

ACOSO SEXUAL EN CHILE Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: ALGUNOS NUDOS CRÍTICOS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO*

SEXUAL HARASSMENT IN CHILE AND EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION: SOME CRITICAL ISSUES FROM THE GENDER PERSPECTIVE

HARCÈLEMENT SEXUEL AU CHILI ET EFFICACITÉ DE LA PROTECTION JUDICIAIRE : QUELQUES PROBLÈMES CRITIQUES ABORDÉS À PARTIR DE LA PERSPECTIVE DE GENRE

Álvaro DOMÍNGUEZ MONTOYA**

Ximena GAUCHÉ MARCHETTI***

Cecilia BUSTOS IBARRA****

Cecilia PÉREZ DÍAZ*****

* Recibido el 8 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

El presente artículo se enmarca en proyecto de investigación aplicada FONDEF ID1710 111 “Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad”, dirigido por la doctora Ximena Gauche, Universidad de Concepción (2018-2020).

** Licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Concepción (Chile). Máster en derechos sociolaborales y doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona (Catalunya). Académico, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, ORCID 0000-0001-9059-6730.

*** Abogada. Licenciada en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Concepción (Chile). Doctora en derecho, Universidad Autónoma de Madrid (España). Académica del Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, ORCID 0000-0001-9859-4596.

**** Trabajadora social. Magíster en trabajo social y políticas sociales de la Universidad de Concepción (Chile). Doctora en sociología por la Universidad Autónoma de Barcelona (Catalunya). Profesora asociada del Depto. de Trabajo Social, de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción, ORCID 0000-0002-3773-84.

***** Trabajadora social. Magíster en trabajo social y políticas sociales. Académica de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción, ORCID ID 0000-0003-3592-9672.

RESUMEN: El presente trabajo se centra en el tránsito histórico, político y regulatorio de la figura del acoso sexual laboral en Chile, enfocando su estudio desde una perspectiva de género a partir de un análisis doctrinario y jurisprudencial. El propósito es evidenciar problemáticas y deficiencias en la regulación del acoso sexual laboral, con la finalidad de proponer y sustentar alternativas de solución desde la tutela judicial efectiva y los derechos fundamentales como eje central.

La metodología utilizada para abordar el objetivo principal y los objetivos específicos de esta investigación consistió en un estudio analítico y sistemático de fuentes normativas y doctrinarias.

Respecto de la jurisprudencia citada, se utilizó una muestra intencional de sentencias paradigmáticas y de relevancia, que nos parecieron más idóneas para los objetivos de esta investigación, centrándose en un análisis de contenido cualitativo de texto.

Palabras claves: trabajo, género, no discriminación, acoso sexual.

ABSTRACT: This work focuses on the historical, political and regulatory transition of the figure of workplace sexual harassment in Chile, focusing the study from a gender perspective from a doctrinal and jurisprudential analysis. The purpose is to highlight problems and deficiencies in the regulation of workplace sexual harassment, in order to propose and support alternative solutions from effective judicial protection and fundamental rights as the central axis.

THE methodology to address the general objective and the specific objectives of this research consisted of an analytical and systematic study of historical, normative, doctrinal and jurisprudential sources.

Key words: work, gender, non-discrimination, sexual harassment.

Résumé: Le présent travail a pour sujet l'évolution historique, politique et normative du harcèlement sexuel dans le monde du travail au Chili, évolution abordée ici à partir de la perspective de genre et en se basant sur une analyse de la doctrine et de la jurisprudence correspondantes. L'objectif est de souligner les problématiques et les manquements en matière de règles pour lutter contre le harcèlement sexuel professionnel afin de suggérer et de mettre en œuvre des alternatives qui fonctionneraient avec une protection judiciaire efficace et la garantie des droits fondamentaux comme principes de base.

La méthodologie utilisée pour parvenir à cet objectif général et à ceux plus spécifiques dans cette recherche est constituée par une étude analytique et systémique des sources historiques, normatives, doctrinaires et jurisprudentielles.

Mots-clés : travail, genre, non-discrimination, harcèlement sexuel.

SUMARIO: I. *La perspectiva de género como método que favorece la tutela judicial efectiva*. II. *Razones que justifican la importancia de la incorporación de la perspectiva de género en la función de juzgar en causas de acoso sexual laboral*. III. *Acoso sexual en materia laboral: una perspectiva crítica*. IV. *El acoso sexual laboral en Chile: abriendo caminos en la tutela de ilícitos laborales*. V. *Acoso sexual: algunos nudos críticos en materia de tutela judicial efectiva y su configuración en perspectiva de género*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO MÉTODO QUE FAVORECE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. *Qué es la perspectiva de género*

La expresión *gender mainstreaming*, que puede ser traducida al español como “perspectiva de género”, ha sido vista como una técnica con la que hacer frente a las desigualdades entre mujeres y hombres y a la discriminación a mujeres, y es vista como un paso más en la consecución de la igualdad.¹

Esta perspectiva de género, que también llamaremos “enfoque de género”, “permite el análisis profundo de las relaciones sociales entre hombres y mujeres, con el fin de esclarecer las diferencias e inequidades en salud que están vinculadas al género”,² y sirve como técnica de análisis transversal que permite entender las desigualdades en diferentes contextos. Así, la perspectiva de género puede contribuir al análisis de desigualdades existentes en distintas áreas o sectores, tales como la política, la salud o la educación, por ejemplo, siendo sus aportes aplicables a diversos ámbitos sociales que se busque analizar.

¹ Carmona, Encarnación, *La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 27.

² Serrano, Pilar, “Gender Approach as a Conceptual and Methodological Opening in Public Health”, *Revista Cubana de Salud Pública*, Cuba, vol. 38, núm. 5, 2012, pp. 811-822.

En este contexto, la perspectiva de género no sólo analiza la relación de subordinación entre mujeres y hombres, sino también las relaciones entre mujeres y la funcionalidad de sus prácticas con el sistema patriarcal, siendo entonces un conjunto de roles culturales.³ No busca tan sólo realizar un análisis de las mujeres, sino que procura el análisis de todos los factores, ya sean económicos, culturales, geográficos, simbólicos y cómo estos afectan a mujeres y hombres.⁴ El sistema patriarcal sostenido en el tiempo no sólo afecta a mujeres ubicadas en un plano de inferioridad en la mayoría de los ámbitos de la vida, sino limita y restringe también a los hombres a pesar de su estatus de privilegio. Al asignar a las mujeres un tipo de comportamiento esperado y aceptado acorde con su propio sexo, los hombres quedan obligados a prescindir de estos roles de comportamiento y tensar al máximo sus diferencias con ellas. Asimismo, elementos de las construcciones elaboradas en torno al concepto teórico de género pueden ser relevados, considerados y usados en las demandas y reivindicaciones de personas LGBTI⁵ en torno a ciertos asuntos de las relaciones sociales o jurídicas en que intervienen y sus consecuencias, como son las situaciones de acoso laboral sexual.

³ Facio, Alda y Fries, Lorena (eds.), “Feminismo, género y patriarcado”, *Género y derecho*, Washington, D. C., Santiago, American University, Washington College of Law, LOM ediciones, La Morada, 1999.

⁴ Asociación de Magistradas Chilenas (MACHI), *Recomendaciones para el abordaje de una política de género en el Poder Judicial chileno*, Chile, Comisión de Derechos Humanos y Género de la Asociación Nacional de Magistrados, 2015.

⁵ Sigla que hace referencia a personas lesbianas (L), gais (G), bisexuales (B), trans o transgénero (T) e intersex (I). En relación con esta sigla, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la sigla se usa para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos. El mismo tribunal internacional ha indicado que se deben abordar estas temáticas teniendo en cuenta que suelen utilizarse conceptos y definiciones acerca de los que no existe acuerdo entre los organismos nacionales, internacionales, organizaciones y grupos que defienden sus respectivos derechos, así como en ámbitos académicos en que se debaten. Además, responden a una dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión. Por otra parte, asumir definiciones en esta materia es sumamente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente. Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de noviembre de 2017: párr. 31). Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, del 24 de noviembre de 2017, párrafo 31. Se puede entender esta sigla como inclusiva de otras orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género, así como de toda diversidad corporal respecto de la norma impuesta por la sociedad. Por esa razón, a veces también se encuentra en la literatura la sigla LGBTIQ+, la que incluye así de forma expresa a las personas Queer (Q) y personas que tienen una identidad no bimaria o cuyos caracteres sexuales no encajan con la definición típica de hombre y mujer (+).

Lo expuesto encuentra su justificación en el propio concepto género, como categoría relacional y sus aportes al análisis de la realidad. Entendido como una categoría que alude a las construcciones culturales y sociales sobre la base de las diferencias sexuales, el género es una herramienta fundamental para analizar críticamente las dinámicas sociales, normas e instituciones.⁶ El género refiere a la construcción social de las identidades de hombres y mujeres, donde se produce un *etiquetaje* que asigna ciertos valores, responsabilidades, conductas, funciones, identidades, tareas, roles, creencias, actitudes, espacios y sentimientos diferentes, opuestos y sin duda desiguales.⁷ Lo que determina la identidad y el comportamiento no es el sexo biológico, sino las experiencias, ritos y costumbres asignados.⁸

Estas diferencias sociales y culturales entre mujeres y hombres poseen además un sentido estratificante como lo tiene la raza, la clase, la etnia, entre otras categorías, lo que ayuda a comprender que la estructura desigual nace de la relación desigual de los sexos.⁹ Esta forma de desigualdad social posee una dinámica propia, pero que está articulada con otras formas de distancias y jerarquías sociales.¹⁰ El género constituye entonces uno de los principales ejes de desigualdad social que articulan la estructura social, entendida como un sistema de posiciones jerarquizado, en función de muchos ejes que dividen a la población económica, política y culturalmente, y que lo hacen en términos de dominación y desigualdad relativa entre los grupos.¹¹

Al ser una construcción cultural y social, el significado hace del término una acepción fluida que varía de acuerdo con las ideologías sobre el rol y comportamiento considerado como “aceptable”, principalmente para las mu-

⁶ Fernández, Marisol, “Usando el género para criticar al derecho”, *Derecho PUCP*, Perú, núm. 59, 2006, pp. 357-369.

