

Informe en derecho

Acoso sexual y sexista

en el trabajo: revisión desde

la doctrina y jurisprudencia

Informe en derecho elaborado por el Profesor José Luis Ugarte Cataldo en el cual aborda conceptualmente el "Acoso sexual", incorporando definición, tipos y conductas constitutivas de acoso, entre ellos el acoso sexista. Además, analiza los estándares de prueba aplicables en procedimientos disciplinarios de investigación de denuncias de acoso sexual y problematiza la forma en que los tribunales de justicia en materia laboral se han enfrentado a esta materia. Lo anterior, con el objetivo de identificar aquellos aspectos que puedan ilustrar la labor de quienes investigan y resuelven las causas de acoso sexual laboral al interior del Poder Judicial.



ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	2
II. MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL	3
III. CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL LABORAL Y ACOSO SEXISTA	11
3.1.- Acoso sexual y sexista: concepto y elementos	11
3.2.- Tipos de acoso sexual en el trabajo y hechos constitutivos (elementos de prueba) de los mismos.....	20
3.2.1.- El hostigamiento sexual laboral.....	21
3.2.2.- Acoso sexual ambiental	26
3.2.3.-Acoso sexista	28
IV. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN ACOSO SEXUAL, GARANTÍAS Y ESTÁNDAR DE PRUEBA.....	30
4.1.- Investigación del acoso sexual: derechos fundamentales y proporcionalidad.....	30
A) Procedimiento y garantías legales:	31
B) Procedimiento y garantías constitucionales	34
¿Cómo opera el principio de proporcionalidad?	35
4.2.- Valoración de la prueba en el acoso sexual: estándar y declaración de la víctima	38
V. ACOSO SEXUAL Y SEXISTA: LA PERSPECIVA DE GÉNERO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO...	45
VI. CONCLUSIONES.....	49

INFORME EN DERECHO SOBRE ACOSO SEXUAL Y SEXISTA EN EL TRABAJO: REVISIÓN DESDE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Santiago, 30 de diciembre de 2020

I. INTRODUCCIÓN

Se ha solicitado al suscrito la elaboración de un informe en derecho sobre el acoso sexual y sexista en el Derecho del Trabajo chileno, evaluando desde una perspectiva crítica la forma en que la jurisprudencia laboral ha abordado dicha temática.

A efectos de su confección, se relevó y analizó jurisprudencia laboral tanto de los Tribunales de instancia, como Cortes de Apelaciones y Corte Suprema. El universo de sentencias analizadas fue -principalmente- el proporcionado por la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación, considerando como parámetro de búsqueda que las mismas hayan sido dictadas en los últimos dos años. Sin perjuicio de ello, se consideraron además sentencias de mayor antigüedad que por su relevancia resultan de interés para los fines del presente. El informe se estructura en torno a cuatro acápites, ordenados del siguiente modo, con los contenidos que se esbozan:

En primer lugar, la revisión del marco normativo tanto del derecho internacional como nacional, sobre la regulación del acoso sexual y sexista en las relaciones laborales.

En segundo lugar, la reconstrucción del concepto de acoso sexual y sexista en el ámbito de la legislación laboral, a la luz de las normas de tutela laboral y de regulación de la prohibición de acoso prevista en el Código del Trabajo.

En tercer lugar, el análisis del procedimiento de investigación y sanción de acoso sexual previsto en la legislación laboral nacional, con especial énfasis en las garantías de los afectados, como en la cuestión del estándar de prueba y la declaración de la víctima en el marco de la valoración judicial de los procesos laborales.

En cuarto lugar, la revisión del nexo entre la denominada perspectiva de género en la aplicación del derecho, y las normas de protección y sanción del acoso sexual y sexista en el marco de la regulación jurídica laboral nacional. Al final, se incluyen las conclusiones del informe.

II. MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL

La razón de que las distintas tradiciones jurídicas se doten de mecanismos de represión del acoso sexual en el ámbito laboral se encuentra en la idea del ejercicio de los derechos fundamentales al interior de las relaciones privadas y especialmente dentro del ámbito de las relaciones de trabajo asalariado. Así, como veremos en detalle, el acoso sexual corresponde a un ilícito pluriofensivo, porque los actos que lo constituyen lesionan diversos derechos de rango constitucional de la víctima: derecho a la integridad física, psíquica, intimidad, honra, no discriminación.

Estados Unidos es el país pionero en lo que a su regulación respecta. Es allí -además- donde se producen los primeros pronunciamientos jurisprudenciales y donde se llevan a cabo las primeras construcciones doctrinales, considerándose una problemática que contribuye a la inequidad en las oportunidades de empleo entre mujeres y hombres¹. En efecto, en 1980 la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de Estados Unidos aporta una definición pionera, que considera que constituyen acoso sexual: “Las proposiciones sexuales indeseadas, requerimientos para concesiones de tipo sexual y otras conductas físicas o verbales que constituyen acoso sexual en tres supuestos: 1. su cumplimiento se hace de manera explícita o implícita en términos o como condición para obtener el empleo, 2. su cumplimiento o la negación de su cumplimiento por un individuo es la base para tomar decisiones que afecten el empleo de dicho individuo, 3. tales conductas tienen el propósito o efecto de interferir sin razón en la eficiencia del trabajo de un individuo; o creando un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil y ofensivo.”

Se extraen de estas primeras definiciones una tipología clásica del acoso sobre la que volveremos más adelante. Por un lado, el chantaje sexual o acoso “quid pro quo” y, por otro, el acoso ambiental. El chantaje sexual alude a aquellas situaciones donde la negativa de una persona ante un requerimiento sexual es utilizada explícita o implícitamente como base para una decisión que afecta al acceso a la formación profesional, al empleo continuado, a la promoción laboral, al salario o a cualquier otra decisión sobre el empleo. El acoso ambiental, a su turno, es aquel que, sin recurrir al chantaje, genera para quien lo sufre un ambiente humillante, hostil e intimidatorio.

¹ Como apunta Lamas, “...en Estados Unidos, a principios de los años setenta en plena efervescencia feminista, se empiezan a dar litigios de mujeres que habían sido despedidas del trabajo por negarse a los avances sexuales de sus jefes, así como de otras que habían abandonado sus empleos por esa razón. Dichas denuncias de “sexual harassment se formularon como un tipo de discriminación que violaba la sección VII (Title VII) de la Ley de los Derechos Civiles (Civil Rights Act) de 1964, que prohíbe la discriminación por motivos de sexo y raza.” Lamas, M., *Acoso: ¿Denuncia legítima o victimización?*, Fondo de Cultura Económica, México, 2018, p. 25.

A partir del referente norteamericano, se visibiliza la problemática y se incorpora esta construcción en las aportaciones que van proliferando en el escenario internacional. Así, tanto en el ámbito de Naciones Unidas (ONU) como en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se señala que el fenómeno constituye un problema de salud e higiene en el trabajo y una discriminación basada en el sexo que obstaculiza la igualdad entre hombres y mujeres. Incluso, se entiende el fenómeno como una forma de violencia contra las mujeres.

En este contexto, en 1979 se adoptó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), ratificada por Chile en 1989. El Comité creado en el marco de la misma para supervisar su aplicación, en la elaboración de la Recomendación General No. 19 (1992) señala especialmente como acoso sexual: "Comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho. Este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil".

A nivel exclusivamente Interamericano, la Organización de los Estados Americanos (OEA) lo entiende como una forma de violencia contra las mujeres, en lugar de una acción simplemente discriminatoria, como se describe en el texto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). En este instrumento se estipula el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia, definiendo en su artículo 2º el acoso sexual en el trabajo como una de las formas de violencia contra las mujeres y requiriendo a los Estados que impongan medidas legales para proteger a las mujeres del acoso, entre otras formas de violencia. La importancia de la referida Convención radica en que reconoce expresamente la relación que existe entre violencia de género y discriminación, indicando que tal violencia es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres², y que el derecho de la mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados³. Asimismo, pone de manifiesto que corresponde a los Estados asumir el deber indelegable de prevenir, erradicar y sancionar los hechos de violencia en la vida de las mujeres, tanto en las esferas públicas como en las esferas privadas⁴, y además, se impone a los Estados el deber de

² Señala expresamente el preámbulo de la Convención de Belém do Pará, "...la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres".

³ Convención de Belém do Pará, Artículo 6.

⁴ Dispone en su artículo 2º que "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que

actuar con la debida diligencia para los fines señalados anteriormente, estableciendo mecanismos legales, eficaces y accesibles para proteger a las mujeres que viven violencia⁵.

Por su parte, en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo el primer precedente fue el Convenio No. 111 (1958), relativo a la discriminación en materia de empleo, que recoge en su artículo 1º el concepto de discriminación en el empleo y la ocupación basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social. Si bien no se trata de un instrumento específico sobre el acoso sexual en el marco de las relaciones de trabajo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT ha condenado el acoso sexual en virtud del referido Convenio, ya que considera que el acoso sexual es una forma grave de discriminación por razón de sexo, que queda comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio⁶.

Ante la insuficiencia de regulación específica del acoso sexual en el mundo laboral por parte del organismo internacional, en junio de 2019, en la 108ª Reunión de la Conferencia General de la OIT, se aprobó el Convenio Internacional de Trabajo No. 190 sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo (no ratificado por Chile). Este Convenio, acompañado por su Recomendación (No. 206), constituye el primer instrumento que trata la violencia y acoso en el trabajo de forma global e integral, y si bien no define el acoso sexual, lo incluye en la definición de violencia y acoso por razón de género.

En efecto, el referido Convenio establece (artículo 1.1.a) un concepto único sobre violencia y acoso general en el trabajo, que apunta como subgénero a la violencia y acoso por razón de género que, a su vez, incluye al acoso sexual (artículo 1.1.b). Expresamente se señala “a) la expresión “violencia y acoso” en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos o prácticas, ya sea que se manifiesten de una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de

comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.”

⁵ Convención de Belém do Pará, artículo 7.

⁶ Así, ha señalado reiteradamente que “*el acoso sexual es una forma de discriminación y por lo tanto debe ser examinada entre los requerimientos del Convenio. Por ello, de acuerdo con los requerimientos del Convenio de prohibir la discriminación con motivo de sexo, y de adoptar una política para promover la igualdad de oportunidades y de trato, considera la Comisión que deben adoptarse medidas para tratar el acoso sexual.*” (Observación General - Adopción 2002, 91ª reunión CIT, año 2003). En idéntico sentido ver OIT (2012), *Dar un rostro humano a la globalización. Informe III (Parte 1B)*, 101a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, párrafo 789.

causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y b) la expresión “violencia u acoso por razón de género” designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.”

En el caso del derecho laboral chileno, la regulación jurídica del acoso sexual se encuentra, tanto en las normas que establecen el ejercicio de derechos constitucionales del trabajador en el marco del contrato de trabajo, como las normas legales que regulan un procedimiento de sanción y represión en el Código del Trabajo. Dichas normas, en su conjunto, establecen la sanción y represión jurídica del acoso sexual en el marco del trabajo, en un caso, por la afectación indistinta de diversos derechos fundamentales del trabajador/trabajadora, en otro, por la contravención de la norma legal prevista en el artículo 2 del Código del Trabajo, que instituye la prohibición de acoso sexual, tanto para el empleador, como para los propios trabajadores.

En ese sentido, en la normativa jurídica laboral existen dos niveles distintos y compatibles de regulación jurídica del acoso sexual: las normas de tutela laboral contempladas en los artículos 5 y 485 del Código del Trabajo, y las normas de procedimiento y sanción del acoso de los artículos 2 y 211 del Código del Trabajo.

De las citadas normas se sigue, como veremos, una idea amplia de acoso sexual, y una sanción bifronte del mismo, como conducta lesiva de derechos fundamentales en el marco de la acción de tutela, y como causal de auto-despido en el marco del procedimiento de investigación y sanción prevista en el Código del Trabajo.

En las normas de tutela laboral, el bien jurídico protegido son los derechos fundamentales del trabajador previstos expresamente en el artículo 485 del Código del Trabajo. En ese caso, dicha lesión constituye un ilícito laboral sancionado con la cesación inmediata del acto o conducta, la reparación integral de los derechos afectados a través de medidas concretas determinadas por el juez, y el eventual pago de indemnización por los daños ocasionados.

Como es fácil advertir, el acoso sexual puede afectar simultáneamente diversos derechos fundamentales protegidos por las normas de tutela laboral. De partida, el derecho a la integridad física y síquica de la víctima (artículo 19 N° 1° de la Constitución)⁷, eventualmente el derecho a la

⁷ No sólo cuando la afectación provenga específicamente del acto sexual, sino también en vulneraciones “*al no haber adoptado la demandada las medidas necesarias para garantizar un ambiente de respeto y protección al haber sido víctima de actos de acoso sexual sin que el empleador haya adoptado las medidas tendientes a cautelar su integridad*” (Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, Rit T-71-2019).

honra y a la intimidad (artículo 19 N° 4⁸) y puede constituir un acto discriminatorio (artículo 2 del Código del Trabajo). Asimismo, en determinadas hipótesis el acoso laboral puede traducirse en una intromisión en aspectos relativos a la vida privada del trabajador (artículo 19 N° 4 de la Constitución)⁹.

En el ámbito jurisprudencial, se ha reconocido el carácter pluriofensivo que el acoso sexual puede representar en el espacio del trabajo¹⁰. Así, por ejemplo, la jurisprudencia laboral ha señalado, "conforme a la prueba analizada anteriormente, la denunciada ha obrado en forma desproporcionada y arbitraria afectando estas garantías constitucionales fundamentales por excelencia, pues valiéndose únicamente de la potestad patronal y la condición de mujer de la trabajadora, el empleador lesionó de manera gradual, constante y solapada su intimidad, libertad sexual que importa precisamente determinar con quién y en qué momento se desarrolla la sexualidad, y psíquica, al transgredir de manera grave y evidente los límites propios de una relación laboral, profiriendo dichos y realizando actos que al comprometer la dignidad de la afectada, perturbaron paulatinamente su integridad y honra, mermando su autoconcepto, creando inseguridad en su persona y otros perniciosos efectos" (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-706-2016).

Ahora, como ocurre en el resto de los derechos fundamentales, la acción de tutela se puede ejercer en dos espacios temporales para enfrentar el acoso sexual laboral, esto es, durante la vigencia de la relación de trabajo y al momento del despido.

En el primer caso, estando vigente la relación laboral la tutela laboral busca poner término al hostigamiento de que es objeto el trabajador o trabajadora víctima del acoso sexual, por las vías

⁸ Al respecto se ha señalado *"la honra y a la intimidad de la trabajadora, consagrados en el número cuatro del artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, ya que las actitudes desplegadas por el denunciado invadieron su esfera privada y afectó la imagen que ésta tiene al interior del cuerpo docente del establecimiento."* (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-132-2014).

⁹ La jurisprudencia ha precisado, *"con él se compromete, además de los indicados, el derecho a la intimidad, puesto que la sexualidad del ser humano es por antonomasia un espacio comprendido dentro de la esfera íntima de cada individuo."* (Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Rit T-87-2016). Asimismo, en casos en los que no se adoptan medidas de protección suficientes en la investigación se ha precisado que *"con la omisión por parte del empleador de las obligaciones de prevención, denuncia, protección y represión frente al acoso sexual, por lo que se vulnera la garantía de la intimidad de la persona también, ya que éste último por su propia naturaleza constituye una intromisión indeseada en la sexualidad de una persona, en este caso doña Yamilet Vega, cuestión que se encuentra de la esfera íntima de cada persona, siendo estas conductas permitidas por su empleador, dado su pasividad y falta de procedimiento."* (Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, Rit T-50-2018).

¹⁰ En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia Administrativa, al respecto ver Dictamen de la Dirección del Trabajo Ord. No. 1133/36, de fecha 21.3.2005.

previstas por la ley para el caso de acogerse dicha acción. De partida, la cesación de la conducta de hostigamiento ya sea que provengan del empleador o de los compañeros de trabajo. Y si el acoso se ha materializado en algún acto jurídico referido al trabajador -como una amonestación, traslado, ejercicio del *ius variandi*, etc.- la ineficacia jurídica de esos actos. Y, además, la determinación de las medidas reparatorias concretas del o los derechos fundamentales vulnerados en el acoso sexual laboral, las que deben tener por objeto restituir el ejercicio de los derechos vulnerados por el hostigamiento.

