sus miembros<sup>154</sup>.

En segundo lugar, el grupo ha de contar con una historia de discriminación que se proyecte sobre su situación actual y que pueda ser probada<sup>155</sup>. Y como tercer requisito, exige la prueba de que el grupo se encuentra en una situación de subordinación. La posición social, económica y cultural que sus miembros ocupan en la comunidad, la persistencia en el tiempo de tal posición o los prejuicios sociales que reporta, evidencian el estatus subordinado.<sup>156</sup> Siendo clave en este punto, las distintas formas en que se manifiesta la alteridad en la construcción del colectivo mujeres.

En este tercer punto, en el contexto de la prueba en la búsqueda de evidencias de la situación de desventaja cobra importancia la obtención de datos. En este sentido, diversas actividades, como el tratamiento de datos estadísticos, el trabajo de observatorios sobre discriminación, la actuación de organismos para la igualdad, las investigaciones, la exposición de casos sobre prácticas de discriminación y los modelos de buenas prácticas son medios fundamentales para mostrar distintas formas de discriminación presentes en las sociedades<sup>157</sup>.

No obstante lo anterior, permite reconocer, tal como señala MARÍA JOSÉ AÑÓN, “la identificación de la discriminación como desventaja presenta ciertas limitaciones. La discriminación está articulada por procesos sociales difíciles de erradicar, arraigados en nuestros sistemas de socialización y con una gran capacidad de mutación y adaptación al medio que facilita su invisibilidad”<sup>158</sup>. Por lo que habrá que incorporar en el análisis factores, criterios y argumentos que, elaborados en el contexto del juicio de igualdad, permiten delimitar el sentido de la desventaja o de la subordinación.

---

<sup>153</sup> FISS, O. (1999). “Grupos y cláusula de igual protección”, pp. 138-142

<sup>154</sup> GIMÉNEZ, D. (2004). *Op. Cit.*, p. 232

<sup>155</sup> AÑÓN, M. (2013). *Op. Cit.*, p.135

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 136

<sup>157</sup> *Ibidem*. p. 137

<sup>158</sup> *Ibidem*. p. 138

Atendido al razonamiento característico de algunos tribunales de referencia en el juicio de igualdad, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pueden indicar tres fases, pero en lo que nos importa, se aboga por introducir la determinación de la desventaja dentro del juicio de proporcionalidad, es decir, aquel en el cual el tribunal procede sobre la base de dos cuestiones: si la distinción persigue un objetivo legítimo y si existe proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que debe ser realizado<sup>159</sup>.

Además, analizar lo que supone dentro del juicio de racionalidad que tiene por objeto establecer, valga la redundancia, la racionalidad, como por ejemplo el fundamento o la razón de ser de una norma y de la clase de sujetos que toma en cuenta. Comporta identificar, como propone ALEXANDRA TIMMER, la desventaja del grupo.

Desventaja que conlleva especificar patrones sociales de discriminación y precisar los estereotipos o prejuicios sociales concretos, como paso previo a la argumentación sobre la justificación<sup>160</sup>. En síntesis, se busca apuntar a los patrones sociales, dado que partir desde la visión que se debe justificar bajo criterios o principios racionales es preservar pautas culturales, tradicionales, y en definitiva el *statu quo*<sup>161</sup>.

En tal sentido, tal análisis supone y exige el reconocimiento de la intersección de los sistemas de poder<sup>162</sup>, y con ello, entender que van a haber supuestos (dadas las características del sujeto específico) en los que no haya término de comparación. Así, consideramos adecuada la propuesta de parte de la doctrina de sustituir el test de comparabilidad por un test de desventaja, al afirmar que la desventaja<sup>163</sup> o el daño que se genera no depende de una comparación con otro grupo de personas<sup>164</sup> o bien apela a principios o criterios sustantivos que forman parte de las normas de derechos humanos que permite examinar un tratamiento a partir de un estándar teórico.

Por consiguiente, y ahora pensando en nuestro sujeto de estudio, cuando hablamos de discriminación contra la mujer, dentro de este análisis de desventaja no cabe olvidar que el género es un “estratificador social” y, en este sentido, al igual que otros estratificadores como la raza, la clase, la etnia, la sexualidad o la edad. Nos ayuda a entender la construcción social de las relaciones de género y la estructura desigual de

---

<sup>159</sup> *Loc. Cit.*

<sup>160</sup> TIMMER, A. (2011). “Towards an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”. *Human Rights Law Review*, p. 722

<sup>161</sup> AÑÓN, M. (2013). *Op. Cit.*, p. 140

<sup>162</sup> OTAZUA, G. (2021) *Op. Cit.*, p.65

<sup>163</sup> GERARDS, J. (2005). *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, pp. 669-675

<sup>164</sup> GOLBERG, S. (2011). “Discrimination by Comparison”. 120 *Yale Law Journal*, p. 728

poder que subraya las relaciones entre los sexos<sup>165</sup>. Por lo que conviene poner de relieve de que no se trata sólo de percibir las diferencias, sino de cuestionar cómo se construye la desigualdad social.<sup>166</sup> Es decir, existe en primer orden, un claro componente de visibilización en las asimetrías que se puedan dar entre las partes, y además, un componente transformador en la búsqueda de controvertir cómo es que se produce y reproduce la desigualdad social.

En refuerzo a este último punto, y en cuanto a la discriminación de género, conviene tener presente la Recomendación General N° 28 del Comité CEDAW que señala que los estados partes tienen “la obligación de respetar, proteger y cumplir con el derecho de no discriminación de la mujer y asegurar el desarrollo y adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación y hacer efectivo su derecho a la igualdad de jure y de facto o sustantiva con el hombre”<sup>167</sup>.

### **3. Construcción de una facilidad probatoria desde las reglas probatorias**

Dadas las dificultades probatorias que se presentan los casos de discriminación, generalmente relacionadas con las características de los hechos a probar y con la disponibilidad de los medios de prueba<sup>168</sup>, se ha justificado recurrir dentro del derecho probatorio a distintas estrategias para distribuir el riesgo de la prueba, incidiendo sobre las reglas que lo configuran. Estas son: (a) alteraciones a la carga de la prueba; (b) la introducción de presunciones legales; y (c) la disminución del estándar de prueba; a efectos de afrontar la problemática y paliar sus potenciales efectos negativos<sup>169</sup>.

En virtud de tal panorama, en lo que sigue, nos haremos cargo de estas estrategias de distribución del riesgo probatorio a efectos de ponderar su real alcance o incidencia y su idoneidad. Ello, desde un punto de vista de ellas como un sistema, y respondiendo a las preguntas que le son propias: quién tiene la carga de probar, cuál es el hecho a probar y cuál es el estándar aplicable<sup>170</sup>.

#### **a) Concepto de Carga de la prueba**

El origen de la teoría de la carga de la prueba se encuentra en el controvertido debate sobre la naturaleza jurídica del proceso<sup>171</sup>, especialmente, desde las doctrinas modernas del derecho alemán: en primer lugar,

---

<sup>165</sup> OTAZUA, G. (2021). *Op. Cit.*, p. 9

<sup>166</sup> *Ibidem*. p. 124

<sup>167</sup> COMITÉ CEDAW, (2010). Recomendación General N° 28, sobre el artículo 2 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Naciones Unidas. párr. 16.

<sup>168</sup> GILES, A. (2018). *Op. Cit.* p. 9

<sup>169</sup> *Ibidem*. p. 10

<sup>170</sup> *Loc. Cit*

<sup>171</sup> FERNANDEZ, M. (2006) La carga de la prueba en la práctica judicial civil, La Ley, Madrid, p. 35

OSKAR VON BÜLOW con su tesis sobre la relación jurídica y, posteriormente, JAMES GOLDSCHMIDT con su teoría de la situación jurídica.

Conforme a la teoría de OSKAR VON BÜLOW, el proceso es entendido como una relación jurídica de Derecho Público en la cual participan tanto las partes como el tribunal y cuyo contenido viene conformado por los derechos y obligaciones de todos ellos<sup>172</sup>. Por su parte, JAMES GOLDSCHMIDT concibe el proceso, no como una relación, sino como un conjunto de situaciones jurídicas por las que las partes atraviesan hasta la obtención de una sentencia con efecto de cosa juzgada, fin último de todo proceso<sup>173</sup>.

En tal orden, para JAMES GOLDSCHMIDT las partes procesales disponen de una serie de posibilidades u oportunidades que, de ser aprovechadas realizando el acto procesal que a ellas correspondiese, permitirían la obtención de una ventaja procesal<sup>174</sup>. Y que lo que OSKAR VON BÜLOW caracterizaba como obligaciones procesales (las cuales, según GOLDSCHMIDT, en puridad no existían), no eran sino cargas. En consecuencia, concibe las cargas como cada acto procesal que debe realizar la parte interesada a fin de prevenir una desventaja procesal y, en último lugar, una sentencia desfavorable<sup>175</sup>, pues a este fin, cual es la evitación de una sentencia contraria a sus intereses, es al que se encamina la conducta de las partes<sup>176</sup>.

No obstante, tal tesis, siguiendo a VICENTE GIMENO, queda obsoleta en tanto se constata que si bien es cierto que las cargas ocupan una posición preeminente en el proceso (especialmente, en el proceso civil, por tener en él un gran rol la iniciativa de las partes), así como el hecho de que es más frecuente la existencia de cargas que de cualesquiera otras categorías, ello no impide negar la absoluta inexistencia de obligaciones en el transcurso del mismo.<sup>177</sup>

En tal sentido, considerando los postulados de las dos teorías ya mencionadas y los propios, dicho autor define el proceso como “conjunto de posibilidades, cargas y obligaciones que asisten a las partes como consecuencia del ejercicio de la acción, cuya realización, ante el órgano jurisdiccional, origina la aparición de sucesivas situaciones procesales desde las que, en un estado de contradicción, examinan sus expectativas de una sentencia favorable y, con ella, la satisfacción de sus respectivas pretensiones y resistencias”.<sup>178</sup>

---

<sup>172</sup> VON BÜLOW, O. (1964). La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p.1

<sup>173</sup> GOLDSCHMIDT, J. (1936). Teoría general del proceso, Labor, Barcelona, p. 23

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>176</sup> RODRIGUEZ, A. (2020). La Carga De La Prueba en Supuestos De Discriminación. Su Regulación en El Proceso Civil, p. 131

<sup>177</sup> GIMENO, V. (1981). Fundamentos del Derecho Procesal, Civitas, Madrid. p. 174.

<sup>178</sup> *Ibidem* p. 175.

La carga se ha definido como: (i) La carga que incumbe a una parte de suministrar la prueba de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso<sup>179</sup>; (ii) noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables<sup>180</sup>; (iii) Dícese de aquella cuyo reconocimiento consiste en poner a cargo de un litigante la demostración de verdad de sus proposiciones de hecho; cuya facultad consiste en la posibilidad de no hacerlo, sin que de ello se derive responsabilidad ni se incurra en sanción; y cuyo gravamen consiste en que, no habiéndose producido la prueba respectiva, las proposiciones de hecho no serán admitidas como exactas<sup>181</sup>.

No obstante, existe una distinción adicional que ha tenido un lugar común en la doctrina sobre la carga de la prueba, en virtud de la cual se debe distinguir entre la dimensión objetiva y subjetiva de la carga de la prueba<sup>182</sup>.

La carga objetiva de la prueba o también denominada “carga de averiguación”<sup>183</sup> o “material o directa”, por su parte, constituye la regla de juicio que el juez ha de aplicar en el evento de que un hecho relevante no resulta probado, trayendo como consecuencia la derrota de la parte que había invocado ese hecho como fundamento de su demanda o de su excepción. Se trataría así, de una regla que distribución de riesgo probatorio entre las partes, que siguiendo a LEO ROSENBERG “determina las consecuencias la incertidumbre acerca de un hecho”<sup>184</sup>. Por ello, se ha considerado que en tal sentido la teoría de la carga de la prueba es la teoría de las consecuencias de falta de prueba. Y por consiguiente, una institución probatoria residual o subsidiaria que operaría solo ante el fracaso de la actividad probatoria de las partes conducente a acreditar los hechos del caso, con la finalidad de ofrecer un criterio al juez para poder dar cumplimiento a su obligación de resolver todos los casos, es decir, evitando el *non liquet*<sup>185</sup>.

Por otra parte, la carga subjetiva o también denominada “formal o indirecta” surgiría en cuanto la regla se referiría a la procedencia necesaria de la prueba en el curso del proceso, indicando qué prueba y sobre qué hechos deben ser practicadas tanto por el actor como por el demandado. En tal orden, responde a la

---

<sup>179</sup> MONTERO, J. (1996). La prueba en el proceso civil, Civitas, Madrid, pp. 61-62

<sup>180</sup> DEVIS ECHANDÍA, H. (1988). Teoría General de la Prueba. Tomo I, p. 426

<sup>181</sup> COUTURE, E. (1976). Vocabulario Jurídico. Ediciones De palma. Buenos Aires, p. 133

<sup>182</sup> NIEVA, J, FERRER, J, y GIANNINI, L. (2019). Contra carga de la prueba, Marcial Pons, pp. 16-17

<sup>183</sup> DEVIS ECHANDÍA, H. *Op. Cit.*, p. 416

<sup>184</sup> ROSENBERG, L. (1956). La carga de la prueba, Colec. Ciencia del proceso. p. 39

<sup>185</sup> FERRER, J. (2019). La carga dinámica de la prueba: entre la confusión y lo innecesario. p. 58

pregunta sobre qué parte “debe” aportar prueba al procedimiento<sup>186</sup>, y se ha señalado que parecen referirse a las iniciativas probatorias de las partes, distribuyéndolas de forma estricta entre ellas<sup>187</sup>.

Actualmente es común considerar la dimensión subjetiva como derivada de la objetiva. Tal idea lo ha planteado LEO ROSENBERG en los términos “la circunstancia de que la incertidumbre acerca de un hecho pueda significar la pérdida de del proceso para una parte (...) tiene como consecuencia evidente, que esta parte se esfuerce y deba esforzarse por aclarar la situación de hecho discutida para evitar el resultado desfavorable del pleito”<sup>188</sup>.