⁷ Asociación de Magistradas Chilenas (MACHI), *op. cit.*, nota 4, cita núm. 27.

⁸ Lamas, Marta, “La perspectiva de género”, *Revista de Educación y Cultura*, Argentina, pp. 1-8.

⁹ Cook, Rebeca y Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Perspectives, capítulo 1, pp. 11-53, Pensilvania University Press, 2010, traducción en español, disponible en: https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotiposdegenero.pdf.

¹⁰ De Barbieri, Teresita, “Sobre la categoría de género. Una introducción teórico-metodológica”, *Debates en Sociología*, Perú, núm. 18, 1993, pp. 145-169.

¹¹ Adelantado, José, “El marco de análisis. Las relaciones complejas entre estructura social y políticas sociales, 2000”, *Cambios en el estado de bienestar. Políticas sociales y desigualdades en España*, Barcelona, Icaria, 2000, pp. 23-61.

jerés en diferentes países y tiempos.¹² Esta construcción simbólica reglamenta y condiciona la conducta objetiva y subjetiva de las personas. Es importante entonces remarcar que el género comprende tanto a hombres como a mujeres, ya que la definición de feminidad se hace en contraste con la masculinidad; por ende, se comprenden y estudian las relaciones entre los sexos.¹³ Por lo tanto, como señala Scott¹⁴ (2010), el concepto género es una categoría útil para el análisis, principalmente por ser crítica ante los significados y los contextos en los cuales se desarrolla.

En las relaciones entre hombres y mujeres, o intergénero e intragénero, se manifiesta el espacio de formación de la masculinidad, donde comienzan las conductas violentas y se reprimen las conductas vinculadas a la emotividad y al afecto. Estas relaciones se han caracterizado históricamente por ser desiguales, y responden a los roles, espacios y atributos que socialmente —y de manera errónea— se ha infravalorado lo femenino, donde se ha sometido y subordinado a las mujeres en relación con los hombres.¹⁵

De esta manera, la perspectiva de género sirve como un marco de análisis que aparece como un esquema posible para abordar soluciones, sean normativas, de políticas públicas o de prácticas por organismos públicos y privados, incluyendo a las personas que se desempeñan en el Poder Legislativo o en los tribunales de justicia.

En este contexto, la práctica de acoso sexual, si bien es entendida en términos neutros, como veremos, históricamente ha evocado un conflicto de género que afecta principalmente a las mujeres, expresando la definición de prácticas sexuales y el ejercicio de la sexualidad con prescindencia de la voluntad, en la que se subordina, en la mayoría de las veces, lo femenino a lo masculino, y que tiene expresión particular en el ámbito del trabajo.¹⁶ Por ello, es determinante esta mirada para analizar la regulación del acoso sexual en Chile.

¹² Fernández, Gema, “Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por la violencia de género: el papel del comité CEDAW en la eliminación de la discriminación y estereotipación”, *Onati Socio-Legal Series*, España, vol. 5, núm. 2, 2015, pp. 498-519.

¹³ Lamas, Marta, *op. cit.*, nota 8, cita núm. 30.

¹⁴ Scott, Joan, “Género: ¿todavía una categoría útil para el análisis?”, *La Manzana de la Discordia*, Guatemala, vol. 6, núm. 1, 2010, pp. 95-101.

¹⁵ Asociación de Magistradas Chilenas (MACHI), *op. cit.*, nota 4, cita núm. 27.

¹⁶ Henríquez, Helia y Riquelme, Verónica, “Asedio sexual en el trabajo. Una política para su erradicación”, *Temas Laborales*, España, núm. 6, 1997, pp. 1-4.

II. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA IMPORTANCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA FUNCIÓN DE JUZGAR EN CAUSAS DE ACOSO SEXUAL LABORAL

Conforme a alguna literatura consultada, hoy existe una posible “tendencia” a judicializar diversos conflictos que inciden en la diversidad de relaciones personales en que las y los individuos nos desenvolvemos. Tal es el caso de situaciones del ámbito de la familia, como el cuidado de hijas o hijos comunes en caso de separación de los progenitores. También hechos violentos, como es el caso del acoso sexual laboral. Si esta tendencia se asume como tal, favorecer un acceso a la justicia con pleno respeto en los aspectos de las dimensiones de proceso como de resultado, no parece ser una cuestión de poca importancia. Ello además si se acepta que hoy existen investigaciones y teorías que reconocen fundadamente que la realidad judicial no está caracterizada por la neutralidad de quien debe juzgar un caso¹⁷ ni de la propia norma jurídica. A esto se puede agregar la expectativa asociada a los tribunales como actores que pueden aportar ante legislaciones de letra deficiente.

Específicamente sobre la pretensión de neutralidad del derecho en relación con el ámbito de la justicia, si se tienen debidamente en cuenta las dificultades en el acceso a la justicia para mujeres y personas LGBTI, la perspectiva de género cobra un valor relevante para la adopción de decisiones judiciales y para el posterior análisis de jurisprudencia. Así, la “dogmática jurídica”, tan clásica como método o perspectiva de estudio del derecho positivo, cuyo objeto son las normas y las decisiones judiciales, puede enriquecerse sustantivamente con un enfoque de este tipo. En relación con las sentencias, la dogmática se enriquece si se asumen los siguientes aspectos como los puntos de vista con que los juristas asumen el análisis de jurisprudencia: descriptiva y sistematizadora de sentencias, de alcance para casos futuros, o destinada a analizar y criticar las sentencias de modo de provocar un cambio en la línea jurisprudencial.¹⁸

¹⁷ Sobre este tema, y su relación con el activismo judicial y la judicialización de la política, véase Larraín, Beatriz, “La judicialización de la política en Chile y sus factores causales. Análisis a través de un estudio de caso”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Chile, núm. 23, 2005, pp. 313-327.

¹⁸ Courtis, Christian, “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de investigación dogmática”, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 105-118.

Las diversas críticas feministas al Derecho, tanto a la teoría del derecho como a las instituciones y métodos de análisis jurídicos,¹⁹ en general apuntan a la idea de que el derecho tiene sexo y género, de lo cual deriva una inequidad jurídico-normativa en lo social, político, jurídico y económico. Como dice una autora,²⁰ “por medio del análisis crítico de la forma en que se hace y se aplica el derecho puede develarse su responsabilidad en la subordinación de las mujeres”. El carácter neutro que se tiende a defender respecto de la norma jurídica afecta especialmente y con mayor fuerza a las mujeres y personas LGBTI. Como bien da cuenta Zúñiga, la literatura feminista

...ha puesto consistentemente de relieve que las categorías jurídicas no son neutras y que se encuentran, en cambio, saturadas de sexualidad. El sujeto liberal, en torno al que orbita buena parte de la construcción jurídica moderna, no sería abstracto, ni neutro, ni mucho menos asexuado. Tendría su sede en un cuerpo generizado.²¹

Las regulaciones jurídicas de muchas materias en Chile evidencian que no da lo mismo el cuerpo femenino que el cuerpo en un género fluido, que el cuerpo *intersex*, que el cuerpo masculino. Ello puede proyectar sus consecuencias al tiempo de la tutela judicial efectiva que persiguen quienes judicializan situaciones como el acoso sexual laboral, por ejemplo.

En el caso de las mujeres, para un adecuado acceso a la justicia se deben enfrentar además a una serie de obstáculos derivados de la histórica situación de exclusión y discriminación que las afecta, como la construcción binaria y estereotipada del género femenino con la consecuente existencia de roles, órdenes y representaciones pretendidamente establecidos, la construcción sexista de muchas instituciones, el uso de un determinado lenguaje de género o las distintas manifestaciones de violencia por causa de género. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Informe de 2007 “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”, ha observado que la gran mayoría de los casos de violencia contra las mujeres se encuentran marcados por la impunidad, lo cual alimenta la perpetuidad de

¹⁹ Agatón Santander, Isabel, *Justicia de género. Un asunto necesario*, Bogotá, Temis, 2013, pp. 7-15.

²⁰ Agatón Santander, Isabel, *op. cit.*, nota 19, p. 17.

²¹ Zúñiga Añazco, Yanira, 2018, p. 217, cita núm. 15.

esta grave violación.²² En el mismo Informe, la Comisión define el acceso a la justicia como el acceso *de iure* (de derecho) y *de facto* (de hecho) a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos.²³

Además, las construcciones y roles que se identifican usando un enfoque de género, sobre todo las que tienen que ver con concepciones estereotipadas sobre la sexualidad, el género y los propios cuerpos, afectan desproporcionadamente a personas que se reconocen como lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, intersex, *queer* o de género fluido. Es por ello que quienes trascienden el binomio “hombre/mujer” han levantado sus voces en busca de no discriminación y un igualitario acceso a la justicia.