Asimismo, dentro de la reparación se encuentra -de corresponder- la indemnización del daño moral que el acoso sexual haya causado. Los fundamentos reposan en lo establecido en el artículo 495 número 3 del Código del Trabajo, en tanto expresamente señala que la sentencia definitiva debe indicar las medidas de reparación incluyendo "las indemnizaciones que procedan", y esas no pueden ser otras que la reparación del daño moral. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que esa procedencia se ajusta a los principios generales del derecho chileno, como es la reparación integral del daño ilícitamente causado¹¹.

¹¹ En un caso de daño moral durante la relación laboral por acoso laboral en contra del Consejo de Defensa del Estado, dicho Tribunal sostuvo: *“esta forma de interpretar las normas no es justificada ni convincente, dado que no es posible derivar la exclusión de la indemnización del daño moral bajo el entendimiento que sólo procede indemnizar daños que se encuentren previstos en forma expresa en la ley laboral. Esta forma de comprender el asunto significaría una infracción a un principio fundamental de la responsabilidad civil que se sustenta en la reparación integral de los daños que se les ocasionan a las víctimas. Llevaría al absurdo de impedir la reparación de los daños no contemplados de manera particular por la ley laboral a pesar de que se satisfagan las condiciones de procedencia de la indemnización. Principio que tiene un respaldo constitucional en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, pues de qué valdría la garantía del derecho a la integridad física y síquica si no pudiere ejercerse una acción indemnizatoria que pretenda retrotraer a la víctima, en la medida de lo posible, a la situación más cercana a aquella anterior a la vulneración de su derecho mediante la respectiva indemnización. El planteamiento de la recurrente llevaría a privar a todo trabajador que no haya sido despedido de toda indemnización pecuniaria, aunque haya padecido una vulneración a algún derecho fundamental que le causó daño. Bastaría, conforme este planteamiento, que el empleador cese en el acto lesivo desvaneciéndose los perjuicios ocasionados los que quedarían sin reparación. De ahí que deba concluirse que todo trabajador, haya o no sido despedido, tiene legitimación activa para reclamar la indemnización de los daños que se le hayan ocasionado con independencia si fue o no despedido a propósito de la afectación de su derecho fundamental”* agregando que *“la directriz del legislador se orienta a restablecer un equilibrio roto por la conculcación del derecho fundamental, lo que no sólo involucra el cese de la conducta lesiva, sino que le otorga al juez amplias facultades para alcanzarlo, entre las cuales cabe incluir la indemnización de los perjuicios y, en particular, el daño moral. Si uno considerara la tesis propuesta por el recurrente sería inviable cumplir con este cometido, el que entronca en forma límpida con la idea de satisfacción alternativa que cumple la indemnización del daño moral. Si bien nada podrá retrotraer a la víctima al clima laboral cordial anterior (...) la indemnización otorgada permitirá, por equivalencia, paliar el malestar, angustia y padecimientos que significó el acoso y hostigamiento laboral del cual fue objeto, restableciendo el equilibrio perdido”* (Corte Suprema, Rol No. 6870-2016).

En el segundo caso, esto es, en caso del despido, el acoso sexual podrá ser reprimido jurídicamente por la vía establecida en el artículo 489 del Código del Trabajo sosteniendo la vulneración “con ocasión del despido”. De este modo, el despido lesivo por acoso dará lugar a un haz indemnizatorio que incluye una indemnización sancionatoria de 6 a 11 meses de remuneración y las medidas reparatorias que correspondan, además de la reparación del daño moral como explicamos antes.

En lo que respecta a la normativa legal que regula el fenómeno, la Ley No. 20.005 (2005), se establece la prohibición de acoso sexual en el lugar de trabajo, entendiéndose por este último “el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo” (artículo 2º del Código del Trabajo).

La normativa en análisis, debidamente incorporada al Código del Trabajo, requiere una posición activa por parte del empleador, ya sea en la prevención, como en la detección y en la sanción de las conductas de acoso sexual. En este contexto es que se obliga al empleador no sólo a introducir en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores (artículo 153 inciso 2º del Código del Trabajo), sino también a regular el procedimiento al que se someterán las partes involucradas y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual (artículo 154 N° 12 del Código del Trabajo).

Un aspecto relevante en el diseño legal de la figura del acoso sexual, es la incorporación al Código del Trabajo de una nueva causal de despido disciplinario y de despido indirecto vinculado específicamente a las conductas de acoso sexual (artículos 168, letra b, y 171, inciso 2º), abriendo, en el caso del despido indirecto, al trabajador afectado, la posibilidad de reclamar del empleador las otras indemnizaciones a que tenga derecho (artículo 171, inciso 3º) y haciéndolo responsable, a su vez, de los perjuicios que cause al afectado si hubiese invocado la causal falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada (artículo 171, inciso final); y, por último, introduce un procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual (artículos 211-A y siguientes).

En definitiva, la normativa configura a favor del trabajador un derecho subjetivo de protección contra el acoso sexual en el ámbito de la relación de trabajo. Tal derecho es exigible frente al empleador, a quien la ley le impone como contrapartida tres obligaciones básicas: a) la incorporación de normas preventivas contra el acoso sexual; b) la regulación del procedimiento frente a dicha conducta, incluyendo las medidas de resguardo y el régimen de sanciones, y c) la comunicación a la Inspección del Trabajo de la denuncia o, en su caso, de las conclusiones de la investigación interna que hubiere efectuado. Tales obligaciones son corroboradas y reforzadas por

las normas de procedimiento que introduce la propia ley, conforme a las cuales, recibida la denuncia, el empleador deberá adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados (artículo 211-B del Código del Trabajo); dispondrá la realización de una investigación interna de los hechos o, en el plazo de cinco días, remitirá los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva (artículo 211-C del Código del Trabajo); y, finalmente, deberá disponer y aplicar las medidas o sanciones que correspondan (artículo 211-E del Código del Trabajo).

De manera que no sólo resulta sancionable y genera responsabilidad para el empleador su participación en conductas de acoso sexual, sino que también la omisión de cumplimiento de las obligaciones de prevención, denuncia, protección y represión frente al acoso sexual realizado por sus dependientes dentro del ámbito espacial que aquél organiza y dirige. La ley intensifica la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior de la empresa colocando al empleador en una posición de garante de un ambiente laboral digno y de mutuo respeto de los trabajadores. Esta obligación que se atribuye al empleador en materia de prevención y represión del acoso sexual en el ámbito laboral se colige con el deber de protección establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo.

En relación con el acoso sexista, entendido como una forma de discriminación en el trabajo por razón de sexo o género, cabe señalar que el derecho internacional citado, particularmente el Convenio No. 111 sobre la discriminación en el empleo de la Organización Internacional del Trabajo, establece explícitamente el principio de prohibición de la discriminación en el lugar de trabajo. En su artículo 1º señala, “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, *ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*”.

El principio de prohibición de la discriminación laboral, a su turno, se encuentra ampliamente reconocido en nuestro orden jurídico interno. La Constitución chilena en su artículo 19, número 16, inciso tercero, dispone que “*se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos*”. Esta norma, por lo demás, resulta una manifestación directa del principio de igualdad general, establecido en el artículo 19, número 2, de la Constitución.

Asimismo, la prohibición de discriminación en el ámbito laboral se encuentra recogida en el artículo 2º, inciso tercero, del Código del Trabajo. Esa norma legal señala que “*son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación*”. A continuación, el inciso cuarto precisa que “*los actos de discriminación son aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política,*

nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

III. CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL LABORAL Y ACOSO SEXISTA

3.1.- Acoso sexual y sexista: concepto y elementos

Como acabamos de explicar, en la regulación jurídica del acoso sexual en el derecho chileno, se evidencian dos niveles distintos y compatibles de reglamentación del fenómeno, por un lado, las normas de tutela laboral contempladas en los artículos 5 y 485 del Código del Trabajo; y, por otro lado, las normas de procedimiento y sanción del acoso de los artículos 2º y 211 del Código del Trabajo.

De las citadas normas se desprende una idea amplia de acoso sexual, y un resultado sancionatorio dual desde la perspectiva jurídica-laboral: como conducta lesiva de derechos fundamentales en el marco de la acción de tutela, y como causal de auto-despido en el marco del procedimiento de investigación y sanción previsto en el Código del Trabajo.

En efecto, desde el punto de vista de las normas que reconocen y garantizan los derechos constitucionales del trabajador en el espacio laboral, es posible determinar una noción de acoso sexual como la conducta de carácter sexual, no deseada, que afecta indistintamente el derecho a la integridad física/psíquica, privacidad, honra y no discriminación. A su turno, desde la noción que el propio Código del Trabajo aporta, se define el acoso sexual como *“el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quién los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”* (artículo 2 del Código del Trabajo).

El concepto jurídico amplio de acoso sexual cabe precisar, no solo deriva del material jurídico vigente en el derecho chileno, sino de las reglas de interpretación de las normas de derechos fundamentales, que exigen del juez una lectura y formulación amplia de las mismas, y de las figuras legales -como la del acoso sexual laboral- que median jurídicamente su protección. Todo según el principio *pro persona*, derivado del derecho internacional y plenamente aplicable al derecho nacional, según ha sostenido la doctrina y jurisprudencia¹².

¹² La jurisprudencia interamericana lo ha sostenido desde el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dicha jurisprudencia, *“ha desarrollado el principio de aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos como derivado del artículo 29.b) y la prohibición de privar a*

¿Cuáles son, entonces, los elementos constitutivos del concepto jurídico de acoso sexual en el derecho laboral chileno?

En primer lugar, el acoso sexual supone la existencia de una **conducta de naturaleza sexual**.

De partida, precisar que la conducta puede verificarse por cualquier medio, esto es, puede adoptar cualquier forma. Así, la jurisprudencia laboral ha precisado que *“el requerimiento sexual indebido debe ser entendido en términos amplios y comprende no sólo acercamientos físicos sino cualquier acción del acosador sobre la víctima, a través de cualquier medio, sean estos escritos, correos electrónicos o propuestas verbales”* (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No. 4475-2007). En el mismo sentido, se ha fallado que *“consiste en incluir situaciones sexuales molestas, proposiciones o presión para actividades sexuales, como así también insistencia para una actividad social fuera de lugar de trabajo, después de que se haya puesto en claro que dicha insistencia es molesta, flirteos ofensivos, comentarios insinuantes, indirectas o comentarios obscenos”* (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit 309-2018).

La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, a su turno, ha señalado que *“las manifestaciones de acoso sexual pueden expresarse a través de insultos, observaciones, bromas e insinuaciones de carácter sexual o comentarios inapropiados sobre la forma de vestir, el físico, la edad o la situación familiar de una persona; contacto físico innecesarios y no deseados como tocamientos, caricias, pellizcos o violencias; observaciones molestas y otras formas de hostigamiento verbal, miradas lascivas y gestos relacionados con la sexualidad, invitaciones comprometedoras y solicitudes de favores sexuales”*¹³.

los derechos de su contenido esencial como derivado del artículo 29.a)” (Medellín, X., “Principio Pro Persona: una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos”, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Año 17, Nº 1, 2019, p. 408). A nivel nacional, la Corte Suprema ha precisado, *“...se entiende que estas normas, tiene un carácter tutelar de derechos esenciales, de modo que deben ser interpretados “a la luz del principio de progresividad, favor persona o pro homine, que postula que se debe aplicar siempre la disposición más amplia o favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho”, sin establecer restricciones o garantías que dificulten su protección.”* (Rol No. 3705-2019). Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que *“no corresponde efectuar la interpretación restrictiva a los artículos 485 y 495 del Código del Trabajo, que hace el recurrente, dado que ello no se condice con el tenor literal de dichas normas, ni con el principio pro homine, que en el derecho laboral se traduce en el principio pro operario, que impone no extender restricciones más allá de lo permitido, cuando se deben interpretar normas que protegen derechos fundamentales. Por el contrario, la interpretación debe estar dirigida a potenciar el derecho que se pretende tutelar.”* (Rol No. 1096-2015).

¹³ Carrasco, C. y Vega, P., *Acoso sexual en el trabajo. ¿Denunciar o sufrir en silencio? Análisis de denuncias*, Dirección del Trabajo, 2009, p. 21.

Lo relevante en este punto es la naturaleza sexual de la conducta¹⁴. Por un lado, hay comportamiento de índole sexual por su carácter libidinoso, dado su propósito de alcanzar un acercamiento carnal o corporal con la o el afectado; y, por otro, por su carácter obsceno, en cuenta producen un entorno hostil o intimidatorio mediante la introducción de elementos sexuales en el espacio del trabajo¹⁵.

De este modo, la jurisprudencia judicial ha puntualizado que "debe tratarse de acciones o comportamientos que excedan de flirteos, tratos amistosos o relaciones amorosas que puedan ser, en general, considerados como normales en un escenario laboral integrado por trabajadores de ambos sexos. Es fundamental para que se configure el hostigamiento que el destinatario o destinataria de estos requerimientos de índole sexual los rechace y no consienta en ellos pues esto determinará el límite de lo que la víctima considera aceptable o no. Finalmente, el concepto adoptado por nuestra legislación laboral mantiene la vinculación del requerimiento de índole sexual con sus repercusiones nocivas para la situación laboral de la persona acosada, lo que proporciona el elemento fundamental a ser tenido en cuenta al momento de evaluar a futuro el posible resarcimiento de la víctima." (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-26-2018).

En la misma perspectiva, se ha señalado que "estos hechos ponderados siempre en su conjunto, en su cotidianeidad y reiteración, tienen una clara connotación sexual, pues ciertamente que resulta inaceptable en una relación laboral tener que tolerar por el solo hecho de ser una mujer subordinada, expresiones en relación a su cuerpo, a su apariencia física, insinuaciones afectivas, amenazas de cometer "una atrocidad con ella", hasta llegar al punto de obtener un beso no deseado, que dejó incluso rastros de saliva en la boca de la acosada, tratándose de actos tan invasivos para la dignidad humana, que degradan incluso la propia autoestima de quien lo vivencia, máxime cuando se carece del reproche y condena efectiva de quienes son los llamados a poner término en una fase inmediata a aquellos, como lo sería en este caso el propio empleador, que en relación al carácter de máxima jefatura detentada por el acosador, se mantuvo hasta la fecha no sólo en una completa pasividad, sino que incluso una negación" (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-706-2016)¹⁶.

¹⁴ En ese sentido, puede entenderse, en principio, que insinuaciones inofensivas y aisladas como una primera invitación a salir, o preguntas personales como "¿Usted está pololeando?", no constituyen conductas de carácter sexual. Al respecto ver Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-15-2020. De reiterarse o ser sistemáticas, sin embargo, pueden constituir elementos de una forma de acoso sexista.

¹⁵ Al respecto ver Lousada, J. F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 6.

¹⁶ Cabe hacer presente, que del análisis jurisprudencial se desprende que el alcance e interpretación de la normativa sobre el concepto de acoso sexual resulta en ocasiones restrictivo, particularmente en base a la

Cabe precisar en este punto, que no es parte del concepto de acoso sexual aquí descrito que dicha conducta sea reiterada o recurrente. Parece obvio, que sea perfectamente posible que el acoso sexual laboral se constituya con una sola conducta por parte del acosador, particularmente cuando se trata de un acercamiento corporal, atendido que en ellos se expresa, en principio, la máxima afectación de la autonomía sexual de la víctima en términos socialmente dominantes.¹⁷

Dicha cuestión parece, desde el punto de vista jurídico, evidente, la afectación del contenido protegido de uno o más de los derechos fundamentales involucrados en el acoso sexual-como la integridad personal, la privacidad, la honra o la no discriminación-, se configura con la sola invasión o restricción ilícita del mismo, con prescindencia de que se trate de una o varias restricciones.

En segundo lugar, **los sujetos activos de acoso pueden ser tanto el empleador como compañeros de trabajo**, aspecto sobre el que hay consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional.