Ahora bien, ese deber bajo la conceptualización de la situación jurídica de la parte concebida desde las normas que la atribuyen, es decir, normas técnicas, debemos entenderla, en primer lugar, no como una genuina prescripción, sino que depende de la voluntad de la parte de conseguir un resultado ventajoso. Y en segundo termino, que para conseguir ese resultado es necesario realizar un actividad, como por ejemplo, aportar prueba suficiente sobre los hechos que se alegan. Así, el legislador establecería incentivos para producir prueba dirigidos a las partes, disponiendo las condiciones necesarias para que un hecho pueda ser considerado como probado<sup>189</sup>.

Por tanto, las dos dimensiones de la carga de la prueba expresarían tipos de reglas distintas (prescripciones y reglas técnicas), dirigidas a sujetos distintos (el juez y las partes) y aplicables a momentos distintos del procedimiento (la fase de decisión y la de aportación de pruebas)<sup>190</sup>.

#### **b) Reglas especiales de distribución del Onus Probandi: consideraciones desde la regulación en la legislación Europea**

A nivel comparado existe una clara referencia en normas procesales sobre la carga de la prueba que establecen reglas especiales de distribución del *Onus Probandi*, específicamente en materia de discriminación.<sup>191</sup> Dentro de la normativa a considerar encontramos fundamentalmente: las Directivas comunitarias y la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres del derecho español, que se desarrollarán en lo que sigue con el fin de poder definir las complejidades y su utilidad ya desde el ámbito práctico.

De las múltiples Directivas comunitarias que inciden en materia de derecho antidiscriminatorio, ANA RODRÍGUEZ, señala que en materia de carga de la prueba en este orden jurisdiccional destaca la directiva

---

<sup>186</sup> *Ibidem*, p.59

<sup>187</sup> NIEVA, J, FERRER, J, y GIANNINI, L. (2019). *Op. Cit.*, p.17

<sup>188</sup> ROSENBERG, L. (1956). *Op. Cit.*, p. 31

<sup>189</sup> FERRER, J. (2019). *Op. Cit.*, pp. 60-62

<sup>190</sup> MONTERO, J. (1993). La prueba. Consejo general del poder judicial., p.37

<sup>191</sup> RODRIGUEZ, A. (2020). *Op. Cit.*, p. 305

2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, regulada en su artículo 8.1; y la 2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, regulada en su artículo 9.1<sup>192</sup>

La primera, dispone que: “Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”.

La segunda, por su parte, establece que “Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato aduzca, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

Ahora, en lo que respecta a la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Esta dispone en su artículo 217.5 que: “De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que *las alegaciones* de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”

Así, de la consideración de estas normas, encontramos en sus aspectos relevantes (i) qué es lo que eventualmente se exige del actor para verse favorecido por esta regla especial de distribución; y, por otro lado, (ii) cuál es la actividad que debe desplegar el demandado a fin de evitar los efectos adversos anudados a la aplicación de la regla de juicio<sup>193</sup>.

De todas las redacciones, resalta que dada la composición del artículo 217.5 la Ley Orgánica 3/2007 entregue igualdad efectiva entre mujeres y hombres, al indicar que “las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo” introduce como problema, según ha

---

<sup>192</sup> *Ibidem*, pp. 305-306

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 317

sostenido parte de la doctrina, que alegada la existencia de discriminación la carga pasa a recaer directamente al demandado<sup>194</sup>.

No obstante, atendiendo a una interpretación teleológica se señala (acertadamente a nuestro parecer) que la intención del precepto era aligerar o aliviar la carga de la prueba, pero en ningún caso exonerarle completamente de ella. Así, ANA RODRÍGUEZ ha señalado de forma categórica que la suficiencia de la mera alegación no responde al espíritu de la norma y además, resultaría injusta para la parte demandada, a quien se dejaría en una situación de indefensión<sup>195</sup>.

En tal orden, quedando clara una efectiva exigencia de, al menos, cierta actividad por parte del actor ha devenido la disparidad doctrinal en cuanto al alcance de la actividad inicial exigida a la parte actora para beneficiarse de la regla especial<sup>196</sup>. Discusión que supone un debate, en definitiva, respecto a la naturaleza de la norma.

Dentro de las posturas existentes se evidencia un debate inicial respecto de sí sería derechamente un supuesto de inversión de la carga de la prueba, o por el contrario un mecanismo de facilidad probatoria.

Al respecto, de los autores que entienden que estaríamos frente a un supuesto de inversión de la carga de la prueba, encontramos diferencias entre ellos. Por una parte, MARTIN DIZ sostiene que la inversión esta condicionada a la previa presentación de indicios fundados por el demandante<sup>197</sup>, es decir, una especie de semi-inversión de la carga de la prueba. Y por otro lado, autores como JOSÉ PABLO ARAMENDI y MARÍA ANTONIA CASTRO estiman que basta con la mera alegación para que la inversión ocurra<sup>198</sup>.

En cuanto a la segunda postura, sostenida por VICENTE PÉREZ este entiende que el legislador lo que hace es objetivar un caso concreto de mayor facilidad probatoria. Siendo una especialidad de la mayor facilidad probatoria ya que se exige que las alegaciones del actor resulten verosímiles, y en el caso en que no se acredite el hecho constitutivo el legislador estima que la parte que tiene mayor facilidad probatoria de la no existencia de la discriminación en la conducta realizada es la parte demandada<sup>199</sup>.

---

<sup>194</sup> ÁLVAREZ, D. (2011). La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en Azcárraga Monzonís, C. (Coord.), Derecho y (des)igualdad por razón de género. Una visión multidisciplinar, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 42.

<sup>195</sup> RODRIGUEZ, A. (2020). *Op. Cit.*, p.319

<sup>196</sup> *Ibidem*, p.321

<sup>197</sup> MARTÍN DIZ, F. Elementos clave en la tutela judicial del derecho de igualdad entre mujeres y hombres: pretensión, legitimación y prueba, *Op. Cit.*, pp. 570 y 571

<sup>198</sup> ARAMENDI SÁNCHEZ, J. (2007). Derivaciones procesales de la Ley de igualdad (LO 3/2007). *Aranzadi social*, (5), p.1531.

<sup>199</sup> PÉREZ DAUDÍ, V. (2015). La "carga de la prueba" como medio procesal para la protección del derecho a la igualdad en el orden civil. *Justicia: revista de derecho procesal*, (1), pp.138-139.

De las dos, esta última es bastante cuestionada por ANA RODRÍGUEZ en la medida que entiende que el principio de facilidad está ínsito en todas las normas que distribuyen la carga de la prueba, tanto en la general como en las especiales. Sumado a que, con su planteamiento no queda del todo claro cuál es la actividad concreta que se exige de la parte actora. Si, como sostiene, se trata de una aplicación del principio de facilidad, se le estaría exigiendo la prueba plena del hecho constitutivo y, sólo en el caso de que no la logre, se recurriría a este principio<sup>200</sup>.

Ahora bien, en lo que sigue atenderemos a las principales posturas doctrinales de mayor relevancia a nuestro parecer: en primer lugar, aquella que considera que opera la llamada prueba por presunciones, y en segundo orden, la defensa de que se trata de una prueba *prima facie*.

### **i. Como supuesto de prueba de presunciones**

En la posición que considera que opera la prueba por presunciones destaca LUIS-ANDRÉS CUCARELLA, que señala: “se presume la discriminación si la demandante aporta y prueba indicios de la existencia de la misma. Para ello es preciso que quede probado el hecho base y el indicio o indicios, para poder llegar a la presunción de que ha habido discriminación. En ese caso, es cuando el demandado puede probar la ausencia de discriminación y la proporcionalidad de las medidas adoptadas atacando los indicios invocados y probados por la actora. Consideramos que nos encontramos ante un supuesto de modificación del thema probandi y no del onus probandi<sup>201</sup>”

A efectos de analizar esta postura, es adecuado, tener presente el desarrollo desde el derecho laboral sobre cómo se ha entendido la prueba indiciaria, presunciones, prueba de indicios o prueba circunstancial contenida en el artículo 493 del Código del Trabajo, que ha sido consagrado en los términos: “Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”

En tal orden, cabe partir siguiendo a MICHELE TARUFFO, que los indicios son “cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar<sup>202</sup>”.

---

<sup>200</sup> RODRIGUEZ, A. (2020). *Op. Cit.*, p. 325

<sup>201</sup> CUCARELLA GALIANA, L. (2019). Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y jurisdicción. Especialidades en los procesos por discriminación: amparo ordinario, constitucional y europeo, Wolters Kluwer, Madrid, p. 47.

<sup>202</sup> TARUFFO, M. (2005). La prueba de los hechos. Traducido por Jordi Ferrer Beltrán. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta. p. 480

En tal sentido, se entiende que los indicios son fuente de presunciones, dado que a partir de estos será posible obtener las conclusiones necesarias para aplicar el razonamiento presuntivo<sup>203</sup>. Es decir, los indicios son el presupuesto lógico de la presunción; mientras que la presunción es el resultado de un raciocinio que permite establecer la ocurrencia de otro hecho.<sup>204</sup>

Ahora bien, considerando este punto de partida en que los indicios son hechos y fuente de presunciones. FERNANDO PINO ha señalado que nos encontramos ante un supuesto de prueba indirecta, dado que las presunciones se indentifican con esta,<sup>205</sup> en la medida que ofrece elementos de confirmación de la hipótesis sobre el hecho a probar y que tal confirmación es alcanzada mediante un paso lógico de un hecho a otro<sup>206</sup>.

A su respecto cabe considerar cierta distinción entre presunciones *hominis* (es presumible) y presunciones *iuris tantum*, (debe presumirse), dada la conexión o garantía que permite establecer el hecho presumido. Sigue, que cuando algo “es presumible” estamos frente a una inferencia teórica que lleva de premisas verdaderas a conclusiones verdaderas. Por lo que si se acepta la regla de presunción resultará conveniente seguir su conclusión, dado que dicha garantía expresa una regularidad o alta probabilidad de verdad<sup>207</sup>. Por otra parte, cuando algo “debe presumirse” lo relevante será que el sujeto destinatario (el juez), deberá aplicarla sin importar si la conexión o garantía es aceptada (o aceptable) como inferencia teórica<sup>208</sup>.

Así, mientras en las presunciones *hominis* es hace posible impugnar la conexión o garantía que sirve de fundamento a la presunción, en las normas de presunciones esto no ocurre. A pesar de quienes señalan que las normas de presunción sirven para el establecimiento de la verdad procesal y no material,<sup>209</sup> la cuestión radica en que las normas de presunción no tienen justificación epistémica<sup>210</sup>.

En tal orden, cabe reconocer que, por una parte, las normas de presunciones no tienen tanto que ver con afirmar un hecho sino más bien a cómo proceder sobre su base dado que tendrían por finalidad superar situaciones de impasse, ordenando al juez tomar una proposición como verdadera. Por consiguiente, en la medida que se ordena tomar la proposición como verdadera, se hace evidente que las normas de presunciones no tienen estricta relación con la búsqueda de la verdad<sup>211</sup>.

---

<sup>203</sup> LEGUISAMÓN, H. (2006). Las presunciones judiciales y los indicios. Segunda edición. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni. p.81

<sup>204</sup> *Ibidem*, p.69

<sup>205</sup> HENRÍQUEZ, F. (2019). *Op. Cit.*, p.81

<sup>206</sup> TARUFFO, M. (2005). *Op Cit.*, p. 256

<sup>207</sup> AGUILÓ REGLA, J. (2006). Presunciones, verdad y normas procesales. *Isegoría*, 35 (diciembre). pp. 12-14

<sup>208</sup> *Ibidem*. p. 16

<sup>209</sup> *Loc Cit*

<sup>210</sup> HENRÍQUEZ, F. (2019). *Op Cit.*,p.87

<sup>211</sup> *Loc Cit.*

Es por ello que se caracterizan, en consecuencia, no sólo por su carácter instrumental y derrotabilidad, sino que además por su parcialidad, en el sentido que al operar necesariamente favorecen a alguna de las partes<sup>212</sup>. Y en este punto, es donde cobra importancia que existan razones (en este caso no epistémicas) que lo justifiquen.

Sobre estas, DANIEL MENDONCA sostiene que pueden ser de diversa índole, señalando a modo de ejemplo (i) razones probabilísticas (es más o menos frecuente «q» que «no-q», en caso de «p»), (ii) razones valorativas (las consecuencias de presumir «q», en caso de «p», serían más o menos graves que presumir «no-q», en caso de «p»; o (iii) razones de equilibrio probatorio (es más o menos fácil producir prueba en favor de «q» de que «no-q», en caso de «p»)<sup>213</sup>.

Por otra parte, es necesario tener claridad respecto qué implica que sea una prueba indirecta, en concreto, sobre qué medida de convicción que genera. Sobre ello, tradicionalmente se ha relegado a un papel secundario frente a la prueba directa, debido a la creencia de que la prueba directa se presentaría de inmediato al juez, no siendo necesario razonar sobre ella. Y por ende, no habría riesgo de incurrir en errores lógicos.<sup>214</sup>

En el caso de la prueba indiciaria, ocurría lo opuesto, ya que al ser estrictamente racional, sería inevitable la posibilidad de adoptar decisiones erróneas.<sup>215</sup> Entonces, bajo esta lógica de que si la prueba directa es superior, sería correcto afirmar que en caso de existir prueba directa no sería necesaria la prueba indirecta; ya que esta sólo debería ser utilizada en forma subsidiaria<sup>216</sup>.

E incluso, se ha llegado a sostener que para usar prueba indiciaria debería probarse que no se está en posición de utilizar la prueba directa. Lo cual, supondría una prueba diabólica el que sea necesario probar la indisponibilidad de la prueba directa respectiva al hecho, y quitaría por ende, toda la operatividad a la prueba indirecta. Incidiendo además, por un lado en una limitación al derecho a la prueba, y por otro en una suerte de presunción de veracidad sobre la prueba directa, vulnerando el debido proceso<sup>217</sup>.