Desde otra mirada, la importancia de incorporar la perspectiva de género en relación con la justicia se hace necesaria por la escasa disposición del derecho a dialogar con otros saberes atribuyendo a “lo normativo jurídico” un valor de dogma. A ello se adiciona la estrechez de las miradas sobre la realidad, usando el argumento de esa pretendida y poco realista “neutralidad” que se busca atribuir a la norma jurídica, ya referida, y los intereses con relación a factores que realmente pueden incidir en que se adopten ciertas decisiones político-normativas y otras no.²⁴

Esta carencia en la capacidad de dialogar se evidencia, por ejemplo, en que a veces este enfoque no se cruza con otros, no recogiendo así la necesaria interseccionalidad; por ejemplo, con la interculturalidad o con el enfoque de los cursos de vida. Es decir, las desigualdades y desequilibrios en la organización

²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, Estados Unidos, 2007, p. 1.

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 22, p. 3.

²⁴ Como sostiene Lucía Raphael de la Madrid, se hace indispensable para el estudio del derecho, que todo estudiioso de esta inexacta ciencia humana deba tener la humildad y la actitud necesaria para abrir el espíritu y entender que no hay área del conocimiento humano que pueda ser estudiada únicamente desde sí mismo, y que nunca más que ahora, el derecho requiere desesperadamente de sus hermanas las disciplinas sociales, pero también las científicas, para comprenderse, estudiarse, analizarse, cuestionarse y proponer reflexiones y propuestas creativas en el espacio de lo jurídico, a partir de una verdadera conciencia ética, y de la búsqueda de un paradigma en el que el derecho no sea una suma de reglas y leyes herrumbrosas que someten la libertad del ser humano, sino que sean siempre principios, leyes, reglas vivas, acordes a la realidad, coherentes con la evolución y, sobre todo basadas en sólidos principios éticos de libertad, de igualdad, de laicidad, de legalidad. Para más información, véase Raphael de la Madrid, Lucía, *Género y literatura. Hacia una perspectiva otra del derecho*, México, UNAM, 2015, pp. 3 y 4.

del poder, y en este caso en el acceso a la justicia no puede explicarse sólo a partir de un motivo o razón.

III. ACOSO SEXUAL EN MATERIA LABORAL: UNA PERSPECTIVA CRÍTICA

Acoso sexual y antecedentes de contexto: una manifestación histórica de la violencia de género contra las mujeres y su dimensión normativa

El acoso sexual encuentra sus primeros antecedentes en la denuncia generalizada de los movimientos feministas norteamericanos, que se manifestaban en contra de las conductas de intromisión indeseada de los hombres en la vida de las mujeres. Se impugnaron ciertas prácticas y actitudes discriminatorias, que obstaculizaban su integración y negaban su valor como profesionales, produciendo un efecto de visibilización de las relaciones de desigualdad y de violencia en el marco de los vínculos entre mujeres y hombres, lo que repercutiría en el debate público y político.²⁵

Si bien actualmente la conducta de acoso sexual es entendida en términos neutros, históricamente ha evocado un conflicto de género que afecta principalmente a las mujeres,²⁶ en que la cultura patriarcal las asocia a la sexualidad, reforzándolas como objeto de deseo, representación que traslada al ámbito laboral²⁷ y se ve acrecentada debido a la tipología de la relación de trabajo.²⁸

²⁵ Pernas, Begoña; Román, Marta; Olza, Josefina y Naredo, María, *La dignidad quebrada. Las raíces del acoso sexual en el trabajo*, España, Fundación 1o. de Mayo de 2000, p. 15. Además, véase Lamas, Marta, *Acoso: ¿denuncia legítima o victimización?*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 25. Revisando las estadísticas oficiales de la Dirección del Trabajo, según el informe de denuncias por acoso sexual del primer semestre de 2019, el 94,1% de las denuncias corresponde a mujeres según distribución de denuncias del sexo del trabajador afectado, siendo 311 hasta la fecha registrada. ENCLA, Informe de resultados. Novena encuesta laboral, 2019, Dirección del Trabajo, Gobierno de Chile.

²⁶ Constatando tal realidad en Chile, véase Fariñas, Pamela y Gómez, Marcela, “Acoso sexual en el trabajo. De la impunidad a la acción”, *Aportes al Debate Laboral*, Chile, núm. 7, 1999; “Acoso sexual en el trabajo. Análisis de grupos focales”, *Aportes al Debate Laboral*, Chile, núm. 2, 1997; Carrasco, Celina y Vega, Patricia, *Acoso sexual en el trabajo, ¿denunciar o sufrir en silencio? Análisis de denuncias*, Chile, Estudios de Dirección del Trabajo, 2009.

²⁷ Carrasco, Celina y Vega, Patricia, *op. cit.*, nota 27, pp. 19 y ss.

²⁸ Stockdale, Janet, “Acoso sexual en el trabajo”, en Firth Cozens, Jenny y West, M. A. (comps.), *La mujer en el mundo del trabajo*, España, Morata, 1993, pp. 78 y ss.

En tal esquema, el origen del reconocimiento institucional del acoso sexual se produce después de un largo tránsito social. Va desde su naturalización como consecuencia de la relación discordante entre hombres y mujeres, a una concepción civilizatoria, que la concibe como una forma de discriminación por género,²⁹ que lo observa no sólo como una forma en la que el sexo es un medio para conservar el poder y el estatus, sino también para subordinar la autonomía sexual a la estabilidad en su puesto de trabajo.³⁰

En ese contexto, en la década de los ochenta, la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo en Estados Unidos otorgó un conjunto de pautas y reglas para sancionar el acoso sexual. Así, lo definió como insinuaciones sexuales indeseadas y solicitudes de favores sexuales u otra conducta física o verbal de naturaleza sexual cuando: 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 parte de un individuo es la base para tomar decisiones que afecten el empleo de dicho individuo, o 3) tales conductas tienen el propósito o el efecto de interferir, sin razón, en la eficiencia del trabajo de un individuo; o crean un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil y ofensivo,³¹ que influye notablemente en las regulaciones de acoso sexual adoptadas a nivel occidental.³²

En este marco, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en 1992 elaboró la Recomendación General 19, que señala especialmente al acoso sexual como un “comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, ob-

²⁹ Pernas, Begoña, *op. cit.*, nota 25, p. 168 y ss.; Calle, Mercedes; González, Carmen y Núñez, Juan Antonio, *Discriminación y acoso sexual a la mujer en el trabajo*, España, Largo Caballero, 1988, p. 20; Sánchez de Lara Sorzano, Cruz y Chicano Jávega, Enriqueta, *Del acoso sexual. Aspectos penales*, España, Thompson Reuters, 2010, pp. 69 y ss.

³⁰ En esta línea, fueron determinantes los aportes teóricos de Catharine Mackinnon y Lin Farley, quienes asentaron, en el constructo del acoso sexual, la idea de la existencia de una discriminación por género. Al respecto, véase MacKinnon, Catharine, *Sexual Harassment of Working Women: A Cases of Sex Discrimination*, Yale University Press, 1979; Farley, Lin, *Sexual Shakedown*, Warner Book, 1978.

³¹ Pernas, Begoña, *op. cit.*, nota 25, p 16.

³² *Ibidem*, p. 169. Posteriormente, en 1986, la Corte Suprema norteamericana, en el caso “Banco de Ahorros Meritor con Vinson”, determinó el acoso sexual como una de las conductas discriminatorias por sexo prohibidas en el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, sentencia que “da por inaugurada una inédita etapa de represión jurídica sobre este tipo de conductas en los países más avanzados del mundo”. Para más información, véase Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, *Nueva Ley de Acoso Sexual*, Chile, Lexis-Nexis, 2005, p. 3.

servaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho”, poniendo énfasis en sus repercusiones respecto de la dignidad, la salud y la discriminación que produce en las mujeres.

Estos aportes han incidido a nivel internacional en distintos niveles. Según la OIT, el acoso sexual es “un comportamiento de carácter sexual no deseado por la persona afectada y que incide negativamente en su situación laboral provocándole un perjuicio”.³³

Esto último se compatibiliza con el Convenio 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo,³⁴ y la Recomendación sobre la violencia y el acoso de 2019 (número 206), los que, con un enfoque práctico, definen a la violencia y el acoso como “un conjunto de comportamientos y acciones inaceptables” que “tienen por objeto provocar, ocasionan o son susceptibles de ocasionar, daños físicos, psicológicos, sexuales o económicos”. Esto abarca el abuso físico o verbal, la intimidación y el hostigamiento, el acoso sexual, las amenazas y el acecho, sin perjuicio de otros actos atípicos.

A nivel interamericano, la Organización de los Estados Americanos (OEA) entiende el acoso sexual como una forma de violencia contra las mujeres. En este instrumento se estipula el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y requiriendo a los Estados que impongan medidas legales para proteger a las mujeres del acoso, entre otras formas de violencia.

Por su parte, en la Unión Europea, la Recomendación 92/131 de 1991, relativa a la protección de la integridad de la mujer y del hombre en el trabajo, definió a la violencia y al acoso como

la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan la dignidad de la mujer en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros si: i) dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona objeto de la misma; ii) la negativa o sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresas o trabajadores (incluidos los superiores y compañeros) se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y el empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo; y iii) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma, y que dicha conducta

³³ Daeren, L., *La OIT frente al acoso sexual*, Chile, OIT-ETM, 1998.