En efecto, el discurso centrado en la noción unidimensional de poder, la del poder jerárquico masculino, debe ser integrada con la idea de la posición de tensión multidireccional -vertical y horizontal- de los derechos fundamentales en el espacio de trabajo, no siendo una condición indispensable para el acoso sexual, en consecuencia, una situación de sujeción respecto a quien comete la conducta.

exigencia del elemento “*requerimiento*” de la figura del artículo 2 del Código del Trabajo. Esta lectura interpretativa tiene un grave efecto aplicativo: quedan impunes otras conductas en las que, sin haber un requerimiento expreso, importan una agresión de connotación sexual en el ámbito laboral. Así, ante una situación en donde un trabajador se toca el órgano genital encontrándose a solas con una compañera de trabajo sin que nadie estuviera presente se ha precisado que si bien es un episodio con una clara significación sexual, no configura acoso sexual en los términos del Código del Trabajo, “*conforme a lo concluido por la Inspección Provincial del Trabajo en orden a que no se puede establecer que haya existido acoso sexual hacia la demandante, no impide atribuir connotación sexual al acto de San Martín pues lo que descarta el ente fiscalizador es la existencia de acoso sexual en los términos del artículo 2 inciso segundo del Código del Trabajo lo que es efectivo ya que no hubo requerimiento sexual hacia la demandante, además fue efectuado por un trabajador sin poder decisorio en la empresa y el acto reprochable es un acto de significación sexual desprovisto de otras condicionantes.*” (Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, Rit T-71-2019). Esta lectura restrictiva, cabe apuntar, no se ajusta al marco normativo establecido en el derecho chileno, que como ya vimos, trata el acoso sexual como una conducta pluriofensiva de los derechos fundamentales de la trabajadora afectada, exigiendo al juez una interpretación extensiva o amplia, a la luz del contenido protegido de dichos derechos, y del principio interpretativo *pro persona* ya citado en este informe.

¹⁷ En este sentido, la jurisprudencia laboral ha puntualizado “*...el artículo 2 inciso segundo del Código del Trabajo, al referirse a requerimientos, no exige que se trate de múltiples conductas, siendo por lo demás innecesario de conductas previas*” (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No. 1364-2011).

Tal como, por lo demás, se ha puntualizado por la jurisprudencia laboral, "pretender que sólo se podría perjudicar la situación laboral de la trabajadora víctima y sus oportunidades en el empleo cuando el sujeto activo del mismo tenga un cargo de jefatura o jerarquía sobre [sic], limitación no prevista por el legislador, máxime si es un punto pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que asimismo pueden ser sujetos activos de este acoso los mismos compañeros de trabajo, lo que se conoce como acoso sexual horizontal." (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit O-452-2013).

En esa misma dirección, se ha señalado que *"el acoso sexual, puede clasificarse, atendiendo al sujeto activo de las conductas en acoso sexual vertical, aquel cometido por el empleador o superior en el puesto de trabajo, en contra de un trabajador respecto del cual existe una relación de subordinación o dependencia y el acoso sexual horizontal, que es aquel que se da entre compañeros de trabajo o colegas que realizan la misma función o se encuentran el mismo orden jerárquico dentro de la organización"* (Primer Juzgado de Letras de Valdivia, Rit O-17-2018).

De esta manera, se puede sostener que cualquier persona puede enfrentar episodios de acoso sexual en el espacio laboral, sin importar el sexo o el género, o si la persona que comete la conducta de acoso y la víctima no comparten el mismo empleador. Lo que importa -a efectos de la configuración de la figura- es que las conductas reprochables sean cometidas en el espacio de trabajo, ya sea en el mismo lugar de trabajo y/o en la jornada laboral o en actividades próximas o análogas a ellas -fiestas, encuentros recreacionales, seminarios, etc.-, ya que recae sobre el empleador la obligación de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, en virtud del artículo 184 del Código del Trabajo.

La jurisprudencia nacional se ha referido al respecto señalando que *"el sólo hecho de no ser dependiente la afectada como se ha sostenido, no hace desaparecer la infracción que justificó el cese laboral, según se fundamentó en el considerando noveno de la sentencia, segundo párrafo, cuando se constata que el acoso se produjo en las instalaciones que compartían en la residencia con motivo de prestaciones de servicios laborales, local que por disposición expresa del N° 1 del Reglamento están destinadas en forma exclusiva para ser ocupadas por los trabajadores de Soquimich, sin que pueda objetarse el hecho que no se encontraba dentro de una jornada laboral justamente por el lugar que ocurrieron."* (Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol No. 188-2017).

En tercer lugar, **se debe tratar de un hecho o conducta no deseada.**

Esta exigencia tiene una clara justificación. El deseo del trabajador/trabajadora erradica la condición de afectación de los derechos fundamentales del acercamiento sexual en el lugar de trabajo. Ello porque, como parece evidente, si hay deseo existe un acercamiento lícito, ejercicio de la libertad y autonomía sexual de los involucrados.

En ese sentido, cabe preguntarse ¿Cuál es la conducta exigible a la víctima?

El deseo sexual no se expresa en silencio, ni en una actitud meramente pasiva, sino que requiere una manifestación verificable. La valoración de este elemento es de la mayor relevancia en el espacio del trabajo. Ese espacio se caracteriza, como ha apuntado la doctrina laboral reiteradamente, por la estructura de poder que lo constituye, lo que supone una situación de riesgo y tensión para el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores, en este caso, de la autonomía y libertad sexual¹⁸.

Dicho sometimiento al superior jerárquico y la dificultad de probar efectivamente la existencia del acoso sexual, diseña un escenario adverso para la víctima, lo que explica las diversas actitudes que puede adoptar ante el acercamiento sexual: el rechazo frontal, que probablemente devenga en un acoso laboral¹⁹, o incluso su despido; o, una respuesta evasiva, silenciosa o reticente a efectos de lograr la desmotivación del acosador y así la supervivencia en la relación laboral.

En este último sentido, el silencio o la pasividad por parte de la víctima no debe ser entendida como deseo o consentimiento para efectos de dar por descartado el acoso sexual, atendido el contexto de sujeción al poder que enfrentan las víctimas en el puesto de trabajo.

Así, parte de la jurisprudencia laboral ha precisado que *"No puede desprenderse de ese silencio que no haya incomodidad, rechazo o contrariedad, porque es una relación desigual (...) la extrañeza de la defensa sobre la falta de reacción o denuncia de la víctima tiene una explicación que entronca ya con las dificultades que para un trabajador común en posición subordinada y en necesidad de trabajar le significa reclamar por una situación injusta o un derecho conculcado durante la vigencia del contrato de trabajo, escenario inhibitorio que, en el caso, se refuerza por la*

¹⁸ Al respecto ver Ugarte, J.L., "Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías", Revista IUS, vol.14, n.45, 2020, pp.81-106.

¹⁹ Al respecto se ha pronunciado la jurisprudencia, al señalar *"Que si bien la prueba permite entender que antes de esta declaración amorosa la conducta del denunciado se puede calificar como normal, dentro evidentemente de un contexto de conquista, lo cierto es que una vez que fue rechazado por la trabajadora, su conducta varió. Las conversaciones por mensajes de texto ya no eran tan amenas, aparecen requerimientos de informes de manera urgente, se producen problemas porque el director decide ver la posibilidad de contratar otra sicóloga, éste demuestra su enojo por lo que otra profesora le habría dicho y que da a entender que conocía su intención para con la denunciante y que está lo había rechazado, aparecen reiterados llamados o intentos de conversar con la denunciante y, en fin una serie de actitudes que demuestran que la relación laboral ya no era la misma y, con ello se debe tener por acreditado el efecto que el artículo 2 del código el trabajo exige para la existencia de un acoso sexual, cual es la afectación en la situación laboral de la trabajadora"* (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-132-2014).

posición particular de la víctima como sujeto de violencia de género en el encuadre de dualidad de poderes a que se ha aludido." (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-309-2018)²⁰.

En esa perspectiva, no puede tomarse como que existe un consentimiento de la conducta por parte de la víctima cuando ésta haya obtenido ventajas o beneficios laborales por el empleador, si del contexto en que se desarrollen las mismas surge inequívocamente el carácter indeseado del requerimiento (ya sea explícito o implícito en el mutismo ante los requerimientos). Para entender la existencia de reciprocidad, es necesaria la presencia indiscutible de un deseo o aceptación por parte del trabajador. Al respecto, se ha postulado que *"evidentemente, la actora fue objeto de acoso sexual durante el curso de su relación laboral. No desvirtúa lo anterior el que la actora recibiera beneficios personales como préstamos personales y pasajes aéreos y otras prebendas. En primer lugar, ellas aparecen según el historial de conversación bastante después del inicio del coqueteo que conduce el Señor S. a la denunciante. No transforman en legítimo lo que nace espurio. En segundo lugar y en la lógica de sobrevivencia en una relación laboral es claro que el trabajador o trabajadora afectada pueden ver como una forma de morigerar o de sortear mejor una realidad que se avizora compleja; sin que ello lo transforme en una relación utilitaria o derechamente un intercambio de otro tipo"* (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago ha señalado, Rit T-1527-2018).

En este contexto, no es correcto el entendimiento de conceder un valor de aceptación de la conducta de acoso ante la inacción o tolerancia de la víctima. Así, resulta cuestionable el razonamiento como el que expresa el 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, *"nuestro legislador entiende que ella hace inviable la mantención de la relación laboral entre las partes, por lo que no se comprende que exista un acoso sexual entre trabajador y empleador y que la relación laboral se mantenga, dado que ello implica, en la práctica, que el "abusado" consienta en seguir sufriendo esta conducta, siendo de la esencia del acoso sexual la falta de consentimiento de quien lo sufre, por lo que al no haberse invocado la acción como causal de término por la parte demandante, la misma debe ser rechazada, por no concurrir los presupuestos de procedencia de la misma."* (Rit O-404-2017).

²⁰ En el mismo sentido, es jurídicamente erróneo culpar a la persona acosada de lo sucedido en los casos en los que su carácter es desinhibido, o su vestimenta provocativa, lo que no debe interpretarse como una forma de deseo o aceptación del acercamiento sexual en el trabajo. Así lo ha expresado la jurisprudencia en forma precisa, *"en el evento que la demandante tenga una personalidad extrovertida y que haya respondido a las expresiones del administrador en los mismos términos suyos- hecho y circunstancias que no están acreditadas conforme al mérito de la prueba que se pondera por las razones anotadas- ello no es significativo de una aceptación tácita de los requerimientos de índole sexual o de connotación sexual."* (Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Rit T-87-2016).

Por último, la conducta sexual no deseada **debe afectar uno o más derechos fundamentales del trabajador/trabajadora**. Como dijimos antes, el acoso puede ser una conducta pluriofensiva de derechos fundamentales de la víctima, siendo especialmente relevante, el derecho a la integridad física y psíquica, la privacidad, la honra y el derecho a la no discriminación²¹.

Como es obvio, la integridad física/psíquica se ve afectada tanto en el sentido de la corporalidad de la trabajadora/trabajador que es objeto de pretensiones lascivas no deseadas, como su estabilidad afectiva y emocional, que son los intereses jurídicos protegidos por el derecho a la integridad física y psíquica del artículo 19, número 1 de la Constitución.

Adicionalmente, el acoso sexual laboral comúnmente invadirá espacios vitales sobre los que la víctima tiene una expectativa legítima de privacidad, ya sea su espacio corporal, como otras zonas de su intimidad en el lugar de trabajo, tales como vida personal o afectiva, etc.

En no pocos casos, además, el acoso afectará la honra de la víctima, ya sea porque la conducta sexual indeseada que la constituye puede lesionar la valoración propia, expresada en la imagen que cada uno tiene derecho a moldear y diseñar ante sí mismo, como de la valoración que pretendemos frente a terceros. Asimismo, el acoso sexual puede representar una vulneración del derecho a la no discriminación en el empleo, ya que, en buena parte de los casos, el acoso en el trabajo de índole sexual estará explicado por el género de la víctima, lo que supondrá una contravención a la prohibición de trato negativo basado en un criterio socialmente disvalioso, como el sexo o el género.

Esta afectación de derechos fundamentales tiene, a su turno, su expresión en la normativa legal - en los términos propios del momento de la dictación de la Ley No. 20.005-, al exigir que las conductas constitutivas del acoso amenacen o perjudiquen la situación laboral. Así, en lo que dice relación con las consecuencias del acoso sexual, se ha previsto por la ley una esfera de protección

²¹ En una interesante reflexión, parte de la jurisdicción laboral ha señalado que "*evidentemente la definición debe ser comprensiva de situaciones en que el requerimiento sexual, la amenaza a la libertad sexual no es directa, burda, sino que también respecto de aquellas más sibilinas, sutiles que como en el caso de autos comienzan con expresiones afectivas románticas (que en un cuadro de normalidad deberían desembocar en un encuentro sexual tarde o temprano y por lo tanto son implícitas, consustanciales a ella) que se pueden considerar como leves, hasta la invasión del espacio físico y el uso de la fuerza o sorpresa para la obtención de una satisfacción erótica, sexual, que son las que se sugieren ocurridas en septiembre de 2017. La reglamentación del acoso sexual es un mecanismo protector de la libertad individual, de la dignidad de los trabajadores y en especial de las trabajadoras y por ende su concepción debe ser lo más amplia posible, lo más protectora del derecho o garantía en cuestión. Es decir, pro cives*" (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-1528-2018).

amplia que va más allá del perjuicio concreto²², considerando igualmente como constitutivas de acoso las conductas que amenacen la situación laboral de la víctima²³. En idéntico sentido, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo ha señalado que se configura la conducta de acoso sexual no sólo cuando la persona afectada sufre un perjuicio o daño laboral directo en su situación al interior de la empresa, sino que también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo de trabajo, se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo²⁴.

Esta distinción -que será analizada en el apartado siguiente en profundidad- ha sido recogida por la jurisprudencia judicial, al destacar que, a partir del acoso sexual soportado por la víctima, se produce un ambiente laboral incómodo o intimidante para ella²⁵, situación que también resulta reprochable desde la norma legal citada.

Por último, cabe referirnos al **acoso sexista** en el trabajo, que, como dijimos, comparte la ilicitud laboral del acoso sexual por idéntica razón jurídica: la afectación de derechos fundamentales de la trabajadora víctima, particularmente el derecho a la no discriminación.

El mismo debe ser entendido como "*una forma de acoso ambiental que parece estar motivado por hostilidad hacia las personas que violan los ideales de género más que por el deseo de quienes las conocen*"²⁶. De ahí que una forma correcta de describirlo sea como un hostigamiento que se constituye por conductas cuyo sentido o resultado es la generación de un ambiente laboral hostil u ofensivo, a través del desprecio hacia una o más personas en razón a su género.

Precisamente en esa dirección -la del acoso sexista como forma de discriminación-, ha comenzado a transitar la escasísima e inaugural jurisprudencia laboral sobre el punto. De este modo, frente a un acoso que combina la sexualidad con el sexismo, la judicatura reflexiona en estos términos:

²² En efecto, el mero riesgo es suficiente para configurar este elemento, "*estando acreditado además que estos requerimientos sexuales habrían perjudicado negativamente la situación laboral de la trabajadora y la prestación de sus servicios, sin que en caso alguna para estimar la concurrencia de esta figura se exija la afectación efectiva de la situación laboral de la trabajadora, bastando con que la víctima se represente un riesgo en su estabilidad laboral y oportunidades en el empleo, por lo cual los hechos señalados en la carta de termino de contrato se estiman acreditados y revisten sin lugar a dudas la gravedad suficiente...*" (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit O-452-2013).

²³ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Rit T-94-2015.

²⁴ Ord. No. 1133/36, de fecha 21.3.2005.

²⁵ Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, Rit T-20-2015.

²⁶ Berdahl, J. L., "The sexual Harassment of uppity women", *Journal of Applied Psychology*, N°92, 2007, p. 425.