No obstante, no hay razones sistémicas que permitan sostener la distinción ni existe una ventaja de la prueba indirecta derivada de la idea de que la supuesta simplicidad intelectual se deriven resultados más fiables<sup>218</sup>. En tanto de los pasos inferenciales, no se sigue necesariamente la pérdida de valor en el

---

<sup>212</sup> AGUILÓ REGLA, J. (2006). *Op Cit.*, pp.16-17

<sup>213</sup> MENDONCA, D. (1998). Presunciones. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*,1 (21),p. 95

<sup>214</sup> HENRÍQUEZ, F. (2019). *Op Cit.* p.82

<sup>215</sup> MIRANDA VÁZQUEZ, C. (2015). «Prueba directa vs. prueba indirecta (un conflicto inexistente)». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38 (diciembre). p.80 [Disponible en línea] <http://bit.ly/2RLFPbF>

<sup>216</sup> AGUILÓ REGLA, J. (2006). *Op. Cit.*, p. 82

<sup>217</sup> HENRÍQUEZ, F. (2019). *Op Cit.*, p. 83

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 84

razonamiento de los hechos<sup>219</sup>. He incluso, en la medida de que toda prueba directa es indirecta en esencia puesto que debe ser valorada, y para ello es necesario la prueba indirecta<sup>220</sup>.

## ii. Como supuesto de prueba *prima facie*

La segunda posición postula que estamos frente a un supuesto de prueba *prima facie* o de aportación de un principio de prueba. En tal orden, siguiendo a RAQUEL CASTILLEJO se entiende que a la parte actora le incumbe sentar las bases fácticas de su pretensión mínimamente e introducir en el conjunto de alegaciones de parte, la duda de que el motivo de discriminación alegada haya sido el factor determinante del comportamiento que se impugna<sup>221</sup>.

ANA RODRÍGUEZ precisa que el precepto debiera ser interpretado en el sentido de exigir a la parte actora la aportación de una prueba *prima facie* que genere la ya referida apariencia de buen derecho. Aportación que constituirá, en todo caso, un requisito previo al traslado de la carga a la demandada<sup>222</sup>. Visión coherente con el sistema en forma amplia, y específicamente, en cuanto impediría que, de facto, se estuviese estableciendo una falsa presunción o verdad interina que permitiría que la simple mención por parte de la actora de la existencia de discriminación para que recayese de modo pleno en el demandado la carga de la prueba<sup>223</sup>.

Ahora bien, surge la controversia de cual sería el significado de “se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación”. Para dar respuesta, podemos separarlos en tres puntos clave de análisis: qué se entiende por “deducir la existencia”, a qué se hace referencia con el término “indicios fundados”; y, como corolario de lo anterior, qué es lo que se exige del actor para verse favorecido por esta regla especial<sup>224</sup>.

Y para lograr ello, más que referirnos a interpretaciones, debemos iniciar desde la comprensión de la noción de indicios y la de principio de prueba.

El término indicio, en su concepción, ha generado gran confusión en la doctrina y, de hecho, en múltiples ocasiones, ha sido directamente identificado con la presunción<sup>225</sup>. Lo cual resulta lógico, en tanto ambos conceptos se hallan indisolublemente unidos en la medida que los indicios constituyen parte de

---

<sup>219</sup> MIRANDA VÁZQUEZ, C. (2015). *Op. Cit.*, p. 87

<sup>220</sup> *Ibidem*, pp. 88-90

<sup>221</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R. (2017). La carga de la prueba en los procesos civiles por discriminación, en Torres García, T. F. (Dir.), *La feminización del Derecho privado* (Rosario Valpuesta, in memoriam), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 997.

<sup>222</sup> RODRIGUEZ, A. (2020). *Op. Cit.*, p. 326

<sup>223</sup> *Ibidem*, pp. 326-327

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 282

<sup>225</sup> *Ibidem.*, pp. 286-287

ella<sup>226</sup>. Así, autotes han señalado que conforman el hecho base de la misma. De modo que una vez probados, queda acreditado el hecho base que permite, a través del nexo lógico, llegar al hecho presumido. Con la salvedad, de que esta estrecha vinculación no puede llevarnos a confundir en ningún caso la parte con el todo<sup>227</sup>.

Por otra parte, la noción de principio de prueba o prueba *prima facie* goza de gran predicamento en el derecho anglosajón<sup>228</sup>. Noción que literalmente, conforme a su traducción latina, se refiere a prueba “a primera vista”.

En tal sentido, este principio se ha contrapuesto a la plena prueba dado que por su parte, genera cierto grado de probabilidad sobre los mismos (no verosimilitud), mientras que esta última aporta una total certeza al juzgador con respecto a la verdad o falsedad de los hechos alegados<sup>229</sup>. En consecuencia, se tiene a la vista que la prueba *prima facie* no es idónea para generar certeza.<sup>230</sup> Y en consideración de ello, se ha llegado a aseverar que aquella decisión que se base en la verosimilitud no puede considerarse justa, por cuanto llevan consigo un grado elevado de error en la determinación de los hechos.<sup>231</sup>

En lo que sigue, si bien coincidimos con la precisión de que la virtualidad del principio de prueba no puede desplegarse en el fallo de la sentencia, pues es necesario el pleno convencimiento del juez para aplicar las consecuencias de una determinada norma jurídica. También es cierto como indica ANA RODRÍGUEZ siguiendo el criterio de JUAN BURGOS, que puede resultar operativo (y de hecho lo es) en orden de adoptar una resolución provisional y de eficacia temporal limitada, pero suficiente para permitir el desarrollo de una determinada cuestión procesal<sup>232</sup>.

En consecuencia, el principio de prueba supone la aportación de una serie de elementos que, si bien no resultan aptos para dar por probado un hecho, sí generan una apariencia favorable en cuanto a su veracidad. En concreto, que genere en el juzgador la sospecha racional de que se ha producido una discriminación o la percepción de la existencia de un “clima discriminatorio”.<sup>233</sup>

---

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 287

<sup>227</sup> *Loc Cit.*

<sup>228</sup> *Loc Cit.*

<sup>229</sup> MONTERO AROCA, J. (2012). La prueba en el proceso civil, Thomson Reuters, Pamplona. p. 61

<sup>230</sup> RODRIGUEZ, A. (2020). *Op. Cit.*, p. 283

<sup>231</sup> HUNTER AMPUERO, I. (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil: Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 22(1). p. 231

<sup>232</sup> DE GUEVARA, J. (1988). El principio de prueba en el proceso civil español (Doctoral dissertation, Universidad de Córdoba). p. 18

<sup>233</sup> RODRIGUEZ, A. (2020). *Op. Cit.*, p. 294

Continuando con aquella lógica, tendría operatividad en orden a evitar las consecuencias desfavorables que conlleva la aplicación de la regla de juicio. Por lo que el demandante debe aportar una serie de elementos que permitan pensar *prima facie* que ha podido concurrir un móvil discriminatorio en la actuación del demandado. De este modo, no se exige al actor de la carga de la prueba, sino que ésta, siguiendo la expresión de PEYRANO, tiene una intensidad de esfuerzo diferente<sup>234</sup>.

Lo que se vendría a exigir sería la acreditación de un *fumus boni iuris* análogo al que se requiere para la adopción de medidas cautelares. Y si bien, frente a ello se podría reprochar que es una noción que, en su aplicación práctica, se presta a la ambigüedad dada su falta de concreción; es relevante la observación de ANA RODRÍGUEZ al señalar que el derecho no es una ciencia exacta susceptible de cuantificación, y de igual modo que tampoco es cuantificable la certeza judicial, lo mismo se predica de la existencia de este *fumus*<sup>235</sup>.

Así, esta apariencia de buen derecho no prejuzga el fondo del asunto, simplemente provoca que la balanza que distribuye las cargas probatorias se decante hacia el lado del demandado. La aportación de este *fumus boni iuris* constituye, por tanto, un *prius* lógico para que el juzgador analice la eventual insuficiencia de los elementos probatorios favorables al demandado<sup>236</sup>. Es decir, a nuestro parecer sólo incidiría en la valoración de la prueba siempre y cuando esa apariencia no se encuentre desvirtuada con prueba en contrario.

De este modo, el principio de prueba produciría efectos procesales, como sería el ya citado traslado de la carga a la contraparte, pero sin condicionar per se el contenido de fondo de la decisión. El cual vendrá determinado, en su caso y a la postre, por la aplicación de la regla de juicio<sup>237</sup> y por la no derrotabilidad de la apariencia que genera la sospecha racional en el juzgador de que se ha producido una discriminación o la percepción de la existencia de un “clima discriminatorio”. A fin de cuentas, es claro que la carga no revela lo que está oculto, pero sí que es una ayuda a evitar las consecuencias desfavorables<sup>238</sup>.

En base a todo lo anterior podemos establecer dos ideas fundamentales. La primera de ellas, que si bien el debate se da en virtud de la carga de prueba y la actividad que ha de desplegar la parte demandada para trasladarla y no verse afectado por la regla de juicio, en caso que la parte demandante no aporte elementos que desacrediten, nos enfrentamos a la discusión de si finalmente estamos ante un tema de valoración o derechamente ante una disminución del estándar de prueba.

---

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 293-294

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 296

<sup>236</sup> *Loc Cit.*

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 294

<sup>238</sup> *Ibidem.*, p. 297

La segunda, es que tal como hemos eludido la actividad probatoria dirigida a instaurar la sospecha racional de un clima probatorio, cabe la legítima duda de sobre si tiene alguna incidencia la existencia o inexistencia de cierto animus o intención discriminatoria. Y en definitiva, si en caso de que se entendiera que debe ser probado, ponderar como generaría en la practica mayores dificultades probatorias, por la dificultad propia de probar situaciones internas.

**c) Actividad del demandado a fin de evitar la aplicación en su contra de la regla de juicio**

En lo que respecta a la actividad del demandado a fin de evitar la aplicación en su contra de la regla de juicio, tal como hemos indicado, en el Derecho comparado se consagra bajo los términos de probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Tal redacción, al hacer referencia a la ausencia de discriminación, evoca en su tenor literal la *probatio diabolica* de un hecho negativo. Por lo que, tal interpretación debe ser descartada, y en cambio, siguiendo a RODRÍGUEZ, correspondería de probar el “reverso positivo” de esta expresión. Esto es, la existencia de una motivación en su modo de actuar ajena a todo propósito o resultado discriminatorio. En consecuencia, la aportación de una suerte de justificación objetiva y razonable<sup>239</sup>.

En virtud de tal planteamiento, se entiende que la actuación del demandado debe dirigirse a la acreditación de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, acción u omisión adoptada y que resulte absolutamente ajena a todo propósito discriminatorio.

En tal punto, es llamativa la crítica que manifiesta GUILLERMO ORMÁZABAL respecto a este *Onus Probandi* impuesto al demandado, la cual manifiesta que el situar al demandado de modo sistémico en una posición probatoria en la cual haya de ofrecer una explicación racional de su conducta, conlleva obligarlo a actuar de en el ámbito sus relaciones privadas de modo semejante a un sujeto o institución de derecho público, y en consecuencia desnaturalizar la autonomía privada<sup>240</sup>.

Ahora bien, continuando en cómo se ha de dirigir la actuación del demandado. Conforme a lo aludido, corresponde considerar que tal hecho a acreditar ha sido calificado como impeditivo. Omitiéndose así, las restantes categorías de hechos extintivos y de excluyentes. Ello, en cuanto cierta naturaleza propia de las actuaciones discriminatorias, la cual, según ANA RODRÍGUEZ, impide considerar la existencia de eventuales hechos que la extingan o la excluyan puesto que la discriminación, o ha existido o no ha tenido lugar, pero no caben otras alternativas intermedias. Aunque aclaro que ello no obsta, por supuesto, que el demandado

---

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 327

<sup>240</sup> ORMÁZABAL SÁNCHEZ, G. (2011). Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil. pp. 110 y 111.

pueda alegar otros eventuales hechos tenga por conveniente. Como por ejemplo, el hecho excluyente que sería, en su caso, la prescripción de la acción del demandante<sup>241</sup>.

En virtud de lo expuesto, surgen al menos un par de interrogantes. En primer lugar, si este “reverso positivo” se debe leer como la prueba de la ausencia de un *animus* discriminatorio. Cuestión que no es baladí, puesto que lleva una discusión de fondo que se relaciona con la forma que vamos a entender configurada la discriminación. Es decir, si la existencia de un *animus* no discriminatorio por una parte es relevante para su determinación, y por otro lado, si efectivamente tendrá un peso para desvirtuar o justificar la conducta diferenciadora. O más bien, en una lectura más razonable a nuestro parecer, a una ponderación de propósitos o fines, que permitan justificar de manera objetiva y razonable la medida, acción u omisión adoptada.

Ahora, surge como segunda interrogante, que si entendemos que no existen términos intermedios en como se configura la discriminación. Es decir, bajo una concepción de resultado de una conducta u omisión discriminatoria, ¿podemos concebir conceptualmente que ello es compatible con una actuación que busca justificar razonabilidad y proporcionalidad en la medida?

Tal pregunta, busca poner de manifiesto que no es posible establecer, por una parte, que los actos son o no discriminatorios, y por otro, que se justifican en tanto se concluya que la actuación u omisión es objetiva y razonable por una ponderación de propósitos o fines. En tal orden de ideas, consideramos como una posición conciliadora el entender que para determinar el carácter discriminatorio de una norma, conducta o práctica es necesario a lo menos el examen de razonabilidad, en cuanto ese sería capaz de determinar la concurrencia de elementos como prejuicios o estereotipos.

Ahora bien, dentro de un examen estricto un sistema efectivamente garante en el logro de una igualdad material y no discriminación, no sería necesario realizar una ponderación de propósitos o fines, ya que lo relevante sería ver se observan daños o consecuencias nocivas en el sujeto en específico, dado su situación de especial vulnerabilidad. Ello, porque de lo contrario se produciría el efecto perverso en que el derecho a la igualdad y no discriminación cedería contantemente ante estas “justificaciones”, desnaturalizándose en su efecto transformador.

#### **d) Consideraciones sobre el debate en torno a la cargas procesales a efectos de delimitar la utilidad de los supuestos especiales de carga de la prueba**

La idea rectora de la carga de la prueba, en la actualidad, ha sido objeto de crítica por parte de diversos autores. Aquello, básicamente bajo dos lineamientos distintos: por un lado, aquellas críticas que apuntan a

---

<sup>241</sup> RODRIGUEZ, A. (2020). *Op. Cit.*, p. 299

la revisión de la doctrina de la carga dinámica de la prueba y sus inconsistencias enmarcada dentro de la carga de la prueba, y por otro, aquellas dirigidas a un cuestionamiento directo de la institución de la carga de la prueba.