³⁴ Ginebra, 108a. reunión CIT (21 junio 2019) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos).

puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato.³⁵

También a nivel europeo, la Directiva de la 2002/73/EC sobre tratamiento equitativo definió a la violencia y el acoso como una discriminación prohibida en el empleo, incluyendo la etapa de contratación, formación y práctica profesional. Luego, la Directiva 2006/54/EC derogó la directiva de 2002, pero mantuvo idénticas las definiciones de acoso sexual. Por otro lado, la Directiva 2004/113/EC amplió la prohibición de acoso sexual fuera del mercado de trabajo, amparando a todos los prestadores de bienes y servicios, tanto en los sectores públicos como en los privados. Estas directivas son generales, en el sentido de que cada Estado miembro elige la forma de implementarlas en su derecho interno y las sanciones respectivas.³⁶

En el derecho comparado existen diversas tendencias regulatorias, ya que hay países en los que se conoce una legislación especial que define en forma expresa el acoso sexual, sus supuestos y formas de concurrencia.³⁷ En otros países, su regulación deriva de manera implícita de leyes relativas a la no discriminación o derechos fundamentales, siendo la jurisprudencia y la doctrina las que han configurado su alcance.³⁸

En cuanto a las formas de regulación, los ordenamientos jurídicos han prestado atención a la temática del acoso sexual de maneras muy distintas. Se pueden observar modelos normativos que van desde la tipificación heterónoma a aquellos en los que la regulación del acoso laboral viene dada por la autonomía colectiva. Incluso, en algunos casos, se observa su inclusión en instrumentos de gestión unilateral de responsabilidad social empresarial, sin perjuicio de que, ante la ausencia normativa, finalmente han sido la jurisprudencia y la doctrina las que han delimitado sus contornos.³⁹

³⁵ Lizama, Luis, *op. cit.*, nota 34, pp. 11 y ss.

³⁶ Referencia tomada del Informe sobre Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo del XX Congreso Mundial del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, que tuvo lugar en Santiago de Chile en septiembre de 2012, y fue realizado por los relatores Sergio Gamonal Contreras y José Luis Ugarte Cataldo. Para más información, véase Gamonal Contreras, Sergio y Ugarte Cataldo, José Luis, *Acoso sexual y moral en el lugar del trabajo*, Chile, Abeledo-Perrot-Thomson Reuters, 2012.

³⁷ Este es el caso de Francia, Suiza, Bélgica, Finlandia, España, Austria, Uruguay, República Dominicana, Filipinas, Lituania, Australia, Italia, Colombia, Chile y Gran Bretaña, entre otros.

³⁸ Estados Unidos de América, Canadá, Suecia y Japón, entre otros.

³⁹ Gamonal Contreras, Sergio y Ugarte Cataldo, José Luis, *Acoso sexual y moral en el lugar del trabajo*, Chile, Abeledo-Perrot-Thomson Reuters, 2012.

IV. EL ACOSO SEXUAL LABORAL EN CHILE: ABRIENDO CAMINOS EN LA TUTELA DE ILÍCITOS LABORALES

Las agendas de género de los sucesivos gobiernos democráticos de fines del siglo XX e inicios del XXI incluyeron en sendos planes de igualdad de oportunidades (PIO) diversas medidas legislativas y programáticas para desmontar los mecanismos sociales, culturales y políticos que sustentaban o profundizaban las asimetrías de género y desigualdad de la condición y posición de las mujeres respecto de los hombres en la sociedad chilena.

Si bien dichos procesos de reforma fueron impulsados inicialmente por los movimientos sociales de mujeres y feministas en años anteriores a la creación de las institucionalidades de género (Sernam en 1991 y Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género en 2016), no fue sino hasta la reinstalación del Congreso Nacional, en 1990, cuando pudieron ser conducidos a través de debates legislativos progresivos, que comenzaron con modificaciones de orden constitucional y civil para el reconocimiento de las mujeres como sujetas titulares de derecho, pasando por sendas reformas a la justicia sustantiva y procedural de familia y sobre violencia doméstica, hasta una agenda laboral de género que se prioriza frente a fenómenos estructurales de aumento de la participación femenina en la fuerza laboral, y a otros eventos coyunturales derivados de crisis económicas globales que erosionaban las condiciones generales del mercado del trabajo, en general, y de la autonomía económica de las mujeres, en particular.

En este marco de políticas y reformas, se introdujeron modificaciones a la legislación relacionada con igualdad salarial entre hombres y mujeres, a la participación de los padres en el cuidado de los hijos recién nacidos, al derecho a sala cuna y alimentación de hijos menores de dos años, el cuidado infantil de hijos e hijas de trabajadoras temporeras y, por cierto, la reforma al código laboral en materia de regulación y sanción del acoso sexual en el trabajo, que cristalizó con la promulgación de la Ley 20.005 el 18 de marzo de 2005, que “tipifica y sanciona el acoso sexual”, luego de un largo y controvertido tránsito legislativo,⁴⁰ en el que, sin la existencia de legislación

⁴⁰ El proyecto de ley que posteriormente dio a lugar la citada ley inició en 1991 con la primera moción parlamentaria, continuó en 1994, a través de una segunda moción parlamentaria, hasta que en 1995 se presentara una indicación sustitutiva por el Ejecutivo, que fue retomada en debate en 2000.

expresa, la jurisprudencia de la época reconocía tal figura como una infracción contractual.⁴¹

Sólo a modo de reflejo de los estereotipos y resistencias culturales que rodearon el lato e interrumpido debate parlamentario de esta ley, se encuentran las palabras de la diputada informante, H. D. Adriana Muñoz, en el primer trámite constitucional:

En la historia de la ley —de la cual forma parte el informe—, queda claro que algunos parlamentarios hicieron presente que, en nuestra Carta Fundamental, en el Código del Trabajo y en otras normas legales, existían resguardos, que hacían innecesario explicitar el tema en un proyecto. Otros sostuvieron que el hecho de legislar sobre la materia iba a significar un nuevo impedimento para el ingreso de las mujeres al mercado laboral; que, junto con la existencia del fuero maternal, con el derecho de lactancia y con la no exigencia de hacerse un examen de orina, la medida sería otra barrera que impediría o disminuiría la demanda de mano de obra femenina por parte de los empresarios o del sector público. También se expresó que esto podía traer mayor inestabilidad a los trabajadores en cuanto constituiría una nueva causal de despido y, quizás, traería consigo nuevas perversidades en la relación trabajadores-empleadores.⁴²

En este contexto, se introdujeron en nuestro ordenamiento jurídico, destacándose la tipificación de un concepto de acoso sexual como ilícito laboral,⁴³ una regulación específica en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad,⁴⁴ un procedimiento especial de investigación del acoso sexual,⁴⁵ una causal de despido subjetivo⁴⁶ y de despido indirecto.⁴⁷

Ahora si bien, mayoritariamente, la doctrina nacional⁴⁸ entiende que la tipificación del acoso sexual en nuestro país sanciona una conducta que cons-

⁴¹ Sentencia Corte Suprema, del 9 de abril de 2003, Rol 2.704-2002, que resuelve una cuestión de despido indirecto y acoso sexual. Para más información, véase Carvajal, Gabriela, “Antecedentes de la legislación sobre acoso sexual: Jurisprudencia y tramitación legislativa”, *El acoso sexual en la empresa. Análisis de la Ley 20.005*, Chile, Lexis Nexis, 2005.

⁴² Historia de la Ley 20.005

⁴³ Artículo 2o., inciso 2o. del Código del Trabajo.

⁴⁴ Artículos 153, inciso segundo, y 154, núm. 12, del Código del Trabajo.

⁴⁵ Artículo 211-A al 211-E del Código del Trabajo.

⁴⁶ Artículo 160, núm. 1, letra b) del Código del Trabajo.

⁴⁷ Artículo 168, inciso 3o., y 171 del Código del Trabajo.

⁴⁸ Para más información, véase Caamaño, Eduardo, “El bien jurídico protegido frente a los actos de acoso sexual en el lugar de trabajo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*

tituye un atentando pluriofensivo de derechos fundamentales,⁴⁹ es divergente o no se pronuncia sobre cuestiones normativas centrales, que en mayor o menor medida determina el resultado de las acciones deducidas, las que abordaremos a propósito de los nudos críticos de esta figura.

V. ACOSO SEXUAL: ALGUNOS NUDOS CRÍTICOS EN MATERIA DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SU CONFIGURACIÓN EN PERSPECTIVA DE GÉNERO

En este apartado nos enfocaremos en identificar algunos nudos críticos que configuran el acoso sexual y sus problemáticas, a fin de observar ciertos elementos y problemáticas que deben razonarse con enfoque de género, con el propósito de conciliar un modelo garantista laboral con la correcta interpretación del ilícito, de cara a la tutela judicial efectiva en estas materias.

1. *La conducta antijurídica: la expresión “requerimiento” y los tipos de acoso*

El comportamiento antijurídico está regulado en el artículo 2 del Código del Trabajo. En lo referido a la *conducta punible*, existe uniformidad en la doctrina en entenderlo en un sentido amplio, comprensivo de acciones, sean escritas, verbales, gestuales o físicas.

En efecto, las conductas constitutivas de acoso sexual incluyen cualquier acción del acosador sobre la víctima “que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido”,⁵⁰ siendo los comportamientos que la confi-

de Valparaíso, núm. 25, Chile, 2004, p. 111; Lizama, Luis, *op. cit.*, nota 34, pp. 3 y ss.; Rojas, Irene “¿Por qué se debe legislar sobre el acoso sexual?”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 1998, pp. 68 y ss.; dictamen 1133/36 del 21 de marzo de 2005; Etcheverry, Françoise, *Derecho individual del trabajo*, Chile, Legal Publishing, 2011, pp. 192 y ss.; Melis, Christian y Sáez, Felipe, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo*, Chile, Legal Publishing, 2010, p. 123. En contra, véase Palavecino, Claudio, “El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno”, *Revista de Derecho*, 19:1, Chile, 2006, p. 114.