“Esa relación de asimetría entre el jefe y las subalternas queda de manifiesto por cuanto quien tenía el poder de dirección, administración y control del trabajo que debían realizar las actoras, era el denunciado Jorge Soto, encontrándose ambas en una relación de subordinación o dependencia desde el punto de vista laboral, pero además en dicha relación de poder se ven involucrados aspectos de género, en cuanto se confunde la autoridad empresarial con la ejercida culturalmente por el hombre en distintos ámbitos uno de los cuales es el laboral-, pasando a ejercer ese control de la organización de manera que patrones culturales, estereotipos, formas de relacionamiento influyen en él y finalmente terminan siendo tratos violentos o discriminatorios que sufren las víctimas. Por ejemplo, el tratamiento de “mijita” que el denunciado admite, aunque no le da significado despectivo, por cuanto normaliza ese trato considerándolo “sólo una forma de expresión”, en consecuencia que dicho trato denota una mirada condescendiente y un exceso de cercanía, incluso hasta se le considera una expresión de “cariño”, pero lo diferente es que se da en una relación que no es de afecto, por el contrario, es de desigualdad, pues la actora no tiene idéntica posibilidad de tratar al denunciado de igual forma, tratamiento que además trasluce una relación de superioridad del emisor, por cuanto podemos afirmar que resulta socialmente aceptado tratar de mijita a la empleada o a la secretaria, pero no se adopta el mismo tratamiento si la mujer fuera la jefa y el hombre el empleado. Dicho trato además, disgustó a la actora, al punto de pedirle a Jorge Soto que deje de tratarla así”, para terminar condenando al empleador por “discriminación en razón de su condición de mujer por parte de su jefe directo y frente a actos de acoso laboral” (Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT T-1370-2017).

3.2.- Tipos de acoso sexual en el trabajo y hechos constitutivos (elementos de prueba) de los mismos

Como ya se explicó antes, cabe explicitar la línea que diferencia el acoso sexual de las conductas de acoso sexista (o de género). Ambas figuras, si bien comparten el carácter de ilícito laboral por su condición de conductas lesivas de derechos fundamentales de la víctima, se distinguen una de la otra en cuanto a su contenido.

Mientras las conductas que constituyen acoso sexual son expresión de la sexualidad o del deseo de esta índole hacia una trabajadora/trabajador que no desea dicha pretensión, caracterizada, como dijimos, por su carácter libidinoso u obsceno (por ejemplo, acercamientos corporales, tocaciones, propuestas, declaraciones o gestos lascivos), las conductas sexistas son aquellas cuyo sentido es un desprecio a las trabajadoras basadas en estereotipos de género que se manifiestan a través de comentarios, bromas o puntos de vista misóginos que afectan el espacio laboral y representan una forma de discriminación.

El acoso sexual puede asumir dos formas: el hostigamiento y el acoso ambiental²⁷.

El hostigamiento, por una parte, es el acercamiento no deseado de naturaleza sexual, que se presenta como una exigencia para un trato laboral favorable, o como forma de someter a un trato lascivo a la víctima. El acoso sexual ambiental, por otra, comprende aquellas conductas de naturaleza sexual que interfieren con la capacidad de la persona para hacer sus tareas a través de la creación de un ambiente de trabajo intimidante y hostil.

Esta distinción ha sido recogida por la jurisprudencia laboral nacional, la que ha precisado que *“nuestra legislación prohíbe expresamente el acoso sexual ambiental, permitiendo que los trabajadores desarrollen sus labores en condiciones adecuadas, sancionando aquellas conductas lesivas que incluso pueden no tener un correlato pernicioso en la remuneración, promoción o permanencia del trabajador, pues igualmente en último término producen efectos no deseados por el receptor o destinatario del hostigamiento”* (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No. 961-2019). En igual sentido, *“se infiere que la legislación actual regula ambos tipos de acoso, al emplear la expresión que amenacen o perjudiquen su situación laboral o su oportunidad en el empleo”* (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-132-2014). A su turno, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo ha sostenido que *“se configura la conducta de acoso sexual no sólo cuando la persona afectada sufre un perjuicio o daño laboral directo en su situación al interior de la empresa, sino que también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo de trabajo, se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo.”* (Dictamen Ord. 1133/36, de fecha 21.3.2005).

3.2.1.- El hostigamiento sexual laboral

Esta forma de acoso sexual puede incluir el chantaje -denominado *“quid pro quo”*- o el acercamiento sexual indeseado.

En el caso del primero, se incluyen amenazas sexuales o sobornos que condicionan el empleo o son utilizados como base para las decisiones laborales como la obtención de determinadas ventajas, para mantener las que ya se disfrutaban, o para evitar una situación desventajosa. En efecto, el sujeto que comete la conducta, situado en una posición de mando, condiciona una

²⁷ Las fronteras de estas figuras conceptuales son, llevadas a los hechos, lábiles. Así, una puede dar lugar a la otra y viceversa. En ese sentido, se ha precisado *“que las conductas demostradas en el proceso examinadas conforme al concepto de acoso sexual ya visto, se estima que califican como conductas reiteradas de acoso sexual en el marco de una relación jerárquica, también llamado acoso coercitivo o quid pro quo y en cuanto tales conductas han ocurrido en el espacio de trabajo, dicho trato que va de jefe a subalterna, es decir, en una relación de verticalidad terminó conformando además un ambiente de trabajo antagónico y desfavorable (acoso ambiental) en el que a las denunciadas no les queda más alternativa que soportar el trato degradante y asumir las consecuencias de no adoptar una posición de tolerancia frente al trato recibido.”* (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-1370-2017).

decisión en el ámbito laboral (la contratación, la determinación de las condiciones de trabajo o el despido) a la respuesta que la víctima dé en el ámbito sexual.

Así, se ha identificado que la nota definitoria de esta forma de acoso radica en que se trate de *“exigencias sexuales de un superior, condicionándose a su aceptación, la obtención de determinadas ventajas laborales para la víctima.”* (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-914-2019).

En el caso del acercamiento sexual indeseado, no existe un chantaje sobre la víctima para que evite un trato laboral perjudicial u obtenga un beneficio por una prestación sexual, sino que hacer de ella un objeto directo de un comportamiento lascivo.

No obstante la calidad polimórfica del hostigamiento sexual ya apuntada en este informe, es posible relevar las principales conductas que, en la jurisprudencia laboral nacional que se cita, han sido consideradas formas constitutivas del mismo. Y que, además, sirven -desde el punto de vista de su enjuiciamiento- como elementos de prueba de dicho ilícito:

(a) Propuestas verbales o insinuaciones de contenido sexual

- *“Las propuestas verbales y los mensajes telefónicos forman parte de la posibilidad de acoso prevista por el legislador, y su contenido revela una intención de acercamiento sentimental con connotación sexual. En una ocasión el trabajador le insinúa una fantasía sexual con ella, en tanto que por mensajes telefónicos alude a nalgadas y besos y, en otro, derechamente le propone hacer un cuerpo pintado.”* (Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Rit T-94-2015).

- *“Que si el denunciado se hubiera limitado a tratar de conquistar a la denunciante y haber cesado en sus intentos una vez que ésta lo rechazó, muy probablemente no existiría reproche alguno y todo quedaría en el ámbito de una situación consentida. Sin embargo, como el denunciado no respetó la voluntad de la trabajadora y abusando de su posición de poder alteró las condiciones laborales que tenía hasta la fecha, la conducta de acoso sexual se configuró ya que: 1.- La declaración amorosa a una trabajadora casada implica una propuesta de carácter sexual; 2.- Esta propuesta y sus consecuencias no fueron consentidas por la trabajadora; y 3.- Se produjo un menoscabo para la trabajadora al transformarse en hostil el ambiente laboral.”* (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, T-132-2014).

- *“Que, en la especie se configuran conforme a los hechos acreditados las conductas constitutivas de aquél, efectuando insinuaciones el funcionario de la denunciada a la demandante tanto por vía telefónica como presencialmente.”* (Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, T-50-2018).

- *“volvió el entorno laboral de la demandante, intimidatorio, hostil, negativo, amenazante para ella, cometiendo sendos actos de connotación sexual, consistentes entre otras cosas, en miradas, invitaciones a salir, solicitudes expresas de requerimientos sexuales, intentos de besarla a la fuerza,*

tocaciones en los pechos y glúteos sobre la ropa” (Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-12-2015).

- “Que las sutilezas a las que se enfrentan los tribunales, en el ámbito de la calificación de los comportamientos que pueden generarse en materia de acoso sexual, entonces, resultan innumerables y exigen un examen múltiple, integral y coherente de las circunstancias fácticas del caso, muy lejano a una ponderación aislada. Así, en la especie, los sentenciadores razonan ya no solo en torno a una conversación o una fotografía sacada de manera furtiva, sino al contexto conformado por los acercamientos que persisten la reticencia y clara desatención de la receptora, el acoso visual y fotográfico, los mensajes y amenazas a través de terceros, e incluso, los malos tratos exteriorizados de manera verbal y corporal cuando la conexión de los servicios de ambos involucrados origina instancias en que el buen desarrollo o termino de las tareas de uno dependen del otro; todos aspectos tocados por cada una de las pruebas allegadas a los autos, especialmente las investigaciones llevadas a efecto por la empresa y la autoridad administrativa.” (Corte Suprema, Rol No. 3500-2010).

- “Las propuestas verbales y los mensajes telefónicos forman parte de la posibilidad de acoso prevista por el legislador, y su contenido revela una intención de acercamiento sentimental con connotación sexual. En una ocasión el trabajador le insinúa una fantasía sexual con ella, en tanto que por mensajes telefónicos alude a “nalgadas” y “besos” y, en otro, derechamente le propone hacer un cuerpo pintado.” (Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Rit T-94-2015).

(b) Los contactos físicos indeseados

- “Las cuatro testigos que presenta la denunciada relatan la existencia del requerimiento constante de abrazos y besos como protocolo de saludo en la empresa por parte del actor (sin que se probara por el denunciante que esto era parte de la cultura corporativa); que en ocasiones estos, como relata la testigo Sánchez, se acercaban a la comisura de los labios, de la boca. Que además el actor prodigaba invitaciones a almorzar y cenas sin un propósito laboral; que el actor además ejecutaba tocamientos consistentes en tomadas de mano, de brazo y de pierna en su auto, principalmente.” (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-1774-2018).

- “...tociación en una zona erógena, no deseada, en el ámbito del trabajo, que generó obviamente desagrado y vulneró la integridad psicológica, el derecho a no ser discriminada y el derecho a la intimidad y, por ende, un acoso sexual, en materia laboral” (Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, I-146-2018).

- “En el caso se dan todos los elementos de la definición legal. Existe un requerimiento de carácter sexual, que consiste en la tociación de las partes íntimas de la víctima” (Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, Rit T-92-2017).

- *“doña Nelly del Carmen Julio Aracena, realizó requerimientos de carácter sexual en perjuicio de doña María Paz Martínez Soto, primero la acometió físicamente, la forzó, con un beso en la boca, y luego le requirió iniciar y mantener relaciones sexuales, además de acercarse a ella con un comportamiento lascivo. Tales acciones las perpetró en el lugar de trabajo y fuera de éste.”* (Juzgado de Letras del Trabajo de Arica, O-45-2020).

- *“fue acosada sexualmente por el administrador del local en que trabajaba, mediante diversas y variadas conductas de connotación sexual no consentidas tales como el roce de sus manos en su cuerpo, la fricción de la zona pélvica del agresor con los glúteos de la agredida aprovechando la estrechez física de la zona en que se encuentran ubicadas las máquinas de café, el forzamiento para intentar besarla, la irrupción repetida en la zona de vestuarios y el fisgoneo mientras se vestían en ese lugar y usaban el baño, aprovechando una condición deliberadamente dispuesta y mantenida de visibilidad a través de puertas vidriadas en este último lugar. Las conductas fueron a diario, se insertaron en el marco de un acoso siempre rechazado manifiestamente con gestos de incomodidad y palabras por la demandante y fueron acompañadas por ofertas desembozadas para tener relaciones sexuales con él a cambio de prebendas bajo su disposición (mejorar su posición para percibir más propinas trasladándola al turno de mañana) o directamente dinero. Asimismo, las conductas descritas fueron acompañadas regularmente de un lenguaje y gestos obscenos (entre ellos asimilar su pene a una corrida de tazas dispuestas en un mesón) y alusiones vulgares a su persona frente a la clientela (tratamiento de “cuñadita” a hermana de Kebby y referencia a la ofendida como “carne de su propiedad” (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-512-2016).*

(c) La utilización insistente y reiterada de términos humillantes de connotación sexual o expresiones fuera de lugar

- *“Se han entendido como graves, el actor utilizaba un lenguaje inapropiado, haciendo alusiones físicas a las denunciadas y también a otras trabajadoras (como se comprobó posteriormente), adicionalmente en el hecho que el señor Varas en varias oportunidades tuvo acercamientos físicos, como, por ejemplo, agarrando por la espalda y aprisionando contra su voluntad a la señorita Riffo o acercándose a la señorita Triviños para decirle que le gustaba su perfume, sin contar, que incluso una de las testigos declaró haber sido besada a la fuerza por el actor.”* (Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia, Rit T-66-2019).

- *“las conductas que ha tenido el Sr. Rayo con su compañera de trabajo Sra. N.G., se califican como acoso sexual, dado que ésta última debió sufrir que aquel le pidiera insistentemente su teléfono; que comentara en forma irrespetuosa con compañeros de trabajo sobre su físico y sobre sus intenciones para con ella al decir que “no se iba a escapar antes de que terminara la temporada*

porque la iba a comer”; miradas incómodas de parte del trabajador demandante; que le dijera que se excitaba cuando ella cumplía su labor de pasar el rodillo por su vestimenta y que le dijera finalmente que era una amargada atribuyendo ello a su falta de actividad sexual, utilizando para ello términos soeces.” (Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, Rit T-30-2015).

- “Muchas de las expresiones reiteradas del Dr. Espinoza en los mensajes de WhatsApp que contienen intercambio de información sobre pacientes de la UPC, son alusivas a la esfera íntima, personal, atributos físicos de la Dra. Wells, incluyendo el envío de una fotografía de ella extraída por él de la página de Facebook de la actora (ver infra, forma y oportunidad en que jefe accede a esa red social de la actora). Aluden a expresiones generales sobre las características e inconvenientes de las relaciones sentimentales de los hombres (en genéricos; o respecto de hombres “viejos” como él) con “mujeres como ella” Denotan opiniones sobre cómo debería vestirse, especula sobre cuáles son sus medidas anatómicas, le hace saber sobre comportamientos propios y de terceros relativos a la observación regular de la doctora y comentarios sobre el atractivo que ella genera en otros. La invita a sentarse en sus piernas en una coyuntura especial (con ocasión de una fiesta de organización), despliega acciones en que, desde su posición jerárquica, gestiona ventajas (cambio de turno para poder asistir a una cena institucional), comenta su aspecto físico relacionándolo con dificultades para tomar decisiones relativas a su persona (despido), haciéndole ver de paso su posición jerárquica en la organización de la cual depende el empleo de la doctora y su contratación futura (supeditación de su conducta subordinada a las insinuaciones del jefe a un beneficio o perjuicio laboral futuro).” (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-309-2018).

- “Que el 1 de agosto de 2018 asume como jefe de tienda M.V.N., quien asumió un trato inadecuado e inapropiado con las mujeres, a quienes trataba de “amor”, “corazón”, negrita, la miraba con cara libidinosa, lo cual le provocaba una sensación de asco y rechazo hacia él, le miraba el trasero, una vez en un partido de fútbol, al celebrar un triunfo, se abalanzó sobre la actora la abrazó, haciendo caso omiso a su solicitud de que depusiera su actitud con ella. Otra vez le dijo “oye flaca, te ves hot con lentes”, comentario que no se puede interpretar sino que como una frase de explícita connotación sexual.” (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-59-2019).

3.2.2.- Acoso sexual ambiental

Por su parte, el acoso sexual ambiental en el trabajo se caracteriza por conductas de carácter obsceno, que buscan o producen un entorno hostil o intimidatorio en el espacio del trabajo²⁸.

En este caso, la configuración de la conducta no está asociada a una promesa o amenaza de consecuencias favorables o desfavorables en las condiciones de trabajo, o a un acercamiento indeseado con pretensiones lascivas, sino que a un espacio laboral trufado de intimidaciones, ridiculización, insultos u otros actos obscenos que generan un ambiente hostil y humillante que puede afectar a las trabajadoras y trabajadores que forman parte del mismo²⁹. Así lo ha indicado la jurisprudencia al definirlo como *“conducta de hostigamiento sexual que produce para la víctima, un entorno laboral humillante u hostil, sin necesidad que se ofrezca alguna ventaja laboral, por ejemplo, bromas reiteradas de orden sexual en el ambiente de trabajo, uso de lenguaje impropio y ofensivo, requerimientos para usar ropa insinuante, entre otros.”* (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-914-2019).