Tal como hemos aludido con anterioridad, la teoría de la carga dinámica de la prueba parte de las consecuencias injustas que producirían en ciertos casos la concepción estática o fija de la carga de la prueba. En concreto, se manifiesta que cualquier regla general de atribución de la carga de la prueba enfrentará casos en que la parte a la cual se le atribuye la carga de la prueba tiene muchas dificultades o se ve impedida completamente de producir y aportar la prueba, a diferencia de su contraparte. Mientras que, la parte que dispone la prueba o le es más accesible, no tiene incentivo para aportarla al proceso dado que la ausencia de prueba suficiente le beneficiará por el efecto de la carga de la prueba como regla de juicio<sup>242</sup>.

Por consiguiente, ante tales tipos de situaciones, se sostiene la ambición por la búsqueda de la verdad en el proceso como condición de una decisión justa, la reubicación de la carga de forma que quien disponga de los elementos de juicio relevante los aporte al proceso<sup>243</sup>. Buscando así, maximizar la información relevante que las partes aportan al proceso<sup>244</sup>, como una forma de facilitar la búsqueda de la verdad, y con ello, la atribución de una decisión justa al procedimiento<sup>245</sup>.

Ante ello, lo que sigue, es la búsqueda por parte de la doctrina de determinar cual sería la asignación de la carga de la prueba más eficiente para conseguir tal objetivo<sup>246</sup>. Al respecto, se ha indicado que dado que la carga subjetiva se concibe como derivado de la carga objetiva, la única forma de invertir la carga de la prueba consistiría en alterar la regla de juicio, la cual opera de forma directa en el momento de la toma de decisión en ausencia de prueba<sup>247</sup>.

No obstante, JORDI FERRER ha enfatizado la existencia de tres confusiones conceptuales claves en la base de la doctrina de la carga de la prueba, las cuales, según su perspectiva, tienen un gran impacto para la aceptabilidad de la teoría. A su respecto: relativas a (i) la relación entre la determinación de la carga de la prueba objetiva y los incentivos que el derecho puede generar en las partes, a efectos de que aporten al proceso las pruebas relevantes que dispongan o estén a su alcance<sup>248</sup>; (ii) la doctrina clásica de la carga de

---

<sup>242</sup> PEYRANO, J y CHIAPPINI, J. (1984). Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. p. 1007

<sup>243</sup> FERRER, J. (2019). *Op. Cit.*, p. 54

<sup>244</sup> PEYRANO, J. (1993). Desplazamiento de la carga probatoria Carga probatoria y principio dispositivo, p. 738

<sup>245</sup> PEYRANO, J. (2004). Cargas probatorias dinámicas, pp. 65-66

<sup>246</sup> FERRER, J. (2019). *Op. Cit.*, p. 64

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 65

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 75

la prueba<sup>249</sup>, y (iii) a un problema de indeterminación del derecho y la seguridad jurídica más allá de las reglas procesales<sup>250</sup>.

Respecto de la primera, si bien es claro que al determinar quien pierde el procedimiento si no hay prueba suficiente se generan incentivos diversos para las partes, que pueden variar en virtud de las estrategias procesales de las mismas, de las circunstancias del caso en concreto y de la evolución del propio procedimiento; JORDI FERRER señala que hay otras reglas que no se vinculan en nada con la carga de la prueba capaces de generar los mismos incentivos<sup>251</sup>.

Así, destaca como ejemplos el que juez pueda fundar inferencias probatorias a partir del silencio de alguna de las partes, o en general, de su comportamiento procesal; la imposición de deberes de producción de pruebas y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, entre otros, los cuales a su parecer presentan menores inconvenientes que adolece la carga dinámica de la prueba. En específico, dado que en casos es conceptualmente imposible atribuir la carga a las dos partes, siendo que ambas cuentan con prueba relevantes para el proceso.<sup>252</sup>

La segunda confusión, sobre la doctrina clásica de la carga de la prueba, la considera la más importante. Puesto que asumir tal concepción, es decir, que la carga subjetiva deriva de la objetiva, supone que si se quiere modificar lleva consigo la modificación de la otra. Haciendo cuestionable sostener que las partes deben aportar las pruebas sobre la base del deber de colaboración, y que aquello justifica imponerle y asignarle el riesgo de perder el proceso por insuficiencia probatoria<sup>253</sup>.

Finalmente, JORDI FERRER siguiendo el argumento de CORTÉS DOMÍNGUEZ en el que señala que invertir la carga de la prueba no es más que una modificación del supuesto de hecho de la norma sustantiva de forma dinámica en el caso a caso, genera como consecuencia un radical desconocimiento del derecho sustantivo de forma previa al proceso, es decir, una indeterminación del derecho y la seguridad jurídica que sobrepasa los aspectos procesales y se aleja de su objetivo principal, mayor justicia<sup>254</sup>.

De forma adicional, destaca la apreciación del uso indistinto del principio de colaboración y la teoría de la carga de la prueba. LEANDRO GIANNINI, en tal sentido ha abogado de distinguir ambas instituciones dado que la aplicación de los mismos en el campo específico de acción puede conllevar a soluciones divergentes,

---

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 77

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 78

<sup>251</sup> *Ibidem*, Pp. 75

<sup>252</sup> *Ibidem*, pp. 75-76

<sup>253</sup> *Ibidem*, pp. 77-78

<sup>254</sup> *Ibidem*, pp. 78-79

especialmente en los casos en los que a pesar de la plena cooperación del demandado, no se puede coleccionar prueba suficiente para tener por acreditados los hechos afirmados en la pretensión<sup>255</sup>.

En lo conceptual, se aprecian graves distinciones en sus consecuencias. Tal como hemos mencionado con anterioridad, la carga dinámica de la prueba expresada como regla diferenciada de distribución del *Onus Probandi*, haciendo pesar las consecuencias de la incertidumbre en ausencia de medios suficientes de convicción en quien está en una mejor posición de probar.<sup>256</sup> Por contraparte, el principio de colaboración, en su consecuencia procesal más notable en el ámbito probatorio conlleva la posibilidad de extraer indicios o argumentos de pruebas, o sanciones en lo referido a la demostración de los hechos controvertidos, por la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles<sup>257</sup>.

Ahora bien, en lo que se refiere a la institución de la carga de la prueba en sí hay mayores discusiones de fondo, y que se traducen en una crítica general al sistema procesal. Sobre aquello, JORDI NIEVA señala que la forma en que se plantea no despeja las incógnitas sobre los hechos, sino solo se trata de un modo de finalizar el proceso, en su origen prematuramente, y al final del mismo una vez fracasada la valoración de la prueba. Es decir, el proceso termina con una sentencia ficticia, casi con una expresión de fe.<sup>258</sup>

En tal orden, tal autor a partir de un análisis histórico, da cuenta de que la carga de la prueba bajo un sistema legal de valoración si bien tuvo un cometido esencial en la fase de admisión, donde adquiriría mayor relevancia era en la fase de conclusión, y por supuesto, en la sentencia<sup>259</sup>.

Lo anterior cambia radicalmente con la introducción del sistema de libre valoración de la prueba, decayendo toda la utilidad que hasta antes había tenido la carga de la prueba, puesto que ya no importa quien debe probar cierto hecho, sino que se busca la averiguación del hecho con independencia de quien aporta la prueba.<sup>260</sup> Y tal averiguación, cabe aclarar, es sólo consecuencia de la valoración de la prueba. No dependiendo, por ende, de carga alguna<sup>261</sup>.

El problema radica, por tanto, en que constantemente en los procedimientos las partes no disponen de prueba pese a tener la razón. Es decir, se alegan hechos completamente ciertos en el proceso que no pueden ser demostrados. Y desde el derecho romano se optó por la solución práctica de que el que alega pruebe,

---

<sup>255</sup> GIANNINI, L. (2019). Revisando la doctrina de la carga dinámica de la prueba. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales. p. 100

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 100-101

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 101

<sup>258</sup> NIEVA, J. (2019). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. p. 25

<sup>259</sup> *Ibidem*, pp. 33-34

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 35

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 40

sino perderá el proceso; lo cual, evidentemente aleja el proceso jurisdiccional de la justicia que sólo se produce cuando el juez se acerca en la mayor medida de lo posible a la realidad de los hechos<sup>262</sup>.

Por consecuencia, tal como se vislumbra, la carga de la prueba en el fondo, en palabras de JORDI NIEVA: “no es mas que una presunción mal construida que permite inferir que quien no tiene prueba de un hecho está alegando un hecho falso<sup>263</sup>”.

Aquello, nos lleva a cuestionar y problematizar la posibilidad de un proceso sin carga, sobre la cual para justificar que es completamente posible JORDI NIEVA en su razonamiento señala que, si dentro de la valoración de la prueba queda algún hecho desconocido y ante la necesidad de evitar un *non liquet* que desencadenaría mayor conflictividad social, lo que debe hacerse es solo no darlo por probado<sup>264</sup>.

Lo cual es concordante con que no es la carga de la prueba la que asegura la viabilidad del juicio que finalmente se dicte, sino la cosa juzgada. En otras palabras, no es que la sentencia declare que el hecho no ha existido, sino que no se puede iniciar un proceso por los mismos hechos<sup>265</sup>. En tal orden, se enfatiza en que en un sentido teórico la desaparición de la carga de la prueba es más que relevante, ahorrándonos el estudio y explicación de un concepto sobreabundante que carece, en sus palabras, de utilidad en el proceso<sup>266</sup>.

Por tanto, en base a lo abordado no podemos negar que la carga de la prueba, y la alteración del *onus probandi*, no conllevan un medio idóneo para la búsqueda de la verdad, que en consecuencia, permita ampliar el acervo probatorio para su posterior valoración. En tal sentido, debemos admitir que su utilidad radica a los casos en que nos encontramos ante ausencia o insuficiencia de prueba.

Ahora bien, eso no significa que carezca de relevancia. Desde un punto de vista del objetivo de la acción y un verdadero estándar garantista, y en consideración de la realidad que da cuenta que las partes ante un supuesto de discriminación, en la generalidad de los casos, no llegan en igualdad de condiciones hace más que razonable su aplicación. En consecuencia, consideramos que la ley debe contemplar este mecanismo, pero en caso de hacerlo, debemos ser honestos en transparentar que tal decisión no tiene una base epistémica, sino que se trata derechamente de una decisión eminentemente política, en que se prefiere la protección y se priorizan los intereses de una determina parte de la sociedad dentro del proceso judicial<sup>267</sup>.

---

<sup>262</sup> *Ibidem*, pp. 42-43

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 43

<sup>264</sup> *Ibidem*, pp. 43-44

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 44

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 45

<sup>267</sup> GARCÍA, J. (2018). Perspectiva de género, estándar de prueba y ventajas probatorias asimétricas. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, (48), p. 82

**e) El papel de la valoración de la conducta de las partes para dar por verdadero o inexistentes ciertos hechos**

Además de las herramientas ya indicadas con anterioridad, se han planteado diversas soluciones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia nacional para hacer frente a las dificultades probatorias. No obstante, muchas de ellas están enmarcadas en establecer criterios de asignación de la carga de la prueba, trayendo consigo todo el debate y cuestionamiento respecto al derecho de defensa, la incertidumbre de las partes sobre qué hechos deben probar para el triunfo de su pretensión o resistencia, y riesgos de arbitrariedad por parte del juez, asociado a las cargas dinámicas de la prueba<sup>268</sup>.

En tal contexto, resalta la valoración de la conducta de las partes como mecanismo dirigido a paliar las dificultades en que puede encontrarse un litigante frente a hechos difíciles o pruebas complicadas de obtener. A su respecto, IVÁN HUNTER ha señalado que la conducta de las partes puede ser considerada como fuente de prueba, pero únicamente para corroborar o afirmar la existencia de un hecho ha sido medianamente establecido por otros medios probatorios<sup>269</sup>. Sin embargo, aún cuando es discutido en el derecho comparado el real valor probatorio que se le puede asignar a la actuación endo o extraprocesal de las partes, un elemento que resulta de bastante utilidad es la frustración de la prueba.

Es decir, casos en que una de las partes, o terceros relacionado o dependiente a ella, dolosa o negligentemente, destruye, inutiliza, impide o, de cualquier modo, frustra pruebas que la parte contraria necesitaba para hacer prosperar sus pretensiones<sup>270</sup>.

En tal sentido, bajo un rol más activo por parte del juez a efectos de aumentar el acervo probatorio, consideramos que resultaría razonable dar por verdadero (o no existente) un hecho cuando los medios de prueba que pueden acreditarlo no son colocados a disposición del tribunal habiéndose así requerido<sup>271</sup>. Quedado, en definitiva, como un elemento relevante para la valoración por parte del juez.

---

<sup>268</sup> HUNTER AMPUERO, I. (2015). *Op.Cit.*, pp. 234-236

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 233

<sup>270</sup> *Loc. Cit*

<sup>271</sup> *Loc. Cit*

## CAPITULO III. RAZONAMIENTO PROBATORIO EN LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN

### 1. Prueba de la discriminación

El principio de igualdad y no discriminación puede tener distintas dimensiones y proyecciones sobre la realidad<sup>272</sup>, en tal sentido, para abordar la prueba de la discriminación no podemos olvidar los procesos de definición y evolución que ha tenido el alcance del concepto de discriminación en el derecho.

A su respecto, los filósofos del derecho han discutido qué valor subyace a la discriminación, “si es la igualdad, la dignidad o la libertad, la justificación a la prohibición de la discriminación”<sup>273</sup>. Lejos de establecer un concepto unitario y universal del concepto de discriminación, en lo que sigue, se busca desarrollar conceptualmente los distintos tipos de discriminación, a efectos de identificar los elementos esenciales que nos permiten determinar que cierta norma, práctica u actuación es discriminatoria.

En los distintos tipos de discriminación, se puede advertir una significativa adhesión a la identificación de dos tipos de discriminación, la directa y la indirecta.<sup>274</sup> No obstante, conforme lo desarrollado en el presente trabajo, a nuestro criterio, corresponde a lo menos considerar adicionalmente los conceptos de discriminación múltiple e interseccional, en la medida suponen una diferenciación en cómo han de ser entendidos los motivos de discriminación alegados.