⁴⁹ En concreto, la intimidad (artículo 19, núm. 4, Constitución Política de la República), a la no discriminación (artículo 19, núm. 16, inciso tercero, Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 19, núm. 2, Constitución Política de la República) y, a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19, núm. 1, Constitución Política de la República). Por todos, véase Caamaño, Eduardo, “Acoso sexual. Concepto, clases y bien jurídico protegido”, *El acoso sexual en la empresa: Análisis de la Ley 20.005*, Chile, Lexis Nexis, 2005, p. 25.

⁵⁰ Dirección del Trabajo, Dictamen 1133/36 del 21 de marzo de 2005.

guran innumerables, exigiendo un examen múltiple, integral y coherente de las circunstancias fácticas del caso,⁵¹ lo que se condice con la idea de tipicidad en materia laboral.⁵²

En este esquema, una cuestión que ha generado dudas ha sido el alcance de la expresión “requerimiento”. Como señala Planet, en el debate parlamentario no se presentó una definición de “requerimiento”, tampoco una discusión sobre el mismo, en cuanto si debe ser entendido bajo una lógica restrictiva o amplia.⁵³ Lo anterior es de relevancia, por cuanto, en un sentido natural y obvio, se entiende por tal el pedir algo a alguien, especialmente cuando se tiene autoridad o legitimidad para ello, lo que conlleva implícitamente un expresión categórica y directa. Esto provoca dudas en cuanto a las hipótesis que pudiera admitir nuestra legislación, ya que a partir de un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema, se ha tendido a excluir hipótesis en que no existe una exigencia directa en tal sentido.⁵⁴

Lo anterior, creemos que debe ser matizado. El concepto de “requerimiento” debe ser interpretado en términos amplios, alcanzando a acciones de índole sexual de cualquier tipo, en las que si bien no medie el pedir o exigir una conducta sexual, si puede desprenderse del contexto mismo. Lo anterior se refuerza de la propia redacción del tipo laboral, ya que la expresión que se utiliza, en cuanto forma de materialización, es “por cualquier medio”, lo que debe ser entendido en términos omnicomprensivos de cualquier tipo de conducta, lo que se refuerza por los bienes jurídicos tutelados, lo que permite interpretar la expresión o centrar la conducta de acoso en el comportamiento del sujeto activo, antes que una solicitud formal, en términos de exigencia.⁵⁵

⁵¹ Corte Suprema, Rol 3500-2010, 1 de septiembre de 2010.

⁵² Los estándares en el modo de tipificación de los comportamientos sancionables o la conducta considerada como ilícita en materia laboral no debe ser “en extremo precisa y minuciosa”, pero tampoco “puede ser tan vaga y difusa que atribuya al empresario una facultad incondicional para ejercer el poder disciplinario”. Para más información, véase Fernández, María Fernanda, *El poder disciplinario en la empresa*, España, Civitas, 1991, pp. 40 y ss. Por lo mismo, “no se exige una tipificación precisa y cerrada de los actos y conductas sancionables”, aunque sí lo suficientemente delimitados para su subsunción, aunque esto no signifique un nivel de indeterminación y vaguedad que no permita delimitar sus contornos y haga ilusoria su causalización. Alonso, Manuel y Casas, María Emilia, *Derecho del trabajo*, España, Civitas, 2003, p. 442.

⁵³ Planet, Lucía, “Desde la identificación a la pérdida del trabajo. Problemas jurídicos que enfrenta la víctima de acoso sexual laboral en Chile”, en Rojas, Irene (coord.), *Estudios sobre el trabajo de la mujer*, Chile, Thomson Reuters, 2021, pp. 92 y ss.

⁵⁴ Para más información, véase Corte Suprema, AD 58-2020, 9 de octubre de 2020.

⁵⁵ Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 54, pp. 98 y ss.

Esta última cuestión es importante, ya que se relaciona con los “tipos de acoso”. Desde un punto de vista de la fenomenología del acoso sexual,⁵⁶ la doctrina laboral ha distinguido dos tipos de acoso sexual:⁵⁷ “chantaje sexual” y “acoso sexual ambiental”.

El chantaje sexual es una forma de hostigamiento sexual que “fuerza a un trabajador a elegir entre someterse a los requerimientos sexuales o perder o ver perjudicados ciertos beneficios o condiciones del trabajo”.⁵⁸ Por su parte, el acoso sexual ambiental es aquel en que “el acoso se constituye por 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”.⁵⁹

Por lo mismo, con base en la discusión conceptual anterior, cualquier comportamiento de índole sexual puede configurar alguna hipótesis de acoso, ya sea por extender la expresión “requerimiento” o bien por comprenderla dentro de una hipótesis de acoso ambiental.⁶⁰

En cuanto a la continuidad o permanencia del comportamiento, se ha dicho que

no es necesario que la conducta de acoso sea reiterada en el tiempo, basta que sea lo suficientemente intensa para afectar a la víctima, aunque sólo se produzca por una sola ocasión. Esto especialmente se produce en la hipótesis de chantaje, donde una sola exigencia de carácter sexual bajo amenaza basta para que la conducta sea suficiente para configurar la hipótesis sancionada por la ley.⁶¹

⁵⁶ Palavecino, Claudio, *op. cit.*, nota 49, p. 107.

⁵⁷ Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 54, p. 86

⁵⁸ Caamaño, Eduardo, *op. cit.*, nota 50, p. 12.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 13. Reconociendo expresamente esta hipótesis en la jurisprudencia, véase Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 961- 2019, 13 de septiembre de 2019; Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-132-2014, 28 de marzo de 2015; 2o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-914-2019, 26 de diciembre de 2019; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7488-2009, 9 de julio de 2009; 2o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-935-2012; 2o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-309-2018, 7 de junio de 2018; Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Rit T-87-2016, 15 de marzo de 2017, entre otras.

⁶⁰ Con respecto a esta discusión conceptual de “los dos acosos”, véase Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 64, p. 89.

⁶¹ Lizama, Luis, *op. cit.*, nota 34, p. 16.

Son incluso innecesarias conductas previas,⁶² siendo irrelevante que exista una pluralidad concatenadas y permanentes de acciones.⁶³

Lo relevante para este comportamiento, pese a la confusión que pudiera inducir su redacción, no es el número de conductas o su reiteración ni su extensión desde una perspectiva temporal, sino su gravedad.

Con respecto a la connotación o al carácter sexual de la conducta, coincidimos en que ésta debe situarse en un plano subjetivo, en el sentido de que lo primordial debe ser si la conducta tuvo el efecto de crear un ambiente hostil para la persona acosada, recayendo su cualificación en la percepción de esta última.⁶⁴

Para esta determinación en sede judicial, no sólo la perspectiva de género puede ser determinante, sino también el enfoque de interseccionalidad.

Vale recordar que si bien es de antigua data, se suele reconocer su origen en la discusión de un caso legal concreto, con el objetivo de hacer evidente la invisibilidad jurídica de las múltiples dimensiones de opresión experimentadas por las trabajadoras negras de la compañía estadounidense General Motors.⁶⁵ La interseccionalidad puede ser entendida como un mecanismo útil para garantizar los derechos humanos y el acceso a la justicia, pues emerge frente a la necesidad de analizar de manera integral y multidimensional la realidad que viven no sólo las mujeres en el ejercicio de sus derechos, sino también distintos grupos y colectivos históricamente discriminados, como los pueblos indígenas, afrodescendientes y personas con discapacidad, entre otros.⁶⁶

Como enfoque centrado en quien es la persona acosada y sus circunstancias, la interseccionalidad ayuda a identificar, visibilizar y comprender cómo se cruzan en las personas diversas categorías o motivos sospechosos que deben ser tenidos en vista para hacer un análisis más riguroso de cada situación.

⁶² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol núm. 1364-2011.

⁶³ Prado, Pamela, “Breves reflexiones en torno al *mobbing*”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 2005. En el mismo sentido, véase Gamonal, Sergio y Prado, Pamela, “El *mobbing* o acoso moral laboral”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 2006, p. 36 y ss. Erradamente, se ha extrapolado el mismo criterio del acoso laboral al acoso sexual. En tal sentido, véase la sentencia del Juzgado de Letras de San Bernardo, RIT T-08-2009, 11 de enero de 2010.

⁶⁴ En similar sentido, Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 54, pp. 101 y 102; Domínguez, Álvaro; Mella, Patricio y Walter, Rodolfo, “El acoso en el trabajo. Algunos aspectos doctrinarios, jurisprudenciales y legales del acoso moral y sexual en Chile”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 5, núm. 10, Chile, 2015, p. 51.

⁶⁵ Viveros, Mara, “La interseccionalidad. Una aproximación situada a la dominación”, *Debate Feminista*, Chile, núm. 52, 2016, pp. 1-17.

⁶⁶ Para más información, véase *Cuaderno de buenas prácticas para juzgar con perspectiva de género en las sentencias*, PJUD, 2018, p. 37.

A. Ausencia de consentimiento y sus formas de expresión

La conducta indeseada por la víctima refiere que los requerimientos no tienen que ser consentidos. El elemento configurativo esencial es la indeseabilidad de la conducta sexual por la parte afectada. La norma precisó que el requerimiento sexual no debe ser consentido. De esta forma, para entender que no existe acoso sexual debe existir aceptación, voluntad libre y espontánea de aceptar el requerimiento sexual.⁶⁷

En este punto, la problemática se centra en la forma en que debe manifestarse o exteriorizarse el rechazo. Se ha dicho que debe ser “una reacción inmediata, explícita y categórica de la víctima”,⁶⁸ que es lo más habitual.⁶⁹ No obstante, por otro lado, se ha indicado que el rechazo no requiere una acción frontal y explícita de la víctima,⁷⁰ sino que basta que del contexto en que se produce se deduzca inequívocamente la no aceptación del requerimiento.⁷¹

En este contexto, e insertando las precisiones anteriores, se pueden derivar dos cuestiones centrales con respecto a la configuración de esta conducta. Por una parte, que la cercanía de las partes no justifica ni aminora un acto de acoso sexual, y, por otra, que la falta de respuesta de la víctima o silencio no constituye aceptación o consentimiento tácito.