En idéntico sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago precisa que este tipo de acoso *“se caracteriza por la existencia de un entorno laboral cargado, es decir situaciones en que el trabajador/a se siente incómodo en su ámbito laboral como consecuencia de las continuas referencias sexuales de las que es objeto y la consecuencia que tiene lugar es que la conducta del acosador incide en el medio ambiente o entorno laboral”* (Rol No. 7488-2009).

Se trata de conductas que, en todo caso, pueden provenir, tanto de una jefatura o alguien que detente poder dentro del ámbito de la empresa, como parte de un compañero de trabajo. A modo de ejemplo, *“se daría los presupuestos de un acoso sexual ambiental u horizontal, toda vez que el señor Juan Carlos Sotomayor trabajaba en el área de seguridad igual que la demandante, conocía los horarios de ella y los demás compañeros, por lo que buscaba los cambios de turnos para acercarse a ella sin que se encontraran otros guardias en el lugar, a la vez la amenazaba con el hecho que si ella contaba nadie le creería, por la antigüedad laboral que él tendría; los requerimientos de carácter sexual se hicieron en el lugar donde la trabajadora desarrollaba sus*

²⁸ Así lo ha entendido, por ejemplo, el Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, *“cabe destacar que a raíz, de este acoso la trabajadora vio perjudicado el ambiente laboral al tornarse éste intimidante para ella, pues relató durante el juicio que prefería alejarse de la mesa de trabajo del actor, tratando de no pasar por ahí; que ya no podía trabajar tranquila...”* (Rit T-30-2015).

²⁹ En este sentido, el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción ha precisado *“el ambiente hostil y humillante de trabajo, como ocurre en este tipo de acoso, importa indefectiblemente una lesión o perjuicio a la situación laboral de la víctima que constituye una conducta de hostigamiento sexual que genera para la víctima un entorno laboral humillante y hostil, sin que se requiera que el acosador ofrezca ventajas laborales de ningún tipo.”* (Rit T-94-2015).

labores, específicamente la sala de monitoreo, volviendo su entorno laboral intimidatorio, hostil, negativo para la demandante” (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-935-2012).

En el caso del acoso laboral ambiental han sido consideradas por la jurisprudencia nacional, como conductas relevantes en la constitución y acreditación de éste, las siguientes:

- “Las conductas demostradas en el proceso y escrutadas a la luz del marco conceptual delineado precedentemente, califican sobradamente como conductas reiteradas de acoso sexual en el marco de una relación jerárquica (acoso quid pro quo) y en cuanto se verifican en un espacio de comunicación regular creado principalmente para el intercambio de información profesional en el ejercicio de las labores regulares que involucra a los médicos de la Unidad en que labora la víctima, exorbitan la esfera del chantaje y trato degradante proferido únicamente de manera vertical por el ofensor hacia la víctima, configurando también un ambiente de trabajo hostil (acoso ambiental) en el que sus pares toleran, interactúan, posibilitan y reproducen el escenario degradante en que se manifiesta la dualidad de poderes que se despliega situando a la Dra. Wells como víctima.” (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-309-2018).

- Se señala la existencia de un ambiente laboral “altamente sexualizado”, propiciado e impuesto por el administrador del establecimiento, quien hizo continuos requerimientos de índole sexual a la actora, siendo no consentidos por ésta. No siendo significativo que la demandante haya sido extrovertida y haya respondido los decires y bromas de índole sexual” (Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Rit T-87-2016).

- “debe reconocerse que la conducta del denunciado, si bien ha sido ilegal acorde lo ya razonado, no ha sido de una gravedad suficiente para estimar que ha existido aquí un chantaje sexual en los términos de condicionar la permanencia de la trabajadora o sus condiciones laborales a ofrecimientos sexuales. En otras palabras, no se está frente al acoso quid pro quo, sino frente a un acoso sexual ambiental, porque lo que ocurrió frente a la negativa a aceptar la proposición amorosa del denunciado es que las condiciones de trabajo de la actora se volvieron hostiles y eso determinó el daño que invoca.” (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, T-132-2014).

- “Que en consecuencia, del modo en que se ha ponderado la prueba aportada por la parte demandante y conforme a las reglas del alivio probatorio de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 493 del Código del Trabajo a este Tribunal se le generó una sospecha fundada de que existió lesión del derecho a la integridad psíquica, al derecho a la protección de la vida privada y honra de la demandante, y al derecho a no ser discriminada en razón de su sexo (el énfasis es propio), por cuanto que del mérito de la prueba aportada se develó la existencia de un clima laboral sexualizado propiciado e impuesto por la conducta del cónyuge de la demandada y administrador de su establecimiento comercial Minimarket “El Crispín” constitutivas indiciariamente de acoso sexual y que dicha conducta no fue consentida por la demandante quien se encuentra afectada en su salud mental a causa de un cuadro depresivo.” (Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Rit T-87-2016).

- *“...se descubre un trato inadecuado del demandante hacia a lo menos 4 otras trabajadoras del local en que prestaba funciones, con preguntas íntimas, insinuaciones, propuestas de naturaleza íntima, configurando lo que se entiende como un acoso laboral ambiental.”* (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-3690-2019).

3.2.3.-Acoso sexista

Por último, el acoso sexista según dijimos antes, difiere del acoso sexual en cuanto a que se materializa a través de la reiteración de conductas que formulan un desprecio hacia las trabajadoras, posicionándolas en un plano de inferioridad y/o cosificación. En rigor, en ese sentido, se trata de prácticas al interior de la relación de trabajo que se estructuran sobre una jerarquización entre los sexos³⁰.

Se expresa de diferentes maneras, pudiendo materializarse a través de conductas verbales, pero también de actos corporales. Así, por ejemplo, gestos, comentarios, expresiones o chistes desde una lógica que da por sentado que una mujer está en una situación de inferioridad y falta de autonomía respecto del hombre. O bien conductas que sitúen a la mujer en una situación cosificante, como algo que puede ser apesado, un objeto de deseo, adoptando la mujer el rol pasivo, de tolerancia o silencio.

Las conductas descritas caben conceptualizarse como conductas discriminatorias en función de la condición de mujer de la víctima. A dicha conclusión se ha referido la jurisprudencia, al sostener que el acoso sexual en tanto ilícito pluriofensivo tiene la potencialidad de lesionar varios derechos fundamentales, entre ellos el de no discriminación, *“al desplegarse conductas que exteriorizan la concepción de la mujer en un rol subordinado en razón de su condición de mujer, en que solo por el hecho de serlo se entiende normalizado que sea objeto y foco de asedio sexual...”*. Así, resultan reprochables las siguientes prácticas al interior de la relación de trabajo *“emite expresiones groseras y altamente ofensivas sobre otras profesionales del Hospital con ocasión de lo que se describe sería un incumplimiento a hacer una atención (“así son estas maracas cul...”)*. Envía chistes y memes sexistas, en los que predomina una visión degradante del sexo femenino. A modo de ejemplo: la referencia a edad de mujer y whisky (mujer como objeto sexual y relación de poder masculino sobre femenino), meme sobre analogía de mujeres y huracanes (mujer denigrada en su

³⁰ Como se ha sostenido dicho acoso es manifestación sexual de poder “en donde ese “poder” es derivado del modelo sociocultural que legitima las diferencias históricas entre hombres y mujeres” cuestión derivada “de un esquema de “organización social patriarcal”, en donde se puede explicar esta situación de violencia sobre todo por el poder y el privilegio de los hombres sobre las mujeres” CAMACHO, A. “Acoso laboral basado en el sexo: Entendiendo realmente el fenómeno”, Dilemas, Revista de Estudios de Conflicto e Controle Social, Vol. 11, N° 3, Rio de Janeiro, 2018, p 523.

trato y adscrita a estereotipo complementario al hombre y asignada al espacio doméstico). Alusión ofensiva a un paciente, al que califica de “mujercita” lo que da cuenta de la adscripción de un atributo peyorativo asociado a la condición de mujer, al tiempo que resulta indiciario de una percepción homofóbica, la que debe aunarse al reconocimiento en estrados de haber proferido en alguna oportunidad expresiones en tono de burla sobre la homosexualidad.” (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-309-2018).

IV. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN ACOSO SEXUAL, GARANTÍAS Y ESTÁNDAR DE PRUEBA

4.1.- Investigación del acoso sexual: derechos fundamentales y proporcionalidad

El procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual en los lugares de trabajo se encuentra, como ya dijimos, regulado en el Código del Trabajo, en las normas contenidas en el Título IV, Libro II, artículos 211-A y siguientes.

De partida, cabe señalar de dicho procedimiento algunas consideraciones generales. Primero, no equivale a un procedimiento judicial; y segundo, se establecen garantías para los involucrados - víctima y victimario-. Dichas garantías operan desde una doble perspectiva: las mínimas de procedimiento desde un punto de vista legal y las derivadas de los derechos constitucionales de los trabajadores involucrados.

En efecto, el procedimiento de investigación no es, en sentido jurídico, un procedimiento judicial, ni tampoco uno administrativo. Se trata de un procedimiento establecido al amparo de la relación laboral regulada por el derecho, ejecutado por el empleador en calidad de tal, respecto de trabajadores con los que mantiene una vinculación de trabajo.

La principal consecuencia de lo anterior es que ni el Código del Trabajo en la regulación procedimental citada, ni las normas que establecen el ejercicio de derechos fundamentales en el marco de la relación laboral, contemplan la exigencia de un debido proceso en sentido técnico-constitucional, entendido como una garantía constitucional operativa respecto de las actuaciones judiciales.

Lo anterior no significa, obviamente, que los involucrados en dichos procedimientos carezcan de garantías que los protejan. Existen dos formas de protección de los afectados desde el Derecho del Trabajo, ya en calidad de victimarios o víctimas, y que operan como estándares jurídicos que de no satisfacerse tornan en ilícito el procedimiento respectivo.

Por un lado, el procedimiento del empleador debe sujetarse a las garantías legales determinadas en el Código del Trabajo. Y, por otro, el procedimiento no debe afectar los derechos fundamentales de los trabajadores involucrados -ni de la víctima ni del victimario- en el marco de las normas de tutela laboral.

Veremos a continuación cada una de las dimensiones señaladas.

A) Procedimiento y garantías legales:

Tal como fue referido con anterioridad, la ley obliga al empleador a introducir en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores (artículo 153, inciso 2° del Código del Trabajo), y además, se establece expresamente que el contenido del mismo deberá incluir el procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual (artículo 154, N° 12 del Código del Trabajo).

Las medidas y procedimiento que la Ley prescribe al empleador están establecidas en el artículo 211 del Código del Trabajo, siendo sus etapas las siguientes: denuncia escrita, adopción de medidas de resguardo, investigación y aplicación de medidas y/o sanciones.

Así, el procedimiento de investigación se inicia con la presentación de un reclamo escrito por parte de la víctima del acoso sexual. La misma podrá presentarse -a elección de la trabajadora o trabajador afectado- ante la Inspección del Trabajo o ante la empresa.

Al respecto, la jurisprudencia ha entendido que esta exigencia formal requerida para provocar la intervención del empleador pierde relevancia a la hora de analizarla desde la perspectiva de las garantías constitucionales comprometidas. Así, se ha precisado que “...no resulta admisible que la falta de una denuncia escrita de la trabajadora respecto de las conductas de acoso sexual permita al empleador tolerar el abuso de un superior jerárquico respecto de una trabajadora, más aún cuando, como ya se ha reseñado en cuanto a los hechos, aparece evidente una conducta hostil...” (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-182-2012)³¹.

Una vez recibida la denuncia, si fuera ante el empleador, éste debe adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados. Conforme al artículo 211-B, las mismas pueden consistir en la separación de los espacios físicos o la redistribución del tiempo de jornada, considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo. En el entendido que la ley enumera las medidas de resguardo a título de ejemplo, nada obsta a que el empleador pueda adoptar otras medidas distintas a las señaladas siempre que consten en el propio Reglamento Interno.

³¹ En idéntico sentido “la denuncia por escrito, si bien es cierto, es el medio idóneo de poner en conocimiento de la situación de estar siendo un trabajador víctima de acoso sexual a su empleador, no puede entenderse, que sin ésta, se pueda hacer caso omiso de los hechos que sean relatados en forma verbal y adoptar una actitud pasiva como ha ocurrido en el caso de autos, más aún cuando el propio supervisor de la trabajadora le dice que deje todo en sus manos.” (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-935-2012).

Como se mencionó antes en este informe, el empleador tiene una obligación general de garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto (artículo 153 del Código del Trabajo) además de un deber de cuidado (artículo 184 del Código del Trabajo), ello, sumado a la facultad disciplinaria y de dirección como elementos formativos de la relación laboral, exigen, a lo menos, que el empleador adopte las medidas de protección que sean idóneas³², suficientes y eficaces³³ para garantizar el debido resguardo de las personas involucradas en las denuncias de conductas de este tipo.

A continuación, se debe disponer la realización de una investigación interna de los hechos³⁴ o, en el plazo de cinco días, remitir los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva, para que ésta sea la que efectúe la investigación.

La ley contempla que el empleador realice una investigación de carácter sumaria que no podrá exceder del plazo de 30 días. La misma, debe realizarse con la suficiente independencia y objetividad que den garantías a los trabajadores involucrados de la tutela de sus derechos.

En el procedimiento recién descrito, la ley establece un conjunto de garantías para los afectados - víctima y victimario-consistentes en la escrituración, la bilateralidad y la confidencialidad de la investigación³⁵.

³² "la denunciada sometió al actor a un test psicológico sin causa aparente más que la denuncia referida tantas veces, infringiendo la normativa legal, llegando inclusive a concluir un patrón de personalidad (un perfil maltratante) y proponer una conclusión que da cuenta de la inexistencia de causa en relación a ella, ya que refiere que la ineptitud para un cargo de jefatura. Que de esta forma estimo que las medidas adoptadas se estiman no idóneas y desproporcionadas en relación con el mérito de los antecedentes..." (Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Rit T-71-2018).

³³ "En consecuencia, la única medida adoptada por la empresa al momento que la trabajadora Elizabeth Jara y su compañera de trabajo Stephani Araneda denuncian verbalmente el acoso, es la de gestionar una reunión con el jefe de guardia don Mauricio Rojas, a fin de que las trabajadoras denunciaran por escrito lo vivenciado, medida que no fue eficaz para otorgar una protección adecuada a la trabajadora, ya que los compromisos allí acordados, esto es, modificar el cargo y el lugar de trabajo del señor Juan Carlos Sotomayor, no se cumplieron, ya que la prueba da cuenta que no existió cambios en la práctica" (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-935-2012).

³⁴ Sobre el deber de investigar, se ha precisado "hechos que si bien revisten el carácter de delictivos, y por lo mismo gravísimos, no legitimaban un despido verbal sin mediar una investigación, conforme lo establece expresamente el procedimiento de investigación y sanción del acosos sexual, establecido en el Título IV, Libro II del Código del Trabajo, artículos 211-A al 211-E, que básicamente establecen un debido proceso que legitima el ejercicio de la potestad disciplinaria del empleador, el cual contempla que el trabajador denunciado sea oído, que se investigue en forma reservada, y se adopten medidas que garanticen la protección de la víctima, contemplando asimismo un informe que se debe efectuar por la Inspección del Trabajo, en forma previa a aplicar medidas o sanciones que correspondan." (Juzgado de Letras de Nueva Imperial O-30-2017).

En efecto, se señala en la ley que, si se optare por una investigación interna, ésta deberá constar por escrito, lo que significa que las distintas actuaciones que se lleven a cabo en el marco del proceso investigativo deben ser debidamente registradas.

Asimismo, hay una exigencia legal de que ambas partes sean oídas y que puedan estructurar su defensa y argumentar sus dichos. Para ello, es importante que los involucrados sean debidamente notificados de las actuaciones que se den en el marco del proceso investigativo.

Finalmente, se agrega la exigencia de que la investigación sea llevada en estricta reserva y que las conclusiones que resulten del proceso, deben ser remitidas a la Inspección del Trabajo para que ésta revise la investigación y formule sus observaciones.