#### a) Discriminación directa e indirecta

En lo que respecta a la discriminación directa, se ha indicado que esta establece una distinción expresa en la propia práctica o norma, negando ciertos derechos o bienes a determinados grupos especialmente protegidos<sup>275</sup>. No obstante, conforme esta, la existencia un hecho discriminatorio sólo será en cuanto las normas, políticas o prácticas realizan distinciones carentes de objetividad y razonabilidad<sup>276</sup>. Es decir, cuando una persona ha recibido un trato menos favorable que otra, estando ambas en una situación similar, y el criterio utilizado para distinguir es irrazonable y, por lo tanto, arbitrario<sup>277</sup>.

No obstante, cómo hemos manifestado, aquello se sostiene sobre una visión individualista de los derechos que, descontextualizada del tejido social, presupone una situación ideal de igualdad de oportunidades. La cual cimentada sobre la noción de neutralidad de la ley, olvida y elude considerar las

---

<sup>272</sup> GILES, A. (2018). *Op. Cit.*, p. 8

<sup>273</sup> IBARRA, A. (2021). La prueba de la discriminación. DISCRIMINACIÓN, Piezas para armar. p. 214

<sup>274</sup> GILES, A. (2018). *Op. Cit.*, p. 8

<sup>275</sup> KITCHING, K. (2005). Non-discrimination in international law: A handbook for practitioners. Interights. P. 63

<sup>276</sup> GILES, A. (2018). *Op. Cit.*, p. 4

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 5

desigualdades reales en las que se encuentran las personas, especialmente ciertos grupos históricamente excluidos, permitiendo su reproducción y consolidación.<sup>278</sup>

Por otra parte, la discriminación indirecta desplaza su atención desde el trato hacia la diferencia comparativa en los efectos negativos o desproporcionados de la aplicación de una norma, política o práctica que fueran neutras en su enunciación sobre cierto colectivo de personas o lo sitúe en una desventaja particular, en comparación con otras en situación similar.<sup>279</sup> Y que claro, no esté justificada.

Al respecto, ALEJO GILES advierte que en esta perspectiva se nutre indefectiblemente de la noción de grupo. Lo cual asignaría relevancia a los datos de carácter sociológico que dan cuenta de la desigualdad material en la que se ven sumidos ciertos sectores sociales<sup>280</sup>.

Por otro lado, se ha sostenido que el desplazamiento de la atención del trato arbitrario hacia el efecto, vuelve a poner el acento sobre la motivación o intención discriminatoria del emisor del acto cuestionado, en este caso, perdiendo toda relevancia, en la medida que la indagación fáctica se referiría básicamente a los resultados adversos sobre ciertos grupos, aunque estos no sean buscados<sup>281</sup>.

Con todo, aun cuanto la atención este puesta en el efecto discriminatorio, se ha indicado que una norma, política o práctica neutra pero perjudicial para ciertos grupos puede ser acorde con el principio de igualdad y no discriminación si tuviera una justificación objetiva y razonable. Básicamente cuando tuviera un fin legítimo y existiera una relación de proporcionalidad entre el medio empleado y ese fin (incluyendo en el examen los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)<sup>282</sup>.

En consideración de cómo se conceptualizan ambos tipos de discriminación, podemos encontrar graves falencias e inconsistencias. Aquello, en primer lugar dado que parecen responder a dos concepciones totalmente distintas de la discriminación, en específico, la discriminación directa se presenta acorde a la visión liberal al considerar en su configuración un trato menos favorable respecto de otro en una situación similar.

En tal sentido, consideramos un despropósito y una grave barrera su consideración en tales términos, puesto que genera la dificultad de determinar o construir ese supuesto sujeto que se encuentra en una

---

<sup>278</sup> *Loc. Cit.*

<sup>279</sup> *Ibidem*, pp. 4-6

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 6

<sup>281</sup> *Loc. Cit.*

<sup>282</sup> *Loc. Cit.*

situación similar, y además, nos lleva caer en un sujeto anónimo, sin marcas de sexo-género, origen o clase<sup>283</sup>, desconociendo cómo la persona se identifica, localiza y posesiona socialmente.

Así pues, es necesario que exista una coherencia en los modelos que respondan ambos tipos de discriminación, y que no obstante existan diferencias en el foco de atención de cada uno, debe ser posible evidenciar de forma conjunta la esencia respecto del acto discriminatorio. Respecto de la cual, en los términos que hemos planteado a lo largo del trabajo, y en específico, en el primer capítulo, establecemos como puntos de inflexión respecto de la discriminación, que en primer lugar, esta en ningún sentido se puede interpretar como una desigualdad interindividual, sino por el contrario, supone la ruptura de la igualdad respecto o entre sujetos que pertenecen a grupos con diferente poder social. Por lo que a norma, conducta o el trato, debe ser analizada desde las estructuras de poder, y por ende, en el marco de la desigualdad de status. En segundo lugar, por tal componente grupal, en ambos tipos de discriminación se exige un análisis de las relaciones de dominación y los sistemas de opresión.

#### **b) Discriminación múltiple y la discriminación interseccional**

En el apartado “El rol de la interseccionalidad en la operatividad de la discriminación” fue abordada la interseccionalidad como concepto y su evolución desde el pensamiento crítico. No obstante, es importante recalcar que la importancia conferida al ámbito discriminatorio y lo abogado, se da en virtud de la relevancia de la aplicación de una perspectiva interseccional en el análisis de los actos discriminatorios, y por ende, en la comprensión de la discriminación. Cuestión distinta al concepto que se ha denominado “discriminación interseccional”.

A su respecto, como primera cuestión, es necesario dar cuenta que el concepto de discriminación interseccional ha sido tratado de forma confusa. En tal orden, se ha señalado que la evolución del concepto de discriminación múltiple ha llevado a distinguirla del concepto de discriminación interseccional. Así, TIMO MAKKONEN distingue la discriminación múltiple, como aquella que se produce cuando una persona es discriminada por varios factores distintos y que operan en un mismo momento (raza, sexo, discapacidad, etc.) de la discriminación interseccional, en tanto, en esta última varios factores de discriminación interactúan simultáneamente, interconexionando entre ellos y produciendo una forma singular de discriminación<sup>284</sup>. En tal sentido, se conceptualiza como aquella aplicable a dos o más identidades sociales discriminadas que se interrelacionan intrínsecamente en un individuo o grupo de individuos<sup>285</sup>.

---

<sup>283</sup>101) LÁZARO, R y JUBANY, O. (2017). Interseccionalidad del género y mercado de trabajo postfordista. La ventana. Revista de estudios de género, 5(46). p. 210

<sup>284</sup> OTAZUA, G. (2021). *Op. Cit.*, p. 35

<sup>285</sup> CARVALHO, A. (2018). Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad. Journal of Feminist, Gender and Women Studies, (7), p. 16

Si bien bajo nuestro parecer no son conceptos sinónimos, ni equivalentes e intercambiables, y que la consideración indistinta de ambos significa errores conceptuales y problemas prácticos. Hemos de destacar que ambos en la practica, suponen una forma de abordar la discriminación en que se busca evitar dejar desprotegidas o con soluciones parciales a las personas que no son capaces de ubicarse en ninguna de las categorías enumeradas, así como a las personas que presentan casos complejos de discriminación con base en varios motivos que se interceptan de forma que no pueden ser separados<sup>286</sup>.

En tal sentido, se ha señalado que a diferencia del enfoque de motivaciones únicas, la metodología de prueba ya no funciona bajo la comparación, sino que debe incorporar elementos extras que eviten la restricción. En virtud de lo cual, se ha puntualizado que los tribunales deben evitar suponer que el demandante es capaz de apreciar todos los rasgos de su identidad de forma separada, y que puede proveer bases para la comparación en cada una de las categorías protegidas alegadas, también de forma separada<sup>287</sup>.

Por consecuencia, tal como se puede dar cuenta, suponen un avance en cuanto se plantean desde una evaluación enfocada en la dignidad de las personas, no reducible a una categoría, y en apreciar cómo la victima experimentó la discriminación. Lo cual, en los hechos, conlleva una vulneración a la globalidad de su identidad. En el caso de la discriminación interseccional, entendiendo que los factores de discriminación interactúan de forma interconectada e interdependiente, y en la discriminación múltiple, en cambio, ya no de forma interdependiente, pero con una clara vinculación o relevancia de diversos motivos o causas de discriminación, siendo el desafío aclarar la forma en se relacionan o interactúan y la forma en que deben probarse.

#### **i. La situación especial de las mujeres con discapacidad**

En el presente apartado se abordará de manera específica la discriminación interseccional que sufren las mujeres con discapacidad en consideración de que en los informes existentes a la fecha, específicamente el Análisis estadístico de la ley N°20.609: una mirada desde el acceso a la justicia a cinco años de su vigencia, se indica que, enfermedad o discapacidad es el motivo de discriminación con ingresos más significativos de acciones interpuestas por concepto de discriminación arbitraria, tanto por mujeres como por hombres<sup>288</sup>. Y con el objetivo, de ser ilustrativo para la problematización de la situación especial de diversas mujeres bajo distintos factores.

---

<sup>286</sup> El principio de igualdad de género en la jurisprudencia comparada: Muestra analítica de criterios internacionales y nacionales, p. 58 [en línea]

<<http://www.tfca.gob.mx/work/models/TFCA/Resource/219/1/images/CAPITULO%20II.pdf>>

<sup>287</sup> *Ibidem*, p.64

<sup>288</sup> DECS (2017). Análisis Estadístico de la Ley 20.609: Una mirada desde el acceso a la justicia a cinco años de su vigencia, pp. 28-29

Al respecto cabe entender, de forma primaria, que las mujeres con discapacidad están sometidas al mismo tiempo, y de manera asociada, a la discriminación contra las mujeres y a la discriminación contra las personas con discapacidad. En consideración a ello, se ha manifestado que las barreras sociales y discriminatorias impuestas a ellas se ven profundizadas, desencadenando una discriminación aún más intensa y específica<sup>289</sup>.

Bajo tal premisa, es necesario resaltar la simultaneidad como elemento fundamental de este tipo de discriminación, carácter que lleva a que cuando una mujer con discapacidad sufre discriminación, no siempre es posible determinar si lo que motiva la discriminación es el género o la discapacidad o si el primero no tiene ninguna influencia en discriminaciones en las que predomina el segundo. No obstante, el tener a la vista la simultaneidad de las manifestaciones de discriminación hace más fácil percibir si hay más de una causa de discriminación reflejada en determinados hechos<sup>290</sup>.

En la teorización de la discriminación interseccional que sufren las mujeres con discapacidad se ha evidenciado que se manifiesta de distintos modos la intensificación, así, desde el punto de vista social, se les asocia características de fragilidad femenina asociadas y suelen ser más infantilizadas y sobreprotegidas. Además, se les deniega tanto los roles negados a las demás mujeres como los que podrían llamarse estereotípicamente femeninos<sup>291</sup>.

En virtud de tales consideraciones es que no sólo se alude al sexismo y a la discriminación contra personas con discapacidad, sino además, a un “factor adicional” como los aspectos más relevantes del sistema sociocultural en vigor para comprender la discriminación interseccional que enfrentan las mujeres con discapacidad. Este factor adicional, mencionado por WILLIAM HANNA Y BETSY ROGOVSKY no es más ni menos que el conjunto de factores que afecta especialmente a este colectivo: factores como la inadecuación social, el cuidado de las personas con discapacidad, que comúnmente es atribuido a las mujeres y, en el caso de que sea mujer con discapacidad, el prejuicio de que no está habilitada para cumplir su rol social. Considerándolas, por tanto, como inadecuadas a los roles de símbolo sexual y pareja<sup>292</sup>.

Por otra parte, CATHERINE HARNOIS Y MOSI IFATUNJI, resaltan la existencia de una dimensión espacial de este tipo de discriminación, determinada por jerarquías de raza, género, clase, sexualidad y capacidades. En otras palabras, que la posibilidad de sufrir discriminación y la forma en que se presenta depende del ambiente del cual es parte el individuo.

---

<sup>289</sup> CARVALHO, A. *Loc. Cit.*

<sup>290</sup> *Ibidem.* p. 18

<sup>291</sup> *Ibidem.* p. 17

<sup>292</sup> *Loc. Cit.*

En tal orden, este punto en específico es ilustrativo cómo en las mujeres con discapacidad las barreras existentes en un espacio social (no solo de carácter arquitectónico, sino también actitudinal y cognitivo), se ven aumentadas en ámbitos particularmente femeninos<sup>293</sup>. Referente a esto consta en la Observación general 3: mujeres y niñas con discapacidad, de 2016, del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, que equipos e instalaciones de atención de la salud, incluidos los aparatos de mamografía y las camillas para exámenes ginecológicos, suelen ser físicamente inaccesibles para las mujeres con discapacidad<sup>294</sup>.

Asimismo, en la comprensión de cómo opera la discriminación interseccional y el impacto de esta discriminación AYESHA VERNON se posiciona como referente a partir de su experiencia personal como mujer con discapacidad y negra. Al respecto, relata que en materia de empleo ha padecido discriminación por la discapacidad, el racismo y el sexismo. Así, da cuenta que sufrió el racismo de su supervisora blanca al trabajar en una organización benéfica para personas discapacitadas, y cómo descubrió que su discapacidad la separaba de los demás compañeros negros en el trabajo en una organización negra encargada de promover las relaciones raciales<sup>295</sup>.

Lo anterior, denota la complejidad de este tipo de discriminación al poner el relato de manifiesto como hasta personas que luchan en contra del racismo, las mujeres contra el sexismo y las personas discapacitadas en contra la segregación, no son conscientes de los propios prejuicios contra otros grupos minoritarios oprimidos<sup>296</sup>.

Ahora, si bien desde la teorización es imperante un desarrollo sobre elementos relevantes en la discriminación que sufren las mujeres con discapacidad, al tener como foco la interseccionalidad, no hay que olvidar que distan de ser un colectivo homogéneo cuya identidad esté basada en esta “doble discriminación”. Es necesario, según palabras de PILAR GONZÁLEZ, contextualizar la posición económica, política y social de las mujeres con diversidad funcional dentro de la cultura de la discapacidad en un intento de romper su imposición de categorías monolíticas<sup>297</sup>. Es decir, en el fondo, en la discriminación

---

<sup>293</sup> *Ibidem*. pp. 17-18

<sup>294</sup> Numeral 42 de la Observación general 3: mujeres y niñas con discapacidad, de 2016, del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas [en línea] <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6OkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsnbHatvuFkZ%2Bt93Y3D%2Baa2oLCHc5Ye5y0yX37Gpo%2FkmbZl1QeKTg7cNEuS%2FzKc3xGM7PD4P8YrjsNLHbSyyH3%2BpDNGpobvX%2B6Zw74L1Z2GWT>>

<sup>295</sup> GONZÁLEZ, P. (2014). Las mujeres con discapacidad y sus múltiples desigualdades: un colectivo todavía invisibilizado en los Estados latinoamericanos y en las agencias de cooperación internacional. XIV Encuentro de Latinoamericanistas españoles. p. 2750

<sup>296</sup> *Loc. Cit.*

<sup>297</sup> GONZÁLEZ, P. (2014). *Op. Cit.* p. 2751

interseccional se requiere aplicar una perspectiva interseccional más amplia que los factores que determinan la discriminación específica.