En efecto, la cercanía previa de la víctima y el agresor no puede justificar un acoso sexual, ya que basta la negativa de la primera, en cualquier momento, para entender que no hay consentimiento. De esta forma, no sería correcto exigir una determinada interacción, como un rechazo categórico o expreso.⁷²

Por lo mismo, la exigencia de rechazo categórico no es implícito al concepto ni consustancial a éste. Se debe tener en cuenta que el justificable temor de represalias laborales, inserto dentro de los mismos requisitos de tipo laboral, puede inhibir a la parte acosada de adoptar una conducta activa, de rotundo e instantáneo rechazo, ante los avances o requerimientos del superior.⁷³ Es así

⁶⁷ Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 54, p. 99.

⁶⁸ Palavecino, Claudio, *op. cit.*, nota 49, pp. 109 y 110.

⁶⁹ Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-132-2014, 28 de marzo de 2015.

⁷⁰ Caamaño, Eduardo, *op. cit.*, nota 50, p. 97.

⁷¹ Lizama, Luis, *op. cit.*, nota 34, p. 16.

⁷² Zamora Picciani, Rebeca, “Acoso sexual en los sistemas de integridad, corporativa. Buenas prácticas y perspectiva de género”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 2019, p. 58. En la jurisprudencia, véase 10. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-37-2018, 19 de junio de 2018 y sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, 31 de julio de 2018.

⁷³ Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 54, pp. 101 y 102; Domínguez, Álvaro, *op. cit.*, nota 67, p. 52.

como “en tales circunstancias, la indeseabilidad puede también manifestarse a través de un comportamiento evasivo o dilatorio de la víctima”.⁷⁴

En esta línea coincidimos con Planet, en el sentido de que la consideración del silencio de la víctima ante el requerimiento, a la luz de la desigualdad de poder propia de la relación de trabajo, permite dar por configurado el requisito de la conducta no consentida.⁷⁵

Así, el silencio o la falta de respuesta de la víctima jamás podrían ser constitutivos de aceptación o consentimiento tácito.⁷⁶

B. El resultado: la amenaza o perjuicio

El concepto legal de acoso sexual incluye una redacción que pareciera exigir o configurar una especie de ilícito de resultado, al señalar que las conductas sexuales o de connotación sexual “amenazan o perjudican la situación laboral o las oportunidades en el empleo”.

La Dirección del Trabajo ha dicho que la ley ha entendido que esta expresión permite configurar 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”,⁷⁷ lo que se vincula con la noción de acoso ambiental, el que incluso vendrá dado, por la vulneración de derechos fundamentales por no tomar medidas de protección adecuadas.⁷⁸

Esta última hipótesis se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 153 del Código del Trabajo, que obliga al empleador a “garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”, norma que determina un reconocimiento al acoso sexual ambiental, que no necesariamente exige un resultado para su materialización.⁷⁹

⁷⁴ Palavecino, Claudio, *op. cit.*, nota 49, p. 110.

⁷⁵ Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 54, pp. 101 y 102.

⁷⁶ Sentencia 2o. Juzgado de Letras del Trabajo, RIT T-309-2018, 7 de junio de 2018, y sentencia 1o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-1528-2017, 25 de septiembre de 2018. En un sentido 1o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-404-2017.

⁷⁷ Dirección del Trabajo, Dictamen 1133/36, del 21 de marzo de 2005.

⁷⁸ Respecto de la vinculación anterior, en general respecto del acoso sexual, sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de los Ángeles, RIT T-71-2019, Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, Rit T-50-2018. En el mismo sentido, Lizama, Luis, *op. cit.*, nota 34, pp. 16 y 17.

⁷⁹ Esta hipótesis ha sido reconocida expresamente por la jurisprudencia, en el sentido de que la insistencia en un contacto, o las insinuaciones de carácter sexual no queridas por quien

A propósito de lo anterior, se ha planteado la discusión sobre si el acoso sexual laboral puede darse fuera de la faena o del lugar de trabajo; la tesis mayoritaria se inclina a que ello no obsta a su calificación si tiene consecuencias en el ambiente laboral. Esto, por cuanto no distingue un elemento locativo que pueda ser interpretado en términos restrictivos, limitado a jornada o lugar de trabajo, extendiéndose a la existencia de una causa laboral.⁸⁰

Esto, por cuanto es común que estas conductas ocurran a solas entre quien realiza el acto de acoso sexual y la víctima, y puede incluso ocurrir fuera de la faena u horario laboral. Precisamente, esa circunstancia debe tenerse en cuenta al momento de calificar el acoso sexual dentro del ámbito laboral, ya que lo determinante será si existe una conexión con la relación laboral, aunque geográficamente no esté en el ámbito de control del empleador, ya que puede configurarse igualmente el acoso sexual.⁸¹

C. Las lógicas disciplinarias y los derechos fundamentales en el contexto del acoso

Como ya señalamos, la citada ley 20.005 ha introducido una hipótesis de despido disciplinario⁸² fundada en el acoso sexual, “por estimar importante el castigo de las conductas que importen una vulneración manifiesta del derecho a la dignidad, a la intimidad, a la no discriminación por razón del sexo y a la salud laboral”,⁸³ buscando “regular para proteger a los dependientes de actuaciones desde todo punto de vista reprochables y que socavan severamente su dignidad y derechos, fijando a su vez una regulación específica respecto de la terminación por esta vía”.⁸⁴

es la receptora de los requerimientos, constituyen acoso sexual ambiental. Véase Corte de Apelaciones de la Serena, Rol 66-2015, 30 de junio de 2015.

⁸⁰ Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 54, pp. 91 y 92.

⁸¹ Zamora Picciani, Rebeca, *op. cit.*, nota 75, p. 59. En la jurisprudencia, véase 1o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-37-2018, 19 de junio de 2018 y Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, 31 de julio de 2018. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol No. 188-2017.

⁸² Artículo 160, núm. 1, letra b): “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: 1. Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan: B) «Conductas de acoso sexual»”.

⁸³ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7488-2009, 9 de julio de 2010.

⁸⁴ *Idem*.

Por lo mismo, la regulación del acoso sexual encuentra su justificación en el reconocimiento y la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, por cuanto es un ilícito que sanciona una hipótesis pluriofensiva de derechos fundamentales, y existen “una diversidad de bienes jurídicos comprometidos”.⁸⁵

La pluralidad de los bienes jurídicos protegidos, como también la naturaleza de éstos, cuestiona una caracterización originaria del poder disciplinario, referido a su discrecionalidad y su naturaleza autotutelar, como también la clásica idea de que tal dispositivo disciplinario pretende únicamente la tutela del interés del empleado, lo cual obliga a interpretar de manera distinta los distintos contornos en tal variante.

En este contexto, ya sea por el fundamento mismo del acoso sexual en atención a los bienes jurídicos que cautela o por el cúmulo de obligaciones laborales que entrega la ley al empleador en materia de seguridad y protección, se puede sostener que la discrecionalidad del despido disciplinario o bien la aplicación de medidas conservativas cede ante la necesidad de protección regular y de seguro desenvolvimiento de la prestación de trabajo al interior de la organización empresarial.

Esto se concluye por cuanto si el empleador no lo ejerce, está incumpliendo su obligación de seguridad y la obligación de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores durante la ejecución de la relación de trabajo, que puede originar no sólo la imposición de una sanción por los órganos del Estado, sino también que el trabajador lesionado por una falta laboral pueda ejercer los derechos que la ley pone a su disposición ante un incumplimiento por parte del empleador.⁸⁶

De esta forma, en este escenario, y en particular en materia de acoso sexual, parece fuera de toda duda que si normativamente se le asigna al empleador un deber de vigilancia, la indiferencia o inactividad de éste supone la vulneración de un derecho fundamental y, por extensión, la implicación directa de la figura empresarial en la misma,⁸⁷ debiendo, por aplicación de la obligación de velar por la salud de los trabajadores, ejercer su poder disciplinario respecto del

⁸⁵ Caamaño, Eduardo, *op. cit.*, nota 50, p. 5.

⁸⁶ Fernández, Raúl, *El poder disciplinario del empleador*, Chile, Thomson Reuters, 2016, pp. 181 y ss.

⁸⁷ Vallejo, Ruth, “El acoso sexual en el trabajo. La independencia de los órdenes laboral y penal”, *SJS*, núm. 2, Palma de Mallorca, de 9 octubre 2015 (AS 2015, 2395), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, España, 2016, p. 188.

trabajador acosador,⁸⁸ convirtiéndose una hipótesis de ejercicio obligatorio del poder disciplinario, que, como veremos, altera las reglas de ponderación de las medidas sancionatorias, sin conllevar alteraciones a la idea de debido proceso y tutela judicial efectiva.

D. La calificación de la conducta punible: entre la autotutela y el control judicial

Un debate interesante se plantea respecto del ejercicio del poder disciplinario asociado a la aplicación de medidas disciplinarias en el ilícito de acoso sexual, a propósito de la intervención previa de un juez o jueza del trabajo en lo referido a la calificación de la conducta punible, en el sentido de si se requiere previamente que la conducta indebida sea calificada por un órgano jurisdiccional, o bien que sea el empleador el que, en el ejercicio unilateral de su poder autotutelar, decida autónomamente la calificación de la conducta y su castigo.