Recibido el informe de la Inspección del Trabajo, ya sea con las observaciones a la investigación interna efectuada por el empleador, o bien, con las conclusiones que surjan de su propia investigación, el empleador deberá aplicar las medidas o sanciones que correspondan, dentro del plazo de quince días.

Las sanciones que pueden aplicarse deberán estar establecidas en el reglamento Interno, aunque conforme al artículo 154, No. 10 del Código del Trabajo, sólo podrán consistir en amonestación

³⁵ A modo de ejemplificar lo enunciado antes, el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, ha entendido *"la demandada no adoptó las medidas suficientes y necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de la denunciante, en cuanto permitió que los antecedentes de la denuncia se filtraran e incluso hizo pública por medio de una reunión, la existencia de la denuncia como su contenido, situación que natural y obviamente afectó a la demandante en sus relaciones con sus compañeros de trabajo, generando un clima laboral a lo menos tenso, transgrediendo con ello su deber de mantener la investigación en estricta reserva como exige el artículo 211 C del Código del Trabajo. Además, el empleador negó a la denunciante los permisos con goce de remuneraciones que ella solicitó y sí se los otorgó al denunciado durante varios meses, situación que contraría la lógica y que lleva a concluir que al menos en este orden de cosas el empleador no ofreció la debida protección a la denunciante, quien no obstante ser la víctima de una situación de acoso sexual debidamente comprobada por la investigación interna efectuada por la propia demandada, no recibió durante el transcurso de la misma el trato acorde e igualitario en cuanto a su situación laboral, viéndose evidentemente perjudicada en relación a la situación del denunciado. Y por último, aun sabiendo el empleador que la demandante había sido objeto de una situación evidente y clara de acoso sexual por un jefe directo, no propuso sanción alguna para el denunciando en el informe de investigación, pese a encontrarse obligado a ello conforme al Reglamento Interno de la empresa y además y de mayor importancia, no le informó a la denunciante el resultado de la investigación interna, viéndose claramente afectada por la inseguridad e incertidumbre de que al volver a trabajar podría verse expuesta a encontrarse con su agresor, circunstancias que en su conjunto permiten concluir que la demandada incurrió con ocasión de estos hechos, los que además configuraron claramente las causales fundantes de la decisión de la trabajadora de poner término a su contrato, en actos vulneratorios de sus derechos fundamentales, afectando su derecho a la integridad física y psíquica y su derecho a la honra"* (Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Rit T-286-2017).

verbal, censura por escrito y multa de hasta 25% de la remuneración diaria del trabajador. Además, el empleador podrá despedir a la trabajadora o trabajador imputado, si resulta comprobada del proceso investigativo su responsabilidad en la comisión de conductas de acoso sexual (artículo 160 No. 1 letra b) del Código del Trabajo).

B) Procedimiento y garantías constitucionales

Como dijimos, el procedimiento no debe afectar los derechos fundamentales de los trabajadores involucrados, ni de la víctima, ni del victimario, en el marco de las normas de tutela laboral. Dichas normas no reconocen como un derecho fundamental del trabajador contra el empleador protegido en el espacio de la relación de trabajo, al debido proceso. No se encuentra en el catálogo de derechos previstos por el artículo 485 del Código del Trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, dichas normas sí establecen otros derechos fundamentales que deben ser respetados por el empleador, y que pueden ser afectados en el transcurso del procedimiento de investigación de acoso sexual llevado adelante por el empleador. Particularmente relevante parece en este punto los derechos fundamentales previstos en las normas de tutela laboral tales como la integridad física y psíquica, la privacidad, la honra y el derecho a la no discriminación.

Tanto desde el punto de vista de la víctima, como del trabajador afectado por una denuncia de acoso sexual, existen intereses vitales asociados a su dignidad, que deben ser resguardados en el marco de un procedimiento de investigación y sanción.

Es razonable sostener que, por el solo hecho de implementar un procedimiento de esta naturaleza, se verán en algún modo afectados, particularmente la privacidad y la honra de los involucrados. Sin embargo, la cuestión relevante a ser resuelta es en qué punto y bajo qué criterio dicha afectación deviene en ilícita.

En este informe sostendremos que dicho criterio es el principio de proporcionalidad. Así, las actuaciones o medidas adoptadas o implementadas por el empleador al amparo de un procedimiento de esta naturaleza no deben ser consideradas ilícitas si son susceptibles de ser consideradas proporcionadas al fin perseguido: la represión del acoso sexual en los espacios y lugares de trabajo, en resguardo de la autonomía de la trabajadora o trabajador afectado.

La justificación normativa del principio de proporcionalidad es tanto de derecho internacional, como de derecho interno.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido *“no es más que la aplicación de un principio general de interpretación jurídica derivado de la matriz general de racionalidad. En*

consecuencia, la ponderación está contemplada en el propio artículo 13.2 de la Convención”, lo que supone para el caso específico de las restricciones a la libertad de expresión que “deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrentes: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (“el respeto a los derechos a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”), y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Lagos del Campo vs. Perú, 31 de agosto de 2017, párrafo 101).

En el caso del derecho chileno, existe un significativo reconocimiento en el propio Derecho del Trabajo, ya que la norma legal laboral ha recogido expresamente la idea de la proporcionalidad. El artículo 485 del Código del Trabajo establece que los derechos fundamentales del trabajador se entenderán lesionados cuando sean limitados por el empleador *“sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada”*. A su turno, el artículo 493 del Código del Trabajo exige del empleador que, ante la presencia de indicios de vulneración, acredite la justificación de su conducta y *“su proporcionalidad”*.

¿Cómo opera el principio de proporcionalidad?³⁶

Efectivamente, el principio de proporcionalidad, en su versión más sofisticada y más extendida –el denominado *“test alemán”*- implica la realización de tres juicios o subprincipios: el juicio de la idoneidad, el juicio de la necesidad y el juicio de la proporcionalidad en sentido estricto.

De partida, el juicio de idoneidad exige que la restricción al derecho fundamental de que se trate permita alcanzar efectivamente un fin legítimo. De esta forma, la conducta del empleador que, en el ejercicio de sus facultades, restringe el derecho fundamental del trabajador, debe permitir alcanzar o satisfacer efectivamente una finalidad amparada constitucionalmente, que en este caso, es la sanción del acoso sexual como conducta pluriofensiva de derechos constitucionales de la trabajadora afectada.

El juicio de necesidad, a su turno, importa que la medida o restricción del derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa más benigna respecto del derecho fundamental en cuestión. En ese sentido, será necesaria y proporcionada la medida

³⁶ Respecto del principio de proporcionalidad en el marco de las normas de tutela laboral, ver Ugarte, J.L., *Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, pp. 247-308.

que restringe derechos fundamentales sólo cuando no exista un medio menos gravoso de obtener el objetivo perseguido.

Por último, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Cuando la restricción es considerada idónea y necesaria, corresponde revisar si ella, además, es proporcional en sentido estricto. Si para el logro de una finalidad legítima derivada de un derecho fundamental, se requiere indispensablemente la restricción de otro derecho fundamental, de modo tal que la satisfacción de uno solo puede realizarse a costa del otro, debe aplicarse el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Dicho juicio puede expresarse, como ya lo habíamos adelantado en esta tesis, en la denominada ley de la ponderación: cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de no satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro.

Esta operación supone tres pasos básicos, según el desarrollo de la literatura y jurisprudencia comparada³⁷, como nacional³⁸. Primero, determinar el grado de afectación o restricción de un derecho fundamental; segundo, determinar el grado de importancia del derecho que opera en sentido contrario; y tercero, debe compararse a ambos para establecer si la importancia de uno justifica la restricción del otro. Para hacer operativo este ejercicio de asignación de peso, y por ende, permitir la comparación entre los derechos en colisión, se propone una escala triádica de intensidad: grave, media o leve.

Para aplicar el principio de proporcionalidad así estructurado a las restricciones de derechos fundamentales de los trabajadores afectados, tanto en calidad de víctima, como de victimario, por la ejecución de un procedimiento disciplinario de investigación de acoso sexual, es necesario distinguir la situación de las partes involucradas.

Desde el punto de la vista de la denunciante, el principio de proporcionalidad supone una exigencia de protección adecuada, y desde el punto de vista del denunciado, una exigencia no interferencia excesiva. Puesto en términos deónticos, el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual se mueve entre dos mandatos: la prohibición de insuficiencia y prohibición de exceso.

Efectivamente, desde el punto de vista de la o del denunciante, en el curso de la investigación no se vulneran sus derechos fundamentales y hay una actuación lícita del empleador, cuando

³⁷ Por todos ver Bernal Pulido, C., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2017, p. 687 y ss.

³⁸ Ugarte, J.L., *Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, p. 256.

efectivamente se adoptan medidas idóneas, necesarias y proporcionadas para garantizarle el cese del acoso y la garantía de no repetición. Como señala la ley en términos explícitos, en el artículo 211-A del Código del Trabajo, el empleador *“deberá adoptar las medidas de resguardo necesarias”* respecto de los involucrados.

Si el empleador no actúa adoptando dichas medidas de resguardo o las que adoptan son inidóneas -no protegen a la denunciante-, innecesarias -hay otras medidas más eficaces- o desproporcionadas -son muy débiles para la gravedad del hecho denunciado-, debe considerarse su actuación ilícita y vulneratoria de los derechos fundamentales de la denunciante.

En ese sentido, la proporcionalidad como criterio de medición sobre el cumplimiento de las medidas de resguardo en el caso de la investigación de acoso sexual, comienza progresivamente a ser recepcionada por la jurisprudencia laboral: *“es así que se concluye, que la única medida adoptada por la denunciada respecto de las denuncias de los actores en contra de su jefe directo Sr. Víctor Carrillo, fue la de ordenar instruir sumario. Es del caso, que la medida adoptada por la denunciada en favor de los actores resulta totalmente insuficiente, y no acorde a la gravedad de los hechos denunciados y por tanto, no proporcionada, pues no dice relación directa con el resguardo efectivo de los actores, cuestión que debió procurar con otras acciones.”* (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-354-2017).

En el mismo sentido de falta de proporcionalidad en la protección de la denunciante de acoso sexual: *“en consecuencia, la única medida adoptada por la empresa al momento que la trabajadora Elizabeth Jara y su compañera de trabajo Stephani Araneda denuncian verbalmente el acoso, es la de gestionar una reunión con el jefe de guardia don Mauricio Rojas, a fin de que las trabajadoras denunciaran por escrito lo vivenciado, medida que no fue eficaz para otorgar una protección adecuada a la trabajadora, ya que los compromisos allí acordados, esto es, modificar el cargo y el lugar de trabajo del señor Juan Carlos Sotomayor, no se cumplieron, ya que la prueba da cuenta que no existió cambios en la práctica”* (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-12 2015).

Desde el punto de vista del denunciado, el deber del empleador en el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual es que en su implementación no se afecten desproporcionadamente -en exceso- los derechos fundamentales del trabajador denunciado. Eso supone que la investigación del acoso sexual puede ser eventualmente restrictiva de algunos derechos fundamentales del denunciado, previsiblemente la honra y la privacidad, pero no necesariamente lesiva de los mismos, atendida su justificación proporcionada.

De este modo, las medidas que el empleador adopte dentro del procedimiento de investigación que afecten o restrinjan uno o más derechos fundamentales del trabajador denunciado, no

devienen en ilícitas cuando se tratan de medidas justificadas proporcionalmente. En ese sentido, medidas como la separación del lugar de trabajo de la denunciante y/o del denunciado, o la prohibición de interacción laboral entre las partes, o cualquier medida análoga de distanciamiento o redistribución de jornada de los involucrados, son exigibles para la protección de la víctima, y son lícitas si se tratan de medidas idóneas, necesarias y proporcionadas para el fin legítimo perseguido por el empleador, y que el propio sistema legal le impone, que no es otro que garantizar la consecución de la represión del acoso sexual en el trabajo.

Por el contrario, si en la ejecución de la investigación el empleador adopta una medida que no sea idónea -no tiene sentido para el éxito de la investigación-, no es necesaria -existen otras que logran el mismo resultado para la investigación, pero no afectan o afectan menos los derechos fundamentales del denunciado- o es desproporcionada -afecta gravemente los derechos del denunciado y solo ayudan marginalmente a la investigación-, se trata de una conducta ilícita cometida por el empleador.

4.2.- Valoración de la prueba en el acoso sexual: estándar y declaración de la víctima

En la investigación y sanción de acoso sexual, es posible plantear la cuestión de la existencia de un estándar de prueba a ser satisfecho por el empleador.

Para resolver dicha cuestión es necesario, explicar previamente cuales son las reglas que regulan la valoración de la prueba del acoso sexual en el derecho chileno, particularmente la cuestión del estándar de prueba, y determinar cómo dichas reglas afectan al empleador en casos de acoso sexual laboral y sexista.

En relación con la **valoración de la prueba** en los procesos judiciales por acoso sexual y sexista en el lugar de trabajo, que se canalicen preferentemente por la vía del procedimiento de tutela, pero también para aquellos que se materialicen por la vía del procedimiento de auto-despido, cabe apuntar, de partida, que al interior de los mismos se dispone la aplicación de un sistema de apreciación de la prueba conforme a la sana crítica (artículo 456 del Código del Trabajo³⁹).

Tradicionalmente se define las reglas de la sana crítica como *“las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero*

³⁹ “El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.”⁴⁰. Por su parte, Horvitz y López entienden a la sana crítica como aquel sistema “caracterizado por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión, haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”⁴¹.

En efecto, el legislador ha impuesto a los jueces el deber de explicar las razones y fundamentos jurídicos, lógicos, científicos, técnicos y de experiencia, sobre los que cimientan sus decisiones, todo lo cual debe quedar consignado en la sentencia definitiva.

De este modo, el sistema de valoración probatoria en el proceso laboral se encuentra construido sobre el reconocimiento expreso de límites a la labor del juez, los que clásicamente son el respeto de las reglas básicas impuestas por la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia. Necesariamente a lo anterior debemos añadir la obligación del Tribunal de expresar con claridad y precisión el desarrollo del fundamento de la decisión adoptada, lo que permite el control de la misma y su aceptación por los involucrados, como, asimismo, la adecuada presentación de recursos por las partes del litigio, según sea el caso.

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado *“por ello es posible sostener que la sana crítica, es un sistema que atiende a parámetros objetivos -o al menos intersubjetivos- en la valoración, en vista que tal sistema se basa en elementos que pueden ser compartidos por todo sujeto racional al no basarse en convicciones psicológicas o personales, sino, que en las pruebas rendidas en el proceso, debiendo en todo caso primar criterios de racionalidad y objetividad. Por ello, el juzgador debe ajustarse en todo momento a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos, de ahí que necesariamente tenga -el juez- la obligación de exteriorizar el razonamiento probatorio, plasmándolo en la sentencia como única forma de controlar su racionalidad y coherencia.”* (Corte Suprema, Rol No. 16.445-2018).

Una cuestión relacionada con lo anterior, dentro de la regulación de la valoración de la prueba en el derecho procesal laboral, es la del **estándar de prueba**. Dicha cuestión atiende más que al problema de cómo y con qué tipo de argumentos se debe justificar la decisión probatoria, al nivel o umbral en que debe darse por probado un hecho que forma parte del razonamiento judicial.

⁴⁰ Couture, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 195.

⁴¹ Horvitz, M.I., y López, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 150.

En efecto, cabe señalar que la idea de un estándar de prueba nos remite al *“umbral a partir del cual aceptaremos como probada una hipótesis”*⁴². La regla jurídica que fija el estándar va dirigida al órgano judicial⁴³, para ser aplicada a la hora de confeccionar la sentencia y dar por acreditado los hechos que serán parte del razonamiento probatorio de la misma.

En ese sentido, no existe, en rigor, un estándar de prueba para el empleador impuesto por el derecho laboral chileno para los procedimientos de investigación y sanción del acoso sexual. La posición del empleador, desde el punto de vista jurídico, no deja de ser -ni nada más, ni nada menos- la de una de las partes de la relación laboral. De ahí, que no existe norma jurídica alguna del sistema legal que le imponga un criterio para determinar cuándo debe dar por acreditado los hechos constitutivos de un caso de acoso sexual.