Lo cual responde a la idea de que categorías como la raza, etnia, orientación sexual, origen nacional o el estrato socioeconómico, entre otras, configuran identidades múltiples que contribuyen a crear capas de desigualdades que interactúan simultáneamente en una sola persona<sup>298</sup>. Y que por supuesto, el derecho no puede pasar por alto.

### **c) Esquemas argumentativos en la prueba de la discriminación**

No obstante los distintos tipos de discriminación desarrollados, en el ámbito probatorio, la principal distinción radica en la discriminación directa e indirecta. Puesto que tal como se conceptualizó la discriminación múltiple y la discriminación interseccional, aquellas se diferencian en la medida que concurren diversos motivos o causas de discriminación, sin embargo, aquello no excluye que donde la distinción se aprecia, es en la norma, práctica o criterio, o bien en los resultados<sup>299</sup>, es decir, en una discriminación directa o indirecta.

Quedando claro que la discriminación directa e indirecta operan como tipos de discriminación marco al ser las manifestaciones de la distinción<sup>300</sup>, es necesario comprender cuáles son los esquemas argumentativos y la evidencia necesaria para probar ambos tipos de discriminación.

Según el razonamiento de ANA MARÍA IBARRA, conforme a la conceptualización tradicional de la discriminación directa, manifiesta que el trato diferenciado es percibido en la práctica o regla, por lo que el escrutinio se centra en estas últimas. Es decir, la distinción se presenta como evidente en el momento, y lo que se discute con mayor profundidad es si esta está justificada<sup>301</sup>.

La discriminación indirecta, en cambio, al requerir la evaluación de los resultados o consecuencias desproporcionados, existirán dos momentos de evaluación. En primer término, determinar si la norma o práctica genera un impacto desproporcionado y, en segundo lugar, si ese impacto es injustificado<sup>302</sup>. Sobre ello, coincidimos con la autora en cuanto evidencia como complejidades asociadas a este tipo de discriminación el cómo se determina o qué debe considerarse para calificar que un resultado es

---

<sup>298</sup> GONZÁLEZ, P. (2014). *Op. Cit.* p. 2737

<sup>299</sup> IBARRA, A. (2021). La prueba de la discriminación. *DISCRIMINACIÓN, Piezas para armar.* p. 217

<sup>300</sup> *Ibidem.* p. 221

<sup>301</sup> *Ibidem.* p. 223

<sup>302</sup> *Loc. Cit.*

desproporcionado, y la confusión de quién debe afectarse, es decir, si debe afectar al grupo protegido o de forma específica al individuo que demanda<sup>303</sup>.

Dentro de los esquemas argumentativos para probar la discriminación, ANA MARÍA IBARRA ha desarrollado teóricamente ambos tipos de discriminación desde la formulación de un caso *prima facie*. En la discriminación directa, en su caso, la formulación de un caso *prima facie* demanda establecer si la norma, práctica o criterio establece una distinción y si ésta se encuentra basada en una categoría protegida<sup>304</sup>. En ese sentido, “basta con identificar a la norma, práctica o criterio que afecta a un grupo protegido”<sup>305</sup>.

Por otra parte, se establece un caso *prima facie* de discriminación indirecta cuando el demandante muestra (i) la existencia de una norma, práctica o criterio, (ii) el impacto desproporcionado en el grupo protegido al que el demandante pertenece; y (iii) que dicho impacto está de alguna manera conectado o correlacionado con la norma, práctica o criterio<sup>306</sup>.

De tales exigencias, continuando con el razonamiento de la autora, la mayor dificultad se encuentra en lograr demostrar al tribunal la existencia del impacto diferenciado o adverso<sup>307</sup>, puesto que su determinación es eminentemente comparativa respecto otros grupos<sup>308</sup>. Es por ello que se ha destacado el rol de la evidencia estadística en los casos de discriminación indirecta, al “ofrecer herramientas llamadas genéricamente medidas de asociación, que ayudan a establecer cuán grandes o pequeñas son las diferencias entre variables relacionadas”<sup>309</sup>.

No obstante, este tipo de evidencia está lejos de ser pacífica, puesto que no existe claridad respecto de la demostración del impacto diferenciado, es decir, cual es el rango de un impacto desproporcionado. Si lo hay cuando la diferencia es "estadísticamente significativa" o "estadísticamente alta", o si basta con que esta desproporción sea "considerable". Por otra parte, tampoco hay criterios para elegir que grupos comparar, cómo establecer el tamaño y el periodo de las muestras para establecer la desproporción<sup>310</sup>.

A lo expuesto, cabe tener presente que el límite de las pruebas estadísticas está en que, a pesar de ser útil para mostrar resultados estadísticamente significativos, sólo indica la asociación de dos eventos, no

---

<sup>303</sup> *Loc. Cit.*

<sup>304</sup> *Ibidem.* p. 224

<sup>305</sup> *Ibidem.* p. 225

<sup>306</sup> *Ibidem.* p. 229

<sup>307</sup> *Ibidem.* p. 231

<sup>308</sup> GILES, A. (2018). *Op. Cit.*, p. 29.

<sup>309</sup> *Loc. Cit.*

<sup>310</sup> IBARRA, A. (2021). *Op. Cit.*, p. 231

necesariamente que uno fue causa del otro<sup>311</sup>. E incluso, es posible que la desventaja sea consecuencia de varias razones operando juntas<sup>312</sup> y en tales casos, la prueba estadística perderá relevancia.

## **2. Formulación de un principio pro discriminado en el procedimiento antidiscriminatorio**

Conforme ha señalado FERNANDO MUÑOZ, no es posible desatender a la vulnerabilidad y el desempoderamiento que acompañan al fenómeno discriminatorio. En ese sentido, al igual que otras posiciones de relativa debilidad, como la situación del individuo enfrentado al poder punitivo estatal o la situación del trabajador enfrentado al poder de mando de su empleador, en los casos de discriminación es necesario adoptar la misma racionalidad que recomienda la adopción en el derecho penal del principio pro reo y en el derecho laboral del principio pro operario, por tanto, la adopción de un similar principio pro discriminado como criterio rector del derecho antidiscriminación<sup>313</sup>.

Siendo necesaria en cuanto conlleva una interpretación finalista de las normas respecto de discriminación, la cual, realiza una labor de directriz al no olvidar que el objetivo que persiguen las normas contra la discriminación es, precisamente, combatir la discriminación, y en definitiva, poner fin a conductas discriminatorias, reparar los daños producidos por ellas, y evitar su reiteración en lo sucesivo, compensando así el relativo desempoderamiento de los individuos pertenecientes a grupos históricamente desaventajados<sup>314</sup>.

Por otra parte, da sistematicidad al conjunto de normas contra la discriminación vigentes en nuestro sistema jurídico, eficacia de la acción contra la discriminación<sup>315</sup>, y adicionalmente bajo nuestro criterio, fija un elemento clave para una vislumbrar criterios y razonamientos que obstaculicen e incluso produzcan discriminaciones.

## **3. Aplicación de la perspectiva de género**

El concepto de *gender mainstreaming* apareció por primera vez en el ámbito internacional en los años setenta a raíz de la declaración de la Década de las Mujeres, realizada por Naciones Unidas en 1975, y tuvo gran difusión en las Conferencias sobre las Mujeres de Naciones Unidas celebradas en Nairobi en 1985 y en Beijing en 1995<sup>316</sup>. Comenzó a tomar relevancia a partir de 1995 luego que la Cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer adopta como una de sus principales metas la eliminación de las inequidades entre hombre y mujeres<sup>317</sup>.

---

<sup>311</sup> *Ibidem*. pp. 233-234

<sup>312</sup> *Ibidem*. p. 235.

<sup>313</sup> MUÑOZ, F. (2018). La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación. *Revista de derecho (Valdivia)*, 31(2). p. 177

<sup>314</sup> *Ibidem*. p. 178

<sup>315</sup> *Ibidem*. p. 178-179

<sup>316</sup> CUENCA, E. (2018). Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género. *Teoría y realidad constitucional*, (42), p. 315

<sup>317</sup> SECRETARÍA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA CORTE SUPREMA (2019). Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. Santiago, Poder Judicial p. 60

Actualmente, la perspectiva de género ha sido conceptualizada como un “método o herramienta de análisis destinado al estudio de las construcciones culturales y las relaciones sociales que se tejen entre hombres y mujeres, identificando en su trasfondo, aquellas formas de interacción que marcan pautas de desigualdad y discriminación entre los géneros”<sup>318</sup>. Por consiguiente, la aplicación de la perspectiva de género conlleva en esencia el análisis sexo/género para lograr entender e interpretar la construcción cultural de la diferencia sexual, la cual, simboliza y jerarquiza las creencias y prácticas asociadas a cada género <sup>319</sup>.

En tal sentido, es clave la conceptualización de la discriminación estructurada en relaciones de poder<sup>320</sup>, puesto que en lo que se refiere a la discriminación contra la mujer será necesario cuestionar y analizar el rol que juega la dinámica social y cultural en la determinación de las expectativas de lo femenino y masculino<sup>321</sup>, y además, la valoración social o status que otorgado a cada uno.

En este punto, es aclaradora la postura de DEBORAH HELLMAN consistente en la igualdad como igual consideración y respeto, y conforme la cual se entiende en consecuencia, que la discriminación se configura, cuando se establecen diferencias que lleva a que las personas sean consideradas como personas de menor valor<sup>322</sup>.

En consecuencia, la perspectiva de género se posiciona como la principal herramienta capaz de identificar cuando actos diferenciadores contra mujeres son en realidad actos discriminatorios, ello, en virtud de incorporar una postura reflexiva respecto la diferenciación sexual y construcción social del género que ha posicionado a las mujeres como colectivo en una situación de desventaja<sup>323</sup>.

#### **a) Enfoque de género y estereotipos de género en los actos discriminatorios**

Con el enfoque de género, es necesario tener claridad que lo que se busca es disolver los sesgos cognitivos, los estereotipos, los prejuicios asociados al género, que operan o pueden operar, desde la perspectiva de quien decide o adjudica, como barreras que impiden ver o comprender de manera integral el caso o situación que se debe juzgar<sup>324</sup>.

---

<sup>318</sup> *Loc. Cit.*

<sup>319</sup> *Loc. Cit.*

<sup>320</sup> DA SILVA VERNES-PINTO, R. (2020). Identidad etnoracial e interseccionalidad: un derecho de la antidiscriminación bajo una perspectiva descolonizante. *Opinión Jurídica*, 19(39), p. 193

<sup>321</sup> SECRETARÍA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA CORTE SUPREMA (2019). *Op. Cit.*, p. 60

<sup>322</sup> CARVALLO, D. (2021) ¿Menos iguales, libres o autónomos?: la fundamentación normativa del derecho de la discriminación. *DISCRIMINACIÓN, Piezas para armar*, pp. 8-9

<sup>323</sup> SECRETARÍA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA CORTE SUPREMA. (2019). *Op. Cit.*, p. 62

<sup>324</sup> SECRETARÍA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA CORTE SUPREMA. (2021). *Justicia con perspectiva de género*. p. 20

Como marco jurídico, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer vincula explícitamente los estereotipos de género con la discriminación contra la mujer, consignando la obligación de erradicar estereotipos de género explícitamente en el artículo 5(a) de la CEDAW y en los artículos 6(b) y 8(b) de la Convención Belém do Pará. En virtud de ello, en los que sigue nos abocaremos a abordar la interrelación entre discriminación, estereotipos y prejuicios.

Los estereotipos, por su parte, han sido definidos como “hipótesis relativas a las características y comportamientos de los miembros de los grupos sociales”, los cuales, funcionan como “generalizaciones o regla empíricas, atribuyendo idénticas características a todos los miembros de un grupo”. Tales como las características físicas, los rasgos de personalidad, habilidades, preferencias y comportamientos cotidianos<sup>325</sup>.

Ahora bien, siguiendo a REBECCA COOK Y SIMONE CUSACK, los estereotipos de género hacen referencia a “la construcción o comprensión de los hombres y las mujeres, en razón de la diferencia entre sus funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales”.<sup>326</sup> Lo que implica, "prescribir atributos, roles y comportamientos a los que se espera que hombres y mujeres se ajusten"<sup>327</sup>.

Por otra parte, el prejuicio se define como la actitud negativa hacia un grupo social o hacia una persona percibida como miembro de ese grupo, el cual tiene componentes cognitivo (creencias), afectivo (emociones) y comportamental (conducta)<sup>328</sup>. Así, los prejuicios sobre ciertas personas o colectivos es la valoración (positiva o negativa) sobre los mismos, en base a factores raciales, de clase, sexo-género, entre otros, que actúan como segregan y obstaculizan libertades económicas, políticas y sociales<sup>329</sup>.

Conforme a los conceptos precedentes, se ha considerado que la discriminación es el componente comportamental del prejuicio, y por lo tanto, su manifestación externa. En tal sentido, los estereotipos operan como prejuicio discriminatorio cuando se ignoran las características individuales de las personas, y se prescriben o se presume que existen otras características simplemente debido a la pertenencia del individuo a un grupo<sup>330</sup>. Es por ello que, los científicos sociales han conceptualizado la discriminación

---

<sup>325</sup> VILADOT, M. y STEFFENS, M. (2017). Estereotipos de género en el trabajo. Editorial UOC. p. 18

<sup>326</sup> COOK, R. y CUSACK, S. (2009). Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives, University of Pennsylvania Press. p. 1

<sup>327</sup> *Ibidem*, p. 18

<sup>328</sup> BERGES, B. (2008). Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio. *Iniciación a la investigación*, (3). p. 1

<sup>329</sup> LÁZARO, R., & JUBANY, O. (2017). Interseccionalidad del género y mercado de trabajo postfordista. *La ventana. Revista de estudios de género*, 5(46) p. 209

<sup>330</sup> COOK, R. y CUSACK, S. (2009). *Op. Cit.*, p. 9

tradicionalmente como el tratamiento desigual desfavorecedor a un sujeto o grupo, como consecuencia del prejuicio<sup>331</sup>.