Desde un punto de vista doctrinario, la aplicación de una sanción disciplinaria —hipótesis jurídica en la que se presentará la calificación de la conducta como acoso— no supone una manifestación de jurisdicción, puesto que se trata de un acto de carácter privado que se erige para la defensa de un interés subjetivo y propio, que se supedita a un control posterior, circunstancias que derivan por lo demás de la caracterización del despido como acto jurídico unilateral, de eficacia constitutiva y naturaleza potestativa autotutelar.

Al ser el empleador el titular del poder disciplinario, sólo será a él, a menos que la ley indique lo contrario, a quien le corresponde la calificación de la conducta y su sanción. En este contexto, si bien la ley sanciona y tipifica expresamente la conducta de acoso sexual como un ilícito laboral, en ningún momento otorga, exclusiva o compartidamente, competencia para su determinación y calificación previa a los tribunales de justicia. Por otro lado, la ley laboral no regula la suspensión de los poderes empresariales cuando un órgano jurisdiccional entra a conocer de una acción que conlleve como pretensión y objeto la declaración de tal ilícito.

En general, en el plano normativo no existe disposición expresa que limite más allá de las reglas propias del desafuero el ejercicio del despido disciplinario como acto de autotutela privada en relación con este ilícito.

⁸⁸ Arbonés, Hilda, *Acoso moral en el trabajo y su tutela preventiva*, España, Bomarzo, 2014, p. 84.

En este contexto, la decisión del término del contrato de trabajo es adoptada por el empleador, y basta solamente la expresión de su voluntad dirigida con tal fin. Esta manifestación se encuentra libre del sometimiento a otra instancia, y produce sus efectos en el plano sustancial, sin que sea necesaria la intervención previa de un tercero, salvo determinadas excepciones normativas expresas que confirmarán la regla general, en las que no se encuentra el acoso sexual como ilícito laboral.

Por lo mismo, la intervención judicial se produce como un control *ex post*, en la que se califica la licitud de la extinción del vínculo laboral, lo que por lo demás no afecta su eficacia, decantándose así su competencia limitada a la determinación de procedencia o improcedencia del despido.

Esto último otorga garantías, tanto para la parte trabajadora que se vea afectada por las conductas de acoso como por el denunciado y el empleador, estableciendo un modelo equilibrado de derechos que permita conciliar las pretensiones asociadas a la satisfacción de los intereses y valores propios de la proscripción de conductas de acoso sexual, como, a su vez, las de un modelo de tutela judicial efectiva y debido proceso.

La perspectiva de género aplicada tanto en la dimensión interpretativa como en la calificación jurídica de los hechos permite dotar de elementos sustantivos a la acción jurisdiccional relacionados con las hipótesis de que el espacio laboral es un “lugar atípico” para las mujeres, que además de encontrarse sometidas a una estructura naturalmente asimétrica de poder, corren riesgos feminizados, como el acoso sexual y sexista y otros tratos desiguales o degradantes motivados por el género, que no sólo tienen impacto en la demandante, sino en la constitución de ambientes laborales libres de riesgos y discriminación para todos y todas.

No debe olvidarse tampoco que los pronunciamientos judiciales son la forma en que el Poder Judicial se comunica con la sociedad, y sus decisiones constituyen una interpretación autorizada de lo que el derecho es en relación con los conflictos individuales. En este sentido, la sentencia, en cuanto reconoce que en determinada situación se han vulnerado derechos de personas en franca desigualdad y ordena su restablecimiento, no sólo recompone el conflicto individual, sino que le está diciendo a la sociedad que tal conducta no es, ni será, tolerada en lo sucesivo. Es el poder transformador de las sentencias al que permite actuar sobre las conductas futuras.

E. *El ejercicio del poder disciplinario y la ponderación de la gravedad de la conducta*

Teniendo en cuenta la obligación de seguridad de la parte empleadora, como también el fundamento de la protección contra los ilícitos del acoso sexual, se altera no tan solo la discrecionalidad del ejercicio del poder disciplinario en su oportunidad, sino también su ponderación.

En este contexto, aparece el principio de proporcionalidad, como la “correlación entre los hechos que imputa al trabajador y la sanción que finalmente le impone”,⁸⁹ y se erige como uno de los límites al despido subjetivo. Tal principio busca la existencia de correspondencia “entre la conducta infractora, la sanción y el trabajador sancionado”, para evitar el uso arbitrario de tal potestad,⁹⁰ y se constituye como un límite al despido,⁹¹ y, en general, como límite a toda medida disciplinaria,⁹² y su presencia es fundamental en la configuración del control judicial de la medida enjuiciada.⁹³

Este principio es impuesto “por la propia lógica del sistema”, en la medida en que una sanción “desproporcionada” o “arbitraria” “no cumpliría de manera plena su función correctiva y disuasoria, provocando el rechazo del colectivo destinatario del ordenamiento sancionador”.⁹⁴ De esta forma, el principio de proporcionalidad se constituye como una norma de “orden público”,⁹⁵ la que incluso en un ordenamiento jurídico puede ser calificada de transversal y general del derecho.

Dicho esto, cabe la duda en cómo se debe ponderar el acoso sexual a propósito de la determinación de la medida disciplinaria a adoptar, a fin de ser

⁸⁹ Arbonés, Hilda, *op. cit.*, nota 91, p. 25.

⁹⁰ Fernández-Costales, Javier, *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, España, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, 2005, p. 57.

⁹¹ Gamonal, Sergio y Guidi, Caterina, *Manual del contrato de trabajo*, Chile, Thomson Reuters, p. 103; Fernández, Raúl, “Los principios de proporcionalidad, *non bis in idem* e inmediatez como límites del despido disciplinario”, *Estabilidad en el empleo. Estudio en homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz*, Chile, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2018, pp. 108 y ss.

⁹² Fernández-Costales, Javier, *op. cit.*, nota 93, pp. 192 y ss.

⁹³ Luque, Manuel, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, España, J. M. Bosch Editor, 1999, pp. 618 y ss; Monereo Pérez, José Luis, “La reconfiguración causal del despido colectivo. Algunas reflexiones críticas”, en Castiñeira Fernández, Jaime (coord.), *Presente y futuro de la regulación del despido*, España, Aranzadi, 1997, p. 172.

⁹⁴ Fernández-Costales, Javier, *op. cit.*, nota 93, p. 277.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 278.

conciliada con la adecuada protección del trabajador o trabajadora afectados y, a su vez, respetar las garantías propias contra el ejercicio del poder disciplinario. Esta observación es de vital importancia, por cuanto se han fijado por la jurisprudencia una pluralidad de criterios para la calificación de la intensidad del incumplimiento que inciden en la determinación de la legalidad de la medida disciplinaria adoptada por la parte empleadora.⁹⁶

En esta materia, en cuanto a la ponderación con otros elementos y la graduación de las medidas disciplinarias disponibles, han existido posturas contrapuestas en el sentido de si es posible graduar la sanción en atención a las consideraciones antes expuestas, o⁹⁷ bien por la sola consideración del desvalor de la conducta la única alternativa es el despido.⁹⁸

A nuestro entender, la última opción parece correcta. A diferencia de la mayoría de las causales disciplinarias, existe una definición conceptual que determina los márgenes del acoso sexual laboral en materia disciplinaria, y se constituye como una garantía para el sujeto pasivo del despido, imponiéndose el principio de tipicidad como límite al ejercicio del poder disciplinario. En tal supuesto, la selección del comportamiento reprochable es definida por una fuente heterónoma de integración del poder disciplinario, que predetermina no tan sólo la conducta punible y su castigo, sino que también encauza sus efectos, y gradúa la correspondencia entre la infracción y su sanción.

De esta forma, la conducta de acoso sexual solamente puede ser encauzada por este supuesto, impidiendo la posibilidad de disposición de sanción mediante vías disciplinarias conservativas de menor intensidad. También, y desde otra perspectiva, aquellas conductas que no logran configurarse en los términos predeterminados por el legislador para constituir una hipótesis de acoso no pueden ser sancionadas mediante otros canales disciplinarios extintivos, ya que en estricto rigor lo sancionado es un resultado y no una actividad.

En otros términos, se reconoce un evento material como consecuencia causal del comportamiento indebido de agresión, y excluye de su punibilidad hipótesis imperfectas o frustradas.

Con base en lo anterior, no creemos correcto sostener que tal conducta indebida pueda ser castigada y encauzada por otras vías disciplinarias, ya sea de menor intensidad —a través de medidas disciplinarias conservativas— o

⁹⁶ Fernández-Costales, Javier, *op. cit.*, pp. 197 y ss.

⁹⁷ Así por ejemplo, sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, RIT O-134-2018, 31 de diciembre de 2018.

⁹⁸ Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Ovalle, RIT O-28-2016, 5 de diciembre de 2016.

bien otros supuestos habilitantes contenidos en el artículo 160 del Código del Trabajo, cuanto aquélla no alcance su completa ejecución.

Dichas así las cosas, según la estructura del tipo y su naturaleza, al exigir un resultado que acaece en un tiempo y lugar distintos de los de la completa ejecución de la acción descrita por la norma, excluye de su punibilidad hipótesis imperfectas o frustradas. En otros términos, si no produce el resultado, o bien el despliegue de la conducta no está consumado, no es posible entender que configura la conducta punible, garantía jurídica tanto para el sujeto activo como para el sujeto pasivo de la conducta.

Finalmente, si aplicamos acá la perspectiva de género, se deberá considerar que el acoso sexual laboral no corresponde 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. Dicha gravedad vendría justificada por la relevancia que el criterio de sospecha involucrado (género) supone para las sociedades contemporáneas.⁹⁹

2. La aplicación del procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual: su relación con el despido disciplinario

En el contexto planteado se requiere, previo al ejercicio del despido disciplinario por una conducta indebida de acoso sexual, la existencia y la aplicación de un procedimiento de investigación y sanción. En dichos aspectos, a nuestro entender tales consideraciones constituyen un presupuesto de validez y eficacia del acto extintivo.