Y si bien en el acoso sexual es puesto por la ley en la posición de investigación y sanción, como ya explicamos antes, cuestión justificada por su posición de garante y deudor de protección de los trabajadores, ello no supone, como es obvio, que su función trasmute de disciplinaria laboral a propiamente jurisdiccional.

Lo anterior no significa, como es obvio, que la cuestión del estándar de prueba no sea relevante para el empleador. De existir acciones judiciales en su contra por sus actuaciones en la materia, la evaluación judicial será efectuada en base al estándar que el derecho le impone al juez de la materia respectiva.

Cabe, entonces, determinar cuál es el estándar de prueba que el derecho laboral chileno aplica al acoso sexual y sexista.

Generalmente, estas conductas constitutivas del ilícito se suelen encubrir en acciones aparentemente lícitas y no lesivas, atendida la constatación del propio empleador del rechazo social que dichas conductas provocan, de ahí que sea una práctica común la ocultación del sentido de su acción. Eso hace difícil la acreditación del móvil o de la finalidad discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales.

42 Ferrer, J., La valoración racional de la prueba, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 139.

43 Así lo ha entendido la jurisprudencia al estimar que *“la ley laboral no exige la tramitación de un juicio de aquellos reglados en el Código del Trabajo, o en el Código de Procedimiento Civil, o en el Código Procesal Penal, o cualquier norma procesal, sino que basta una investigación donde se escuchen los descargos de la denunciada, se reciban los antecedentes pertinentes para establecer la veracidad, o no, de la denuncia, y que concluya con una solución medianamente razonada, y es precisamente lo que demuestra la investigación interna”* (Juzgado de Letras del Trabajo de Arica, Rit O-45-2020).

Lo anterior, sumado al contexto probatorio hostil en que se debe obtener la prueba que de soporte fáctico a la tutela de los derechos fundamentales⁴⁴, evidencian el difícil escenario probatorio que la trabajadora o el trabajador deben enfrentar en las denuncias de acoso sexual. Ante esta dificultad, resulta imprescindible la reducción del esfuerzo probatorio en los procesos de tutela de derechos fundamentales.

En el caso chileno, esta es -precisamente- la solución adoptada, ya que a efectos de otorgar una tutela efectiva de dichos derechos la norma introduce en el marco de la tutela laboral, la siguiente regla: *“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”* (artículo 493 del Código del Trabajo).

Respecto de la naturaleza de la reducción probatoria establecida en el artículo 493 del Código del Trabajo, cabe señalar que no se trataría de un riguroso caso de inversión de la carga probatoria -el denominado *onus probandi*-. En efecto, no es suficiente que se alegue una lesión de derechos fundamentales para que se traslade al empleador la carga probatoria, y por ello, no se altera el axioma de que corresponde probar un hecho al que lo alega fundado en lo dispuesto en el artículo 1.698 del Código Civil: *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*.

Se trata, en rigor, de una técnica más débil. La víctima o denunciante de acoso sexual o sexista, no está completamente liberada de prueba, sino que debe acreditar la existencia de indicios suficientes de la ocurrencia de la conducta lesiva, para que en ese caso, y sólo en ese caso, se aproveche la trabajadora/trabajador denunciante de la regla prevista en el artículo 493 del Código del Trabajo.

Al respecto ha señalado la jurisprudencia en casos de acoso sexual *“que el artículo 493 del Código del Trabajo pone de parte del demandado la carga probatoria cuando resulten indicios suficientes de vulneración de derechos fundamentales del actor. Pero previo a la aplicación de esta norma es necesario que el juez de por establecida la existencia de dichos indicios, en base a la valoración de la prueba aportada en el juicio”* (Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol No. 474-2017). En igual

44 Como se ha destacado ampliamente en la doctrina, *“sobre la base de la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y otra respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, la norma procesal laboral corrige las reglas sobre la carga de la prueba en el juicio”* (Baylos, A., “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, N° 5, 1998, p. 46).

sentido, *“al no tener indicios suficientes de vulneración, malamente se puede traspasar la carga probatoria a la demandada para que justifique su actuar y la proporcionalidad del mismo”* (Corte de Apelaciones de Talca, Rol No. 503-2019).

La actividad probatoria de las partes en la tutela no tiene variaciones formales respecto de otros procedimientos laborales, incluido los casos de acoso sexual o sexista. Dicho de otro modo, el sistema probatorio de este tipo de asuntos es exactamente el mismo que en el resto de los conflictos jurídicos laborales. En ese sentido, las reglas sobre la carga formal de la prueba (quién debe probar) y los medios de prueba (cómo se debe probar) son las mismas que las previstas para el procedimiento de aplicación general.

Así lo ha entendido la jurisprudencia laboral en Chile, que ha sostenido en palabras de la Corte Suprema que *“la norma del artículo 493 no altera la carga de la prueba, en la medida que impone a quien denuncia la presunta vulneración de derechos fundamentales la obligación de acreditar su aserto, pero ciertamente aliviana dicha carga, al exigir un menor estándar de comprobación, pues bastará justificar “indicios suficientes”, es decir, proporcionar elementos, datos o señales que puedan servir de base para que el acto denunciado pueda presumirse verdadero. Tampoco se altera el sistema de valoración de la prueba conforme a la sana crítica, previsto en el artículo 456 del mismo cuerpo legal, de modo que al apreciar los indicios aportados por el denunciante habrá de considerarse sus caracteres de precisión y concordancia, a la vez que expresarse las razones jurídicas, lógicas o de experiencia que hayan conducido razonablemente al tribunal a calificar la suficiencia de los mismos. Cumplida esta exigencia, es decir, comprobada la verosimilitud de la denuncia, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, demostrando así la legitimidad de su conducta, sea aportando la prueba necesaria para destruir los indicios, o aquella que fuere necesaria para justificar las medidas que ha dispuesto y la proporcionalidad de las mismas”* (Corte Suprema, Rol 7023-2009).

Desde el punto de vista jurídico, lo que contempla la norma del artículo 493 del Código del Trabajo, en rigor, corresponde a una rebaja del estándar de prueba. Y ello significa que el esfuerzo de la víctima en términos de prueba no exige orientarse a lograr la convicción plena del juez en relación con lo verídico de los hechos –se suele hablar aquí de “plena prueba” o “convicción” como estándar ordinario de prueba-, sino generar una “sospecha razonable” de que la conducta lesiva se ha producido. En palabras de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, *“en este tipo de procedimientos no se requiere plena prueba de las vulneraciones denunciadas, sino que bastan los indicios. Eso hace que la razón suficiente necesaria para sustentarlos sea, como es obvio, razón*

bastante de indicios, no de prueba. El nivel de exigencia, pues, es menor.” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol No. 695-2017)⁴⁵.

De generarse esa sospecha y no ser destruida por la prueba presentada en el juicio por el empleador, el imperativo del derecho es determinado y específico: debe darse por acreditado el acoso sexual o sexista según se trate.

En fin, cabe preguntarse en el contexto del estándar de prueba en las normas de tutela laboral, por la relevancia para la acreditación judicial del acoso sexual de la declaración de la víctima.

En la escasa jurisprudencia laboral en este punto, parece haber respuestas contradictorias. Por un lado, se sostiene que la declaración de la víctima puede ser suficiente, *“en materia de prueba de acoso sexual, al momento de decidir si se está o no frente a la figura del acoso sexual laboral que tratándose de las conductas de acoso, lo normal es que ésta se presente en situaciones donde sólo van a interactuar víctima y autor del acoso, siendo usual que no habrá testigos de esa conducta; motivo por el cual lo relevante entonces es la verosimilitud de la declaración de la víctima, debiendo analizarse ésta de acuerdo a varios factores: por ejemplo, que no haya ganancias secundarias, los padecimientos que ha sufrido la víctima, concordancia de las declaraciones, etc. Exigir pruebas más allá de las declaraciones de las propias víctimas haría inaplicable entonces el acoso. En efecto, y conforme a los medios probatorios aquellos son contundentes en acreditar los hechos que configuran la causal de despido, ello conforme a la investigación efectuada, además de la declaración de los testigos en estrados.”* (Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, Rit T-8-2019).

Por otro lado, se niega la suficiencia probatoria de la declaración de la víctima, *“no es suficiente por sí solo, la versión dada por la denunciante al absolver posiciones, en que ratifica los actos de acosos sexual denunciados, por sí sola no permiten dar veracidad suficiente a su relato, y adquirir convicción de que éstos efectivamente se produjeron”* (Juzgado de Letras y Garantía Los Vilos T-4-2017). En el mismo sentido, *“la demandante no logró demostrar, que su jefatura la saludara con abrazos apretados, poniendo su mano en su cintura, le diera besos muy húmedos y cerca de su boca, se ubicara detrás suyo, para guiar el mouse del computador respirándole muy cerca, ausencia de prueba que principalmente deriva de las circunstancias en que la propia actora indica*

⁴⁵ En el mismo sentido se ha puntualizado, *“importa aliviar la posición del trabajador exigiéndole que acredite hechos que generen la sospecha fundada y razonable en orden a la existencia de la lesión que alega, lo que tiene su fundamento en que generalmente las conductas lesivas de derechos fundamentales suelen encubrirse con conductas aparentemente lícitas y en la dificultad del trabajador especialmente una vez terminada la relación laboral de acceder a la prueba necesaria, que generalmente se encuentra al interior de la empresa”* (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-60-2016).

se habría producido este comportamiento, esto es, mientras se encontraban solos en la oficina.” (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-914-2019).

Aunque se trata de una hipótesis excepcional en el marco de un proceso laboral -es altamente infrecuente que sea el medio más relevante de prueba que opere en el mismo-, podría sostenerse una respuesta afirmativa sobre la suficiencia probatoria de la declaración de la víctima, solo para aquellas situaciones especialmente justificadas, en términos de coherencia, consistencia y credibilidad del relato respectivo.

La razón normativa para esa posibilidad dice relación con el sistema de sana crítica, que permite, como dijimos, que el juez determine la valoración de las pruebas que operan en el proceso, con la debida justificación, lo que dice relación con ajustarse en su fundamentación a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente acreditados.

Asimismo, ahora en relación con el estándar de prueba rebajado del artículo 493 del Código del Trabajo previsto en las normas de tutela, podría estimarse, como hemos sostenido antes en la materia, que por *“indicios suficientes”* -que es la expresión utilizada por la ley-, debe entenderse más que un número determinado de indicios, la exigencia de una cierta calidad de estos: deben permitir la sospecha razonable para que el juez declare que la vulneración se ha producido⁴⁶.

Nada impide sostener que, apoyada en otros datos probatorios periféricos, especialmente de contexto para efectos de medir la credibilidad de la víctima, se dé por cruzado el estándar de prueba de *“sospecha razonable”* establecido en las normas de tutela laboral⁴⁷.

⁴⁶ Ugarte, J.L., *Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, p. 76.

⁴⁷ En ese sentido, la declaración de la víctima de acoso sexual en el proceso laboral de tutela no debe lidiar con el estándar más allá de toda duda razonable y con la presunción de inocencia propio del proceso penal, y con las consecuencias que de ello se sigue en relación a su valor probatorio. Al respecto ve Araya, M.P., *“Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos”*, *Revista Estudios de la Justicia*, Santiago, No. 32, pp.35-69.

V. ACOSO SEXUAL Y SEXISTA: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Por perspectiva de género podemos entender el posicionamiento exigido al juez para la implementación de *“técnicas jurídicas que faciliten la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el uso y disfrute de los derechos y libertad”*⁴⁸.

El fundamento normativo de la denominada “perspectiva de género” se sustenta, en el caso del derecho chileno, desde una doble fuente: las normas internacionales que obligan al Estado a actuar con la debida diligencia en la adopción de medidas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar cualquier forma de violencia contra la mujer⁴⁹, incluyendo el ejercicio de la función jurisdiccional; y, por otra, el principio constitucional de no discriminación en materia de trabajo (artículo 19, número 16, inciso 3), que obliga al Estado en su conjunto, incluyendo la función jurisdiccional en la aplicación del derecho, en respetar y promocionar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el espacio laboral.

⁴⁸ Subijana, I.J., “La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer”, *Boletín Comisión Penal, Juezas y Jueces por la Democracia*, No. 10, 2018, p. 27.

⁴⁹ Así, el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará expresa: *“Los Estados Parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:*

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;*
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;*
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;*
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;*
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;*
- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;*
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y*
- h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.”*

En cualquier caso, cabe señalar de partida, que la perspectiva de género ha tenido escasa relevancia en la jurisprudencia laboral nacional, tanto en términos de frecuencia de fallos que la invocan, como de la relevancia de su contenido en las formas argumentativas dominantes en cuestiones laborales. No aparece en términos significativos ni como una forma explícita de posicionamiento del juez, ni como utilización efectiva de formas argumentativas propias de esa perspectiva en casos de acoso sexual y/o sexista.

Sin perjuicio de lo anterior, desde una mirada puramente teórica, podríamos sostener que la perspectiva de género podría tener significativa relevancia en la aplicación del derecho en materia de acoso sexual en el trabajo, tanto en la dimensión interpretativa, como en la calificación jurídica de los hechos.

En ambas dimensiones, como dijimos, la perspectiva de género sería manifestación de un sistema legal sensible con la igualdad y el compromiso con el principio constitucional de no discriminación en el trabajo.

Desde el punto de vista interpretativo, esto es, de la atribución de significado de las normas que constituyen el material jurídico aplicable a los casos de acoso sexual en el trabajo, es posible proyectar su incidencia, entre otras, en las siguientes cuestiones aplicativas:

En primer lugar, en la consideración del acoso sexual y sexista como una forma especialmente calificada de vulneración de derecho a la no discriminación por razón de género, consagrado y protegido en el artículo 19, número 16, inciso 3 de la Constitución, y en el artículo 2 del Código del Trabajo. De modo tal, que la sola constatación de alguna de las conductas que lo constituyen y que afecten a una trabajadora, debería ser considerada, al margen de los demás derechos fundamentales involucrados, una hipótesis de discriminación laboral.

En uno de los pocos fallos judiciales en este punto, el Tribunal laboral considera que un caso de acoso laboral debe ser leído también como una forma de acoso sexista en razón de ser un trato discriminatorio por razones de género, *“Que en el presente caso además la perspectiva de género aplicada al Derecho del Trabajo nos ha permitido ver que la relación laboral, paradigma de una estructura asimétrica de poder, se ve acentuada cuando quien trabaja es una mujer, ya que se trata de un espacio que fue pensado y construido para hombres. Esto significa que la mujer en el trabajo se expone a condiciones de mayor opresión que su par masculino. Esto se aprecia en riesgos laborales feminizados como el acoso sexual, como también a tratos desiguales y humillantes motivados en el género. A esta especial forma de persecución se le denomina acoso sexista, ilícito se ha explicado como cualquier comportamiento realizado en función del sexo de*

una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo” (2º Juzgado del Trabajo de Santiago, Rit T-1061-2018)⁵⁰.

En segundo lugar, considerar que el acoso sexual y sexista no corresponde a cualquier forma de afectación del derecho fundamental a la discriminación, sino a una de carácter “grave” en los términos del artículo 489 del Código del Trabajo. Dicha gravedad vendría justificada por la relevancia que el criterio de sospecha involucrado (género) supone para las sociedades contemporáneas. En ese caso, las consecuencias jurídicas laborales serían relevantes: según dispone la ley, la trabajadora afectada podría optar en reintegrarse a su puesto de trabajo o la indemnización de seis a once meses de la última remuneración.

En tercer lugar, en fin, la perspectiva de género podría ser relevante para la aplicación de las medidas reparatorias “concretas” que el Código del Trabajo exige para el evento que el juez considere acreditado el acoso sexual o sexista como una lesión de derechos fundamentales de la trabajadora. En ese caso, el órgano jurisdiccional debe estar especialmente comprometido con la reparación del derecho afectado, debiendo adoptar medidas que erradiquen la agresión sexual y sexista de los lugares de trabajo, más allá de la situación particular de la trabajadora afectada.

En el caso de la calificación jurídica de los hechos en el proceso de aplicación de las normas de acoso sexual y sexista, la perspectiva de género puede tener especial relevancia en la evaluación y encuadre de la conducta de la víctima -cuando es una trabajadora- en relación con la “falta de consentimiento o deseo” como elemento definitorio de la figura normativa del ilícito de acoso sexual. En ese caso, como dijimos antes, existen razones generales vinculadas a la estructura de poder que constituye la relación laboral, para entender que la víctima en silencio o en un estado pasivo frente al acercamiento sexual, no se encuentra en situación de deseo o de consentimiento del mismo.