En tal orden de ideas, para determinar si estamos ante un acto discriminatorio será menester tener a la vista la concurrencia de arquetipos o estructuras de representación de género que respondan a estereotipos de género. Los cuales pueden corresponderse, según la clasificación de REBECCA COOK Y SIMONE CUSACK, con (i) estereotipos de sexo, los cuales se enfocan en las diferencias físicas biológicas entre hombres y mujeres; (ii) estereotipos sexuales, los cuales aluden a la interacción sexual entre hombres y mujeres; incluyendo, por ejemplo, la iniciación sexual, la intimidad, la posesión y la cosificación; (iii) estereotipo sobre los roles sexuales; describen una visión normativa o estadística con respecto a los roles o comportamientos apropiados para hombres y mujeres y, (iv) estereotipos compuestos, los cuales interactúan con otros estereotipos que asignan atributos, características o roles a diferentes subgrupos de mujeres<sup>332</sup>.

Sobre estos últimos, CARRIE GRIFFIN proporciona como ejemplo el caso de las mujeres con discapacidades mentales y/o físicas en la profesión jurídica. Las mujeres con discapacidades son calificadas como débiles, inadecuadas y dependientes. Por lo tanto, pueden resultarles muy difícil obtener y mantener ciertos tipos de empleo, como en los grandes bufetes de abogados, independientemente de sus atributos o capacidades reales<sup>333</sup>.

De forma complementaria, respecto los estereotipos de género se han destacado distintos esquemas, tales como el esquema de emparejamiento, esquema de protección, esquema mujer/cuerpo y hombre/mente, rasgos femeninos, y el reparto tradicional de los roles.

En cuanto al esquema de emparejamiento, este alude a cómo el imaginario social concibe que la mujer debe ser joven y bella, con cuerpo esbelto y piel blanca. El esquema de protección, por otra parte asume una representación de la mujer dependiente, princesa, hada, diosa, virgen; que necesita de un protector, representado por un hombre viril, autónomo y sabio. El esquema mujer/cuerpo, hombre/mente, a su vez, se asocia a los hombres como trascendentes e importantes, sus éxitos son consecuencia de su valía, mérito y esfuerzo, en cambio, a las mujeres se les representa como superficiales e insignificantes, sus éxitos son atribuciones de otros, logros sin esfuerzo. En cuanto a los rasgos femeninos, la mujer es mayoritariamente asociada con la sensualidad y el erotismo, como un “objeto decorativo”, como premio para el hombre. Finalmente, en cuanto al reparto tradicional de los roles, socialmente se atribuyen a los géneros roles estereotipados tales como el hombre seductor, encargado de la producción social y del ámbito público,

---

<sup>331</sup> BERGES, B. (2008). *Op. Cit.*, p. 2

<sup>332</sup> COOK, R. y CUSACK, S. (2009). *Op. Cit.*, pp. 28-31

<sup>333</sup> *Ibidem.* pp. 73-75

agresivo y proclive al mal genio. Frente a la mujer seducida, afectiva, reproductora, esposa, madre, ama de casa y, por lo tanto, la encargada de las tareas domésticas y de todo lo relacionado con el ámbito privado y familiar<sup>334</sup>.

La relevancia de un análisis directo sobre la concurrencia de estereotipos de género en actos discriminatorios contra las mujeres radica en que estos contribuyen a la estratificación social y actúan para subordinar a las mujeres en contextos más amplios<sup>335</sup>, dado que la aceptación de estos roles es la que crea la identidad de género y a su vez la discriminación y desigualdad basada en el género.

En consecuencia, con su identificación se busca crear conciencia sobre los daños asociados con los estereotipos de género y erradicar la desigualdad resultante de esta valoración social que impide que ambos géneros tengan el mismo acceso a oportunidades para su desarrollo personal y colectivo<sup>336</sup>.

Para ello, REBECCA COOK Y SIMONE CUSACK, indican como preguntas iniciales: "¿Una ley, política o práctica perjudicó o anuló alguno de los derechos humanos o libertades fundamentales de una mujer?" y "¿Estaba justificada la aplicación o perpetuación de un estereotipo de género en una ley, política o práctica?" (pág. 106).

#### **b) Aproximación interseccional del género**

En la construcción del género, se ha reconocido que el género se ve permeado y transversalizado por otras condiciones objetivas y subjetivas de la vida de las personas, como, por ejemplo: su cultura, etnia, clase social, edad, religión, su planteamiento político, la historia de su comunidad, su historia familiar, o el estrato socioeconómico.<sup>337</sup>

En razón de ello, la perspectiva interseccionalidad se ha posicionado como la herramienta analítica que nos permitiría comprender las discriminaciones y privilegios de las personas, a partir de su categorización<sup>338</sup>, en tanto, tal como lo hemos desarrollado, se posiciona desde el reconocimiento de que las personas comportan identidades múltiples constituidas por varios factores que se derivan de los procesos de socialización, las relaciones sociales, la historia de vida y la operación de las estructuras de poder.

Por consiguiente, exige que ya no sólo atender al sistema sexo-género, sino a todos los tipos de opresión, exclusión y marginación, como lo son el clasismo, sexismo, racismo, heterosexismo; sin priorizar ninguno

---

<sup>334</sup> ORMUSA. (2020). *Op Cit.*, p. 39

<sup>335</sup> COOK, R. y CUSACK, S. (2009). *Op. Cit.*, p. 32

<sup>336</sup> SECRETARÍA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA CORTE SUPREMA. (2019). *Op. Cit.*, p. 60

<sup>337</sup> *Loc. Cit.*

<sup>338</sup> LÁZARO, R., & JUBANY, O. (2017). *Op. Cit.*, pp. 210-211

de ellos de antemano, sino en forma contextual y situacional<sup>339</sup>. Es por ello que una persona, al pertenecer a más de una comunidad social, puede experimentar presiones y privilegios de manera simultánea.

En tal orden de ideas, desde una perspectiva interseccional se busca dar cuenta del carácter dinámico de las relaciones sociales, las cuales según DANIÈLE KERGOAT, son (i) “consustanciales en la medida en que generan experiencias que no pueden ser divididas secuencialmente sino para efectos analíticos, y (ii) son co-extensivas porque se coproducen mutuamente”<sup>340</sup>. Lo cual conlleva en la práctica, que ocasiones, el género crea la clase, como cuando las diferencias de género producen estratificaciones sociales en el ámbito laboral. En otras, las relaciones de género refuerzan las relaciones sociales de raza, como cuando se feminiza a los hombres indígenas o se hipermasculiniza a los hombres negros; y a la inversa, las relaciones raciales dinamizan relaciones de género, como lo es la creación de jerarquías entre feminidades y masculinidades a partir de criterios raciales<sup>341</sup>. En resumen, “la consustancialidad y la co-extensividad de las relaciones sociales significa que cada una de ellas deja su impronta sobre las otras y que se construyen de manera recíproca”<sup>342</sup>.

No obstante, aun ante un amplio reconocimiento de esta perspectiva en expresiones emitidas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer –CEDAW- que la define como “un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2º de la Convención,<sup>343</sup> no existe claridad respecto que conlleva su correcta aplicación. Lo cual es lógico, ya que en el mismo pesamiento crítico feminista, autoras como KATHY DAVIS consideran que el intento desestabilizar y sistematizar este enfoque no es necesariamente un avance, ya que la fuerza de esta perspectiva radica precisamente en la vaguedad<sup>344</sup>.

Dentro de la deficiencia de su implimentación, consideramos que lo más crítico son los niveles de análisis que debe comprender. Para autoras como PATRICIA HILL COLLINS, la interseccionalidad requiere abordar cuestiones tanto macrosociológicas como microsociológicas, lo cual en los hechos, conlleva una divergencia de perspectivas según si el análisis se torna introspectivo y concentra en la narración de las identidades o si se enfoca en las estructuras de poder<sup>345</sup>.

---

<sup>339</sup> VIGOYA, M. (2016). La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación. Debate feminista, 52, p. 13

<sup>340</sup> *Ibidem.* p. 7

<sup>341</sup> *Loc. Cit.*

<sup>342</sup> *Loc. Cit.*

<sup>343</sup> SECRETARÍA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA CORTE SUPREMA. (2019). *Op. Cit.*, p. 39

<sup>344</sup> VIGOYA, M. (2016). *Op. Cit.*, p. 6

<sup>345</sup> *Loc. Cit.*

A nuestro parecer, una posible vía de acción en la implementación de esta perspectiva sería insertarla dentro del análisis de determinación de la desventaja que sustituiría el test de comparabilidad<sup>346</sup>, el cual, tendría más sentido que se realizara de forma previa al examen de razonabilidad y proporcionalidad, en la medida que permitiría determinar la posición social, contextual y situacional de quien alega la discriminación.

Ahora bien, también cabe la legítima duda de cuáles serían las categorías relevantes en esta determinación. Sobre ello, si bien consideramos que dependería del caso a caso, también estimamos que cómo linamiento general sería adecuado establecer como mínimo en las configuraciones sociales particulares, la raza, clase y género<sup>347</sup>. En tanto, en el mismo desarrollo de la interseccionalidad, se los ha considerado como inseparables empíricamente<sup>348</sup>.

Así, situada la desventaja específica desde una óptica interseccional del género, estarían las bases para proceder a especificar patrones sociales de discriminación y precisar los estereotipos o prejuicios sociales concretos que afecten al grupo en su composición más específica, como paso previo a la argumentación sobre la justificación<sup>349</sup>. En concreto, dejar en evidencia los patrones sociales, estereotipos y prejuicios para evitar, tal como hemos ya indicado, la justificación de discriminaciones en base a pautas culturales que mantengan el *statu quo*<sup>350</sup>.

## Conclusiones

El presente trabajo ha buscado problematizar la actual ley antidiscriminación desde los aportes del *ius feminismo* a efectos de lograr que la acción de no discriminación sea capaz de cumplir con su finalidad de combatir eficazmente la discriminación, y en especial la discriminación contra la mujer.

En este sentido, en el desarrollo del derecho a la igualdad y no discriminación en clave feminista, se pudo evidenciar de forma patente la necesidad de una reformulación desde los cimientos. Al respecto, podemos concluir que la forma en que actualmente se hace frente a las normas, conductas y prácticas discriminatorias no es más que una reducción simplista del fenómeno discriminatorio.

A su respecto, en análisis crítico de la concepción liberal de la igualdad y no discriminación se advirtió como principal dificultad la neutralidad en la consideración del sujeto, lo cual en la práctica llevaba

---

<sup>346</sup> GERARDS, J. (2005). *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, pp. 669-675

<sup>347</sup> VIGOYA, M. (2016). *Op. Cit.*, p.10

<sup>348</sup> *Loc. Cit.*

<sup>349</sup> TIMMER, A. (2011). "Towards an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights". *Human Rights Law Review*, p. 722

<sup>350</sup> AÑÓN, M. (2013). *Op. Cit.*, p. 140

a la reducción de la discriminación como falta de razonabilidad en el criterio de diferenciación, y, por ende, como una práctica o conducta con carácter intencional.

Lo cual, no sólo genera problemas en el ámbito probatorio de la discriminación, sino que, en el fondo, desconoce la esencia de los actos discriminatorios, en tanto, responden a normas, pautas, roles y estereotipos que se consolidan en relaciones de poder de carácter intergrupales en términos de subordinación, dominación u opresión, y que la actual fórmula en que la discriminación no es capaz de confrontar.

En razón de ello, se presentaron como puntos clave la necesidad del tratamiento de la discriminación como desigualdad de estatus, la relevancia del carácter grupal en la configuración de las asimetrías de poder que excluye la relevancia de la intencionalidad discriminatoria, y el rol de la interseccionalidad en la operatividad de la discriminación, que al atender a las diferencias de privilegios y poder, se identifican experiencias discriminatorias significativamente distintas en virtud de cómo se relacionan y confluyen distintos sistemas de opresión (sexismo, racismo, homofobia, clasismo, etc.) en el sujeto.

Lo cual, encuentra sustento normativo en la Convención Belem do Pará como el principal y único instrumento -vinculante para nuestro país- concordante con la incorporación de la perspectiva de la discriminación estructural en materia de violencia de género, en reconocer las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, y considerar los patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basados en conceptos de inferioridad o subordinación.

Posteriormente, en el análisis del actual procedimiento antidiscriminatorio se pudo dar cuenta que aun omitiendo los graves falencias en las bases de un efectivo derecho antidiscriminatorio, el procedimiento no cumple con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto a los principales principios que la componen. Siendo principalmente críticas la ausencia de reparación y las reglas de distribución, puesto que ante la precariedad, y por no decir, nula argumentación de fondo sobre la operatividad de la discriminación, la carga de la prueba se posicionó como el principal factor de relevancia en la efectividad de la acción.

En ese sentido, consideramos adecuada y necesaria la adopción de una fórmula de la prueba de apariencias o prueba de indicios como mecanismo idóneo para lograr la facilidad probatoria que exige un sistema garantista y eficaz en la protección de los derechos. No obstante, reconocemos que, por una parte, en sentido alguno se aboga en desmedro del ejercicio probatorio, y por otra, su implementación supone grandes desafíos en consideración qué indicios se considerarán suficientes en casos de discriminación más complejas, como lo sería los casos de discriminación múltiple e interseccional.

Adicionalmente, tal como se manifestó, resulta claro que la satisfacción de dar por cumplida su carga probatoria no conlleva dar por sí probados los hechos alegados. En tal orden de ideas, la operatividad de tal mecanismo, quedará sujeto a que la parte demandante no aporte elementos que desacrediten la sospecha racional en el juzgador de que se ha producido una discriminación o la percepción de la existencia de un contexto discriminatorio. En conclusión sobre aquello, entendemos que el foco en el ámbito procesal radica en el razonamiento de la discriminación, más que en el debate entorno a las cargas procesales.