⁵⁰ Se trata de un acoso laboral vertical ascendente, cuya explicación se encontraría -según el razonamiento judicial- en la condición de mujer de la víctima: *“en efecto, la mujer a tal punto es una extraña en el mundo del trabajo, que sufre problemas atípicos como el poder ser acosada estando en posiciones de poder, como ocurre en este caso. Una mujer en puestos de toma de decisión es infrecuente dentro de una organización, por lo que resulta doblemente perturbadora para los estereotipos de género, que conciben que si ya la mujer no debiese trabajar en forma remunerada, mucho menos debiese estar en puestos de toma de decisión, tradicionalmente masculinos. En este caso, se advierte que el trato peyorativo recibido por la denunciante-yegua, perra asquerosa- tiene que ver con la combinación de los estereotipos de género -las expresiones con las que se refiere el denunciado a ella- y con su posición de poder, al atribuirle decisiones de otros y procediendo a arremeter contra ella y no contra otras jefaturas masculinas”.*

La perspectiva de género, en el caso de la trabajadora, refuerza esa forma de encuadrar los hechos del caso: la situación de la mujer debe ser leída como de debilidad estructural en los lugares de trabajo, de modo tal, que su silencio o su indiferencia no califica como una manifestación de deseo o consentimiento. Precisamente, este ha sido el punto en que se ha expresado la escasa jurisprudencia laboral que acoge en algún sentido la perspectiva de género.

En un conocido fallo de acoso sexual ya citado en este informe, se parte de la premisa normativa que *“en el caso del acoso sexual operan estereotipos donde se asume lo femenino como objeto sexual, en posición infra ordenada respecto del hombre”,* ello daría lugar a una dualidad de poderes, que *“se expresa, por una parte, como poder de dirección laboral, propio de la relación de trabajo y la subordinación clásica, como un arbitrio instrumental que se vale de mandos y subordinados dar funcionalidad al poder organizativo y mantener la disciplina empresarial y, -yuxtapuesto a aquél, y en dinámica interrelación- el poder de género (expresión cultural de la visión subordinada de la mujer respecto del hombre en todos los ámbitos) , que se manifiesta en ambos escenarios de comunicación y que, lógicamente, cabe inferirse, ha debido reproducirse en las relaciones interpersonales propias de la cultura de la institución en el que unos reproducen estereotipos degradantes, concepciones y formas de relacionamiento que se manifiestan como violencia y trato discriminatorio normalizados”.*

Por lo anterior, concluye el fallo, la pasividad -falta de rechazo explícito de la víctima no debe ser entendida como consentimiento para efectos de dar por descartado el acoso sexual: *“no puede desprenderse de ese silencio que no haya incomodidad, rechazo o contrariedad, porque es una relación desigual (...) la extrañeza de la defensa sobre la falta de reacción o denuncia de la víctima tiene una explicación que entronca ya con las dificultades que para un trabajador común en posición subordinada y en necesidad de trabajar le significa reclamar por una situación injusta o un derecho conculcado durante la vigencia del contrato de trabajo, escenario inhibitorio que, en el caso, se refuerza por la posición particular de la víctima como sujeto de violencia de género en el encuadre de dualidad de poderes a que se ha aludido.”* (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-309-2018).

VI. CONCLUSIONES

1.- Existen diversas fuentes jurídicas sobre las que se construye la prohibición del acoso sexual y sexista en el lugar de trabajo. A nivel Interamericano, la Organización de los Estados Americanos (OEA) entiende ese tipo de acoso como una forma de violencia contra las mujeres, en lugar de una acción simplemente discriminatoria, como se describe en el texto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el primer precedente fue el Convenio No. 111 (1958), relativo a la discriminación en materia de empleo, que recoge en su artículo 1º el concepto de discriminación en el empleo y la ocupación basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT ha condenado el acoso sexual en virtud del referido Convenio, ya que considera que el acoso sexual es una forma grave de discriminación por razón de sexo, que queda comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio.

En el caso del derecho laboral chileno, la regulación jurídica del acoso sexual se encuentra, tanto en las normas que establecen el ejercicio de derechos constitucionales del trabajador en el marco del contrato de trabajo, como las normas legales que regulan un procedimiento de sanción y represión en el Código del Trabajo.

2- El acoso sexual puede afectar simultáneamente diversos derechos fundamentales protegidos por las normas de tutela laboral. De partida, el derecho a la integridad física y síquica de la víctima (artículo 19 N° 1º de la Constitución), eventualmente el derecho a la honra y a la intimidad (artículo 19 N° 4º) y puede constituir un acto discriminatorio (artículo 2 del Código del Trabajo). Asimismo, en determinadas hipótesis el acoso laboral puede traducirse en una intromisión en aspectos relativos a la vida privada del trabajador (artículo 19 N° 4.º de la Constitución).

En lo que respecta a la normativa legal que regula el fenómeno contenida en el Código del Trabajo, se establece la prohibición de acoso sexual en el lugar de trabajo, entendiéndose por este último *“el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”* (artículo 2º del Código del Trabajo).

La citada normativa configura a favor del trabajador un derecho subjetivo de protección contra el acoso sexual en el ámbito de la relación de trabajo. Tal derecho es exigible frente al empleador, a quien la ley le impone como contrapartida tres obligaciones básicas: a) la incorporación de normas

preventivas contra el acoso sexual; b) la regulación del procedimiento frente a dicha conducta, incluyendo las medidas de resguardo y el régimen de sanciones, y c) la comunicación a la Inspección del Trabajo de la denuncia o, en su caso, de las conclusiones de la investigación interna que hubiere efectuado (artículos 211 y siguientes de Código del Trabajo).

En relación con el acoso sexista, entendido como una forma de discriminación en el trabajo por razón de sexo o género, cabe señalar que el derecho internacional, particularmente el Convenio No. 111 sobre la discriminación en el empleo de la Organización Internacional del Trabajo, establece explícitamente el principio de prohibición de la discriminación en el lugar de trabajo. Dicho principio se encuentra, a su turno, ampliamente reconocido en nuestro orden jurídico interno. La Constitución chilena en su artículo 19, número 16, inciso tercero, dispone que *“se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”*. Esta norma, por lo demás, resulta una manifestación directa del principio de igualdad general, establecido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.

Asimismo, la prohibición de discriminación en el ámbito laboral se encuentra recogida en el artículo 2º, inciso tercero, del Código del Trabajo. Esa norma legal señala que *“son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”*. A continuación, el inciso cuarto precisa que *“los actos de discriminación son aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”*.

3.- De las citadas normas de derecho nacional, se desprende una idea amplia de acoso sexual, y un resultado sancionatorio dual desde la perspectiva jurídica-laboral: como conducta lesiva de derechos fundamentales en el marco de la acción de tutela, y como causal de auto despido en el marco del procedimiento de investigación y sanción previsto en el Código del Trabajo.

En efecto, desde el punto de vista de las normas que reconocen y garantizan los derechos constitucionales del trabajador en el espacio laboral, es posible determinar una noción de acoso sexual como la conducta de carácter sexual, no deseada, que afecta indistintamente el derecho a la integridad física/psíquica, privacidad, honra y no discriminación.

El concepto jurídico amplio de acoso sexual no solo deriva del material jurídico vigente en el derecho chileno, sino de las reglas de interpretación de las normas de derechos fundamentales, que exigen del juez una lectura y formulación amplia de las mismas, y de las figuras legales -como la del acoso sexual laboral- que median jurídicamente su protección. Todo según el principio *pro*

persona, derivado del derecho internacional y plenamente aplicable al derecho nacional, según ha sostenido la doctrina y jurisprudencia.

4.- El acoso sexual supone la concurrencia de los siguientes elementos: existencia de una conducta de naturaleza sexual en el espacio de trabajo, ejecutada por el empleador o por compañeros de trabajo, no deseada y que afecte uno o más derechos fundamentales de la víctima.

De partida, hay comportamiento de índole sexual por su carácter libidinoso, dado su propósito de alcanzar un acercamiento carnal o corporal con la o el afectado; y, por otro, por su carácter obsceno, en cuanto producen un entorno hostil u intimidatorio mediante la introducción de elementos sexuales en el espacio del trabajo.

Dichas conductas pueden ser ejecutadas por el empleador, como por otros compañeros de trabajo. De esta manera, se puede sostener que cualquier persona puede enfrentar episodios de acoso sexual en el espacio laboral, sin importar el sexo o el género, o si la persona que comete la conducta de acoso y la víctima no comparten el mismo empleador. Además, se debe tratar de un hecho o conducta no deseada. El deseo sexual no se expresa en silencio, ni en una actitud meramente pasiva, sino que requiere una manifestación verificable.

En fin, la conducta sexual no deseada debe afectar uno o más derechos fundamentales del trabajador/trabajadora. Como dijimos antes, el acoso puede ser una conducta pluriofensiva de derechos fundamentales de la víctima, siendo especialmente relevante, el derecho a la integridad física y psíquica, la privacidad, la honra y el derecho a la no discriminación.

5.- El acoso sexual puede asumir dos formas: el hostigamiento y el acoso ambiental. El hostigamiento, por una parte, es el acercamiento no deseado de naturaleza sexual, que se presenta como una exigencia para un trato laboral favorable, o como forma de someter a un trato lascivo a la víctima. El acoso sexual ambiental, por otra, se diferencia de la modalidad anterior ya que comprende aquellas conductas de naturaleza sexual que interfieren con la capacidad de la persona para hacer sus tareas a través de la creación de un ambiente de trabajo intimidante u ofensivo.

Distinto es el concepto de acoso sexista en el trabajo, que se constituye por conductas cuyo sentido o resultado es la generación de un ambiente laboral hostil u ofensivo, a través del desprecio hacia una o más personas en razón a su género.

6.- El procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual en los lugares de trabajo se encuentra regulado en el Código del Trabajo, en las normas contenidas en el Título IV, Libro II, artículos 211-A y siguientes no equivale a un procedimiento judicial. La principal consecuencia de

lo anterior es que ni el Código del Trabajo, ni las normas que establecen el ejercicio de derechos fundamentales en el marco de la relación laboral, contemplan la exigencia de un debido proceso en sentido técnico-constitucional.

El procedimiento del empleador debe sujetarse a las garantías legales determinadas en el Código del Trabajo. Y, por otro, el procedimiento no debe afectar los derechos fundamentales de los trabajadores involucrados -ni de la víctima ni del victimario- en el marco de las normas de tutela laboral.

El criterio para determinar la licitud de las medidas es el principio de proporcionalidad. Así, las actuaciones o medidas adoptadas o implementadas por el empleador al amparo de un procedimiento de esta naturaleza no deben ser consideradas ilícitas si son susceptibles de ser consideradas proporcionadas al fin perseguido: la represión del acoso sexual en los espacios y lugares de trabajo, en resguardo de la autonomía de la trabajadora o trabajador afectado.

Desde el punto de la vista de la denunciante, el principio de proporcionalidad supone una exigencia de protección adecuada, y desde el punto de vista del denunciado, una exigencia de no interferencia excesiva. Puesto en términos deónticos, el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual se mueve entre dos mandatos: la prohibición de insuficiencia y la prohibición de exceso.

Desde el punto de vista del denunciado, el deber del empleador en el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual es que en su implementación no se afecte desproporcionadamente -en exceso- los derechos fundamentales del trabajador denunciado. Eso supone que la investigación del acoso sexual puede ser eventualmente restrictiva de algunos derechos fundamentales del denunciado, previsiblemente la honra y la privacidad, pero no necesariamente lesiva de los mismos, atendida su justificación proporcionada.

7.- En la investigación y sanción de acoso sexual, es posible plantear la cuestión de la existencia de un estándar de prueba a ser satisfecho por el empleador. Se trata de la idea de un estándar de prueba nos remite al *“umbral a partir del cual aceptaremos como probada una hipótesis”*⁵¹.

La regla jurídica del estándar va dirigida al órgano judicial, para ser aplicada por él cuando a la hora de confeccionar la sentencia y dar por acreditado los hechos que serán parte del razonamiento probatorio de la misma. En ese sentido, no existe, en rigor, un estándar de prueba para el empleador impuesto por el derecho laboral chileno para los procedimientos de investigación y

⁵¹ Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 139.

sanción del acoso sexual. La posición del empleador, desde el punto de vista jurídico, no deja de ser -ni nada más, ni nada menos- la de una de las partes de la relación laboral. De ahí, que no existe norma jurídica alguna del sistema legal que le imponga un criterio para determinar cuándo deben darse por acreditados los hechos constitutivos de acoso sexual.

Lo anterior no significa, como es obvio, que la cuestión del estándar de prueba no sea relevante para el empleador. De existir acciones judiciales en su contra por sus actuaciones en la materia, la evaluación judicial será efectuada en base al estándar que el derecho le impone al juez de la materia respectiva.

En el caso chileno, la regla de estándar en el marco de las normas de tutela laboral, queda fijada bajo la denominada “*prueba de indicios*” en los siguientes 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*” (artículo 493 del Código del Trabajo).

Desde el punto de vista jurídico, lo que contempla la norma del artículo 493 del Código del Trabajo, en rigor, corresponde a una rebaja del estándar de prueba. Y ello significa que el esfuerzo de la víctima en términos de prueba no exige orientarse a lograr la convicción plena del juez en relación con lo verídico de los hechos –se suele hablar aquí de “plena prueba” o “convicción” como estándar ordinario de prueba-, sino generar una “sospecha razonable” de que la conducta lesiva se ha producido.

De generarse esa sospecha y no ser destruida por la prueba presentada en el juicio por el empleador, el imperativo del derecho es determinado y específico: debe darse por acreditado el acoso sexual o sexista según se trate.

8.- La perspectiva de género ha tenido escasa recepción en la jurisprudencia laboral nacional. Sin perjuicio de ello, desde una mirada puramente teórica, podríamos sostener que la perspectiva de género podría tener significativa relevancia en la aplicación del derecho en materia de acoso sexual en el trabajo, tanto en la dimensión interpretativa, como en la calificación jurídica de los hechos.

Desde el punto de vista interpretativo, es posible proyectar su incidencia, entre otras, en las siguientes cuestiones aplicativas:

En primer lugar, en la consideración del acoso sexual y sexista como una forma especialmente calificada de vulneración de derecho a la no discriminación por razón de género, consagrado y

protegido en el artículo 19, número 16, inciso 3 de la Constitución, y en el artículo 2º del Código del Trabajo.

En segundo lugar, considerar que el acoso sexual y sexista no corresponden a cualquier forma de afectación del derecho fundamental a la no discriminación, sino a una de carácter “grave” en los términos del artículo 489 del Código del Trabajo.

En tercer lugar, en fin, la perspectiva de género podría ser relevante para la aplicación de las medidas reparatorias “concretas” que el Código del Trabajo exige para el evento que el juez considere acreditado el acoso sexual o sexista como una lesión de derechos fundamentales de la trabajadora.

En el caso de la calificación jurídica de los hechos en el proceso de aplicación de las normas de acoso sexual y sexista, la perspectiva de género puede tener especial relevancia en la evaluación y encuadre de la conducta de la víctima -cuando es una trabajadora- en relación con la “falta de consentimiento o deseo” como elemento definitorio de la figura normativa del ilícito de acoso sexual.

La perspectiva de género, en el caso de la trabajadora, refuerza esa forma de encuadrar los hechos del caso: la situación de la mujer debe ser leída como de debilidad estructural en los lugares de trabajo, de modo tal, que su silencio o su indiferencia no califica como una manifestación de deseo o consentimiento. Precisamente, este ha sido el punto en que se ha expresado la escasa jurisprudencia laboral que acoge en algún sentido la perspectiva de género.

Es todo cuanto puedo informar.

José Luis Ugarte Cataldo

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho del Trabajo

Universidad Diego Portales

Informe en derecho

Acoso sexual y sexista en el trabajo: revisión desde la doctrina y jurisprudencia



SECRETARÍA TÉCNICA
IGUALDAD DE GÉNERO
NO DISCRIMINACIÓN

secretariadegenero.pjud.cl