Es en consecuencia de ello que, desde el análisis conceptual de los distintos tipos de discriminación y la crítica a las mismas en su falta de coherencia respecto al modelo de discriminación abogado, es decir, como desigualdad de estatus, concluimos que sólo con la incorporación de un enfoque de género y estereotipos de género, desde una aproximación interseccional del mismo en el razonamiento de los hechos de los actos discriminatorios, será posible superar la búsqueda de establecer elementos de facilidad probatoria, que no poseen base epistémica ni se encausan a la obtención de un acervo probatorio que facilite la labor de los jueces y juezas.

Ahora bien, tal como planteamos, aquello trae como desafío la delimitación de criterios que guíen el razonamiento de la discriminación que reduzcan la relatividad del caso a caso, en cuanto la consideración del carácter dinámico de las relaciones sociales en la operatividad de la discriminación.

## Bibliografía

- 1) AGUILÓ REGLA, J. (2006). Presunciones, verdad y normas procesales. *Isegoría*, 35 (diciembre).
- 2) ÁLVAREZ, D. (2011). La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en Azcárraga Monzonís, C. (Coord.), *Derecho y (des)igualdad por razón de género. Una visión multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- 3) ALVEAR, J. y COVARRUBIAS, I. (2012). “Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación “antidiscriminación””, en *Actualidad jurídica*, N°26.
- 4) AÑÓN, M. (2010). Autonomía de las mujeres: una utopía paradójica. En: M. Ramiro y P. Cuenca (ed.), *Los derechos humanos: La utopía de los excluidos*, Madrid, Dykinson.
- 5) AÑÓN, M. (2016). Discriminación racial: el racismo institucional desvelado. En: *La justicia y los Derechos Humanos en un mundo globalizado*, Madrid, Dykinson.
- 6) AÑÓN, M. (2008). Prólogo. En R. Mestre e I Mestre (coord.), *Mujeres, derechos y ciudadanías* Valencia, Tirant lo Blanch.
- 7) AÑÓN, M. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, (39).
- 8) ARAMENDI SÁNCHEZ, J. (2007). Derivaciones procesales de la Ley de igualdad (LO 3/2007). *Aranzadi social*, (5).
- 9) BARBERA, M. (2016). Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea. *Interdisciplina*, 4(8).
- 10) BARBERA, M. (2017). Interseccionalidad = Intersectionality. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 0(12)
- 11) BARRANCO, M. (2011). Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos (Vol. 47), Madrid, Dykinson.
- 12) BARRÈRE, M (2001). Problemas del derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, (60).
- 13) BARRERÉ, M (2018). Filosofías del Derecho antidiscriminatorio: ¿qué Derecho y qué discriminación?: una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio. *Anuario de filosofía del derecho*, (34).
- 14) BARRERÉ, M y MORONDO. (2011). Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. En: *Igualdad y derecho antidiscriminatorio*, Igualdad y derecho antidiscriminatorio.
- 15) BODELÓN, E. (2009). La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la tradición jurídica del feminismo. *En: Género, violencia y derecho*, Buenos Aires:, Ediciones del Puerto.
- 16) BORDALÍ, A. (2011): Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la Tutela Judicial, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile (vol.38, N°2).
- 17) CARVALHO, A. (2018). Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad. *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, (7).

- 18) CASAS, L, Y LAGOS, C. (2014): Análisis Crítico de la Acción de No Discriminación Arbitraria a la Luz de los Primeros Casos, en Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile N°10
- 19) CASTILLEJO MANZANARES, R. (2017). La carga de la prueba en los procesos civiles por discriminación, en Torres García, T. F. (Dir.), La feminización del Derecho privado (Rosario Valpuesta, in memoriam), Tirant lo Blanch, Valencia.
- 20) CODDOU, A. , SCHÖNSTEINER, J. , Y VIAL, T. (2013). La Ley Antidiscriminación: Avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile. Informe anual sobre derechos humanos en Chile (Universidad Diego Portales).
- 21) COUSO, J. (2012). Acerca de la pertinencia de la nueva ley de no discriminación para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile. Revista de Derecho Público Iberoamericano.
- 22) COUTURE., E. (1976). Vocabulario Jurídico. Ediciones De palma. Buenos Aires.
- 23) CUBILLOS J. (2015). La importancia de la interseccionalidad para la investigación feminista. Oxímora revista internacional de ética y política, (7).
- 24) CUCARELLA GALIANA, L. (2019). Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y jurisdicción. Especialidades en los procesos por discriminación: amparo ordinario, constitucional y europeo, Wolters Kluwer, Madrid.
- 25) DE GUEVARA, J. (1988). El principio de prueba en el proceso civil español (Doctoral dissertation, Universidad de Córdoba).
- 26) DECS (2017). Análisis Estadístico de la Ley 20.609: Una mirada desde el acceso a la justicia a cinco años de su vigencia
- 27) DEVIS ECHANDÍA, H. (1988). Teoría General de la Prueba.
- 28) DÍAZ DE VALDÉS, J. (2013). ¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una ley general antidiscriminación? Actualidad Jurídica, 14(28).
- 29) DÍAZ DE VALDÉS, J. (2014). La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados. Revista de derecho (Valparaíso), (42).
- 30) DÍAZ DE VALDÉS, J. (2017): “Cuatro Años de la Ley Zamudio: Análisis Crítico de su Jurisprudencia”, en Estudios Constitucionales, Universidad de Talca (vol.15, N°2).
- 31) EXPÓSITO, C. (2012). ¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España. *Investigaciones feministas*, 3(1).
- 32) FACCHI, A. (2005). El pensamiento feminista sobre el Derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires, 3(6).
- 33) FACIO, A. (1999). Hacia otra teoría crítica del derecho. *Género y Derecho. Colección Contraseña Estudios de Género. Serie Casandrea. Santiago: lom.*  
---
- 34) BERGES, B. (2008). Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio. *Iniciación a la investigación*, (3).
- 35) CARVALLO, D. (2021) ¿Menos iguales, libres o autónomos?: la fundamentación normativa del derecho de la discriminación. *DISCRIMINACIÓN*, Piezas para armar.

- 36) COOK, R. y CUSACK, S. (2009). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press.
- 37) DA SILVA VERNES-PINTO, R. (2020). Identidad etnoracial e interseccionalidad: un derecho de la antidiscriminación bajo una perspectiva descolonizante. *Opinión Jurídica*, 19(39).
- 38) FERNANDEZ, M. (2006) La carga de la prueba en la práctica judicial civil, La Ley, Madrid.
- 39) FERNÁNDEZ, M. F. (2008). La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género.
- 40) FERRER, J. (2019). La carga dinámica de la prueba: entre la confusión y lo innecesario.
- 41) GARCIA, E. y CONTRERAS, P. (2013). El Derecho a la Tutela Judicial y al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno, en *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca (vol.11, N°2).
- 42) GARCIA, E. y CONTRERAS, P. (2013). El Derecho a la Tutela Judicial y al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno, en *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca (vol.11, N°2).
- 43) GARCÍA, J. (2018). Perspectiva de género, estándar de prueba y ventajas probatorias asimétricas. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, (48).
- 44) GERARDS, J. (2005). *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff.
- 45) GIANNINI, L. (2019). Revisando la doctrina de la carga dinámica de la prueba. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales.
- 46) GIL, A. (2010): “Cargas Probatorias Dinámicas. Una Solución ante la Dificultad Probatoria”, en *Revista de Estudios Ius Novum*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (N° 3)
- 47) GILES, A. (2018). Impacto discriminatorio y razonamiento probatorio: Sobre la distribución del riesgo probatorio y la función epistémica de la estadística en los casos de discriminación indirecta.
- 48) GIMÉNEZ, D. (2004). Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional.
- 49) GIMENO, V. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid.
- 50) GOLBERG, S. (2011). “Discrimination by Comparison”. *120 Yale Law Journal*.
- 51) GOLDSHMIDT, J. (1936). *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona
- 52) GONZÁLEZ P. (2014). Las mujeres con discapacidad y sus múltiples desigualdades: un colectivo todavía invisibilizado en los Estados latinoamericanos y en las agencias de cooperación internacional. XIV Encuentro de Latinoamericanistas españoles.
- 53) GONZÁLEZ, I. (2019). Ley Zamudio en perspectiva. Derecho Antidiscriminación chileno frente a estándares de la Unión Europea. *Revista Tribunal Internacional*, 8(16).
- 54) HARRIS, A. (1990). Race and essentialism in feminist legal theory, *Stanford Law Review* 42, pp. 581-616
- 55) HENRÍQUEZ, F. (2019). Facilitación probatoria en el procedimiento de tutela laboral. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 10(20).
- 56) HUNTER AMPUERO, I. (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil: Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 22(1).
- 57) IBARRA, A. (2021). La prueba de la discriminación. *DISCRIMINACIÓN*, Piezas para armar.

- 58) IRIARTE, C. (2017). La ausencia del sujeto mujeres en la configuración del sujeto jurídico: Buscando caminos hacia la igualdad sustancial de mujeres y hombres. Tesis doctoral. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- 59) IRIARTE, C. (2018). La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, (14), (pp.55-76).
- 60) KITCHING, K. (2005). *Non-discrimination in international law: A handbook for practitioners*. Interights.
- 61) LÁZARO, R y JUBANY, O. (2017). Interseccionalidad del género y mercado de trabajo postfordista. La ventana. *Revista de estudios de género*, 5(46)
- 62) LEGUISAMÓN, H. (2006). *Las presunciones judiciales y los indicios*. Segunda edición. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- 63) LEGUISAMÓN, H. (2006). *Las presunciones judiciales y los indicios*. Segunda edición. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni
- 64) MARTÍN DIZ, F. Elementos clave en la tutela judicial del derecho de igualdad entre mujeres y hombres: pretensión, legitimación y prueba.
- 65) MENDONCA, D. (1998). Presunciones. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1(21) [En línea] <http://bit.ly/38wmcKB>.
- 66) MIRANDA VÁZQUEZ, C. (2015). «Prueba directa vs. prueba indirecta (un conflicto inexistente)». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38 (diciembre): Disponible en <http://bit.ly/2RLFPbF>.
- 67) MONTERO, J. (1993). La prueba. Consejo general del poder judicial.
- 68) MONTERO, J. (1996). *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid.
- 69) MONTERO, J. (2012). *La prueba en el proceso civil*, Thomson Reuters, Pamplona.
- 70) MONTERO, J., GÓMEZ, J.L. Y BARONA, S. (2018): *Derecho Jurisdiccional. Parte General*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 26ª edición, tomo I.
- 71) MONTERO, J., GÓMEZ, J.L., MONTÓN, A., y BARONA, S. (2005). *Derecho Jurisdiccional. Parte General*.
- 72) MUÑOZ, F. (2018). La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación. *Revista de derecho (Valdivia)*, 31(2).
- 73) MUÑOZ, F. (2015). “Estándares Conceptuales, Cargas Procesales y Reparación en el Litigio Antidiscriminación. Análisis Crítico de la Jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 a 2015”, Inédito.
- 74) NIEVA, J. (2011). “Los Sistemas de Valoración de la Prueba y la Carga de la Prueba: Nociones que Precisan Revisión”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Editorial Bosch (Nº3-4).
- 75) NIEVA, J. (2019). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida.
- 76) NIEVA, J, FERRER, J, y GIANNINI, L. (2019). *Contra carga de la prueba*, Marcial Pons.
- 77) NOGUEIRA, H. (2008): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Santiago, Chile, Librotecnia, tomo II.
- 78) ONU (1947). «Report of the 1st session of the Commission on the Status of Women to the Economic and Social Council (E/281/Rev.1), Economic and Social Council, 25 February 1947».
- 79) ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (2011). *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*.

- 80) ORMUSA. (2020). Herramientas de análisis sobre la aplicación del Derecho antidiscriminatorio y estándares internacionales de protección a derechos humanos de las mujeres en las resoluciones judiciales.
- 81) OTAZUA, G. (2021). Justicia en clave feminista: reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial.
- 82) PEÑA Y LILLO, G. (2020). La acción de no discriminación arbitraria a la luz de la tutela judicial efectiva. *Estudios constitucionales*, 18(1).
- 83) PÉREZ DAUDÍ, V. (2015). La "carga de la prueba" como medio procesal para la protección del derecho a la igualdad en el orden civil. *Justicia: revista de derecho procesal*, (1),
- 84) PÉREZ DAUDÍ, V. (2015). La "carga de la prueba" como medio procesal para la protección del derecho a la igualdad en el orden civil. *Justicia: revista de derecho procesal*, (1).
- 85) PEYRANO, J y CHIAPPINI, J. (1984). Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas.
- 86) PEYRANO, J. (1993). Desplazamiento de la carga probatoria Carga probatoria y principio dispositivo.
- 87) PEYRANO, J. (2004). cargas probatorias dinámicas.
- 88) RODRIGUEZ, A. (2020). La Carga De La Prueba en Supuestos De Discriminación. Su Regulación en El Proceso Civil.
- 89) ROSENBERG, L. (1956). La carga de la prueba, *colec. Ciencia del proceso*
- 90) SABA, R. (2019). Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?. Siglo XXI Editores.
- 91) SALOMÉ RESURRECCIÓN, L. (2019). A propósito del concepto «discriminación estructural». Una mirada crítica de la visión liberal tradicional de la discriminación.
- 92) SECRETARÍA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA CORTE SUPREMA (2019). Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. Santiago, Poder Judicial.
- 93) SECRETARÍA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA CORTE SUPREMA (2021). Justicia con perspectiva de género.
- 94) SERRET, E. A. (2006). Discriminación de género. Las inconsecuencias de la Democracia.
- 95) SQUIRES, J. (2009). Intersecting Inequalities. *International Feminist Journal of Politics*, 11(4).
- 96) TARUFFO, M. (2005). La prueba de los hechos. Traducido por Jordi Ferrer Beltrán. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta.
- 97) TIMMER, A. (2011). "Towards an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights". *Human Rights Law Review*.
- 98) VIGOYA, M. (2016). La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación. *Debate feminista*, 52.
- 99) VILADOT, M. y STEFFENS, M. (2017). *Estereotipos de género en el trabajo*. Editorial UOC.
- 100) VON BÜLOW, O. (1964). La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires,
- 101) YOUNG, I. (1990), La justicia y la política de la diferencia. Cátedra, Madrid

102) YOUNG, I. (2001). Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice. *The Journal of Political Philosophy*, 9(1).