Sobre el punto, la ley realiza una distinción respecto de los montos indemnizatorios,¹⁰⁰ pero nada indica, a lo menos expresamente, cuándo se omiten la aplicación del procedimiento de investigación y la sanción de tales conductas.

Nosotros distinguiremos dos aspectos: por una parte, la aplicación del procedimiento de investigación del acoso sexual, y por otra, la legitimidad y justificación en la calificación de la conducta en relación con el citado procedimiento.

⁹⁹ Ugarte, José Luis, “Acoso sexual y sexista en el trabajo. Revisión desde la doctrina y la jurisprudencia”, Informe en Derecho, elaborado para la Secretaría Técnica de Igualdad y No Discriminación de la Corte Suprema del Poder Judicial de Chile, diciembre de 2020.

¹⁰⁰ El artículo 154, núm. 12, inciso 2o. del Código del Trabajo, indica que “En el caso de las denuncias sobre acoso sexual, el empleador que, ante una denuncia del trabajador afectado, cumpla íntegramente con el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II, no estará afecto al aumento señalado en la letra c) del inciso primero del artículo 168”.

En primer lugar, la regulación y aplicación del procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual en nada afecta la validez y eficacia del despido. En nuestro ordenamiento jurídico, por regla general, la extinción producirá sus efectos inmediatamente, sin perjuicio de que se le conceda al trabajador el contrapoder de impugnar el acto privativo de autotutela.

Por otra parte, la sentencia que declara la legalidad del despido no resuelve el vínculo laboral, sino que reconoce o desconoce la legitimidad del acto que ya produjo sus efectos en el plano sustancial, características propias de un acto con eficacia constitutiva, por lo que la no reglamentación y aplicación del procedimiento mantiene la validez y eficacia de la terminación.

No obstante, en segundo lugar, una situación distinta es la relacionada con la calificación del despido. En nuestro ordenamiento, el no cumplimiento de los requisitos establecidos para el despido determina su configuración como injustificado, con los consiguientes efectos jurídicos de procedencia de la indemnización por antigüedad y los recargos indemnizatorios punitivos.

Así, ya sea con la omisión de regulación del procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual, o bien existiendo éste no se aplique previamente a la imposición de la sanción extintiva, se omite un presupuesto formal de la justificación del despido. Esto, por cuando la ley exige que la conducta indebida se encuentre comprobada al momento de invocarse la causal exoneratoria, incumpliéndose por la parte empleadora dicho estándar mínimo, cuando no se asegura la acreditación de los hechos fundantes que permitan constatar objetivamente los presupuestos materiales de la infracción imputada, más aún cuando existe una obligación específica al respecto.

La actuación del empleador, previamente a la imposición de una sanción por una conducta de acoso sexual, debe ceñirse al mandato legal que lo obligaba a sustanciar la investigación en consideración el procedimiento que exige la ley, bajo reserva y a garantizar el derecho de las partes a ser oídas y de poder fundamentar sus dichos, como traducción de los principios de contradicción y de bilateralidad de la audiencia, de manera que durante el curso del proceso investigativo los involucrados pudieran hacer sus observaciones y acompañar nuevos antecedentes mientras aquél se encontrara abierto.

Tal rigor exigido por el legislador se justifica por la naturaleza y gravedad de la conducta investigada, en que el solo hecho de abrirse la investigación y de arribarse, en su caso, a conclusiones en un sentido u otro resultan relevantes para la futura vida laboral de todos los involucrados, y constituye un límite

al ejercicio del poder disciplinario en relación con la proyección del debido proceso entre particulares.¹⁰¹

Ahora, reforzando esta conclusión, debe tenerse presente que normativamente se exige que la conducta esté debidamente comprobada, exigiéndose para la justificación del despido no solamente las meras suposiciones o indicios, sino que los actos o actitudes respectivos sean verificados y, en cuanto a la gravedad, revistan de una entidad tal que lleve necesariamente a un quiebre de la relación laboral. Como resumen, los tribunales de justicia exigen la “verificación y calificación”, idea que jurisprudencialmente se relaciona con la justificación del despido.¹⁰²

VI. CONCLUSIONES

Una vez expuestos algunos nudos críticos que vemos a partir de la regulación actual del acoso sexual laboral en el ordenamiento chileno, y cómo ellos pueden tener incidencia en la tutela judicial efectiva de tales causas, aparece entonces nuevamente justificada la necesidad de incorporar un enfoque de género en la materia.

En efecto, bajo el contexto que hemos presentado en este trabajo, se puede identificar con claridad la necesidad de analizar las instituciones jurídicas desde una perspectiva que permita un análisis crítico y profundo de las desigualdades entre hombres y mujeres. Esto es especialmente relevante para el espacio laboral, en el cual se manifiestan con especial énfasis prácticas masculinizadas y jerarquizadas, de subordinación de lo femenino a lo masculino, riesgos feminizados, y en que se normaliza todo aquello dentro de un esquema que reconoce, como parte de su regulación, la subordinación y dependencia de una de las partes por sobre la otra.

Ahora, si bien en nuestro país se ha avanzado en la regulación del acoso sexual laboral, la práctica jurídica no se encuentra totalmente alineada con la realidad de los fenómenos sociales y políticos, y, por lo mismo, de las desigualdades de género, que tienen un carácter histórico y estructural, y que se expresan en la vida cotidiana en las relaciones entre hombres y mujeres, y que están en la base de conductas de acoso sexual laboral. A consecuencia

¹⁰¹ Corte de Apelaciones de Copiapó, 27 de mayo de 2008, Rol 50-2008.

¹⁰² Corte Suprema, Rol 3100-2010, de 1 de septiembre de 2010; Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 438-2016, de 6 de enero de 2017; Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 44-2011, 23 de junio de 2011.

de ello, la eficacia en la resolución de los conflictos laborales vinculados a la violencia de género en materia de acoso sexual es frágil, por cuanto queda condicionada en muchos casos a la integración de estándares normativos relacionados con la promoción y tutela de los derechos fundamentales en los espacios laborales.

Estimamos que con una perspectiva de género que incluya el estudio de los conflictos laborales sobre la base de las diferencias sexuales se podría favorecer la eficacia de las normas jurídicas, dependiendo finalmente su éxito o fracaso a la introducción de la teoría de género en la interpretación de nuestro ordenamiento jurídico, como también en la ponderación y resolución de los conflictos laborales.

El fundamento normativo del *gender mainstreaming* o perspectiva de género se debe reconocer sustentado desde una doble fuente doctrinaria y jurídica: por una parte, las normas internacionales que obligan al Estado a actuar con la debida diligencia en la adopción de todas las medidas necesarias orientadas a prevenir, sancionar y erradicar cualquier forma de violencia contra la mujer,¹⁰³ incluyendo el ejercicio de la función jurisdiccional, y, por otra, el

¹⁰³ 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

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, a respetar, promover y efectivizar el goce del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el espacio laboral.

Las resoluciones judiciales son la manera en que el Poder Judicial se comunica con la comunidad, y sus decisiones constituyen una interpretación y representación legitimada de lo que el derecho es en su relación con los conflictos individuales. En este marco, la sentencia que reconoce situaciones en que se han vulnerado derechos de personas en ostensible desigualdad y ordena su restablecimiento no sólo resuelve el conflicto individual o privado, sino que le está diciendo a la sociedad que tal conducta no es, ni será, tolerada en el futuro. Es la agencia transformadora de las sentencias judiciales que permite actuar sobre las conductas futuras y cumplir con la parte que al Poder Judicial le compete, en tanto responsabilidades del Estado como garante del derecho y principio de igualdad y no discriminación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADELANTADO, José, “El marco de análisis. Las relaciones complejas entre estructura social y políticas sociales, 200”, *Cambios en el estado de bienestar. Políticas sociales y desigualdades en España*, Barcelona, Icaria, 2000.
- AGATÓN SANTANDER, Isabel, *Justicia de género. Un asunto necesario*, Bogotá, Temis, 2013.
- ALONSO, Manuel y CASAS, María Emilia, *Derecho del trabajo*, España, Civitas, 2003.
- ASOCIACIÓN DE MAGISTRADAS CHILENAS (MACHI), *Recomendaciones para el abordaje de una política de género en el Poder Judicial chileno*, Chile, Comisión de Derechos Humanos y Género de la Asociación Nacional de Magistrados, 2015.
- CALLE, Mercedes *et al.*, *Discriminación y acoso sexual a la mujer en el trabajo*, España, Largo Caballero, 1988.
- CAMAÑO, Eduardo, “Acoso sexual. Concepto, clases y bien jurídico protegido”, *El acoso sexual en la empresa: Análisis de la Ley 20.005*, Chile, Lexis Nexis, 2005.

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención”.

- CAAMAÑO, Eduardo, “El bien jurídico protegido frente a los actos de acoso sexual en el lugar de trabajo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 25, Chile, 2004.
- CARMONA, Encarnación, *La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- CARRASCO, Celina y VEGA, Patricia, *Acoso sexual en el trabajo, ¿denunciar o sufrir en silencio? Análisis de denuncias*, Chile, Estudios de Dirección del Trabajo, 2009.
- CARVAJAL, Gabriela, “Antecedentes de la legislación sobre acoso sexual. Jurisprudencia y tramitación legislativa”, *El acoso sexual en la empresa. Análisis de la Ley 20.005*, Chile, Lexis Nexis, 2005.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 2007.
- COURTIS, Christian, “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de investigación dogmática”, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006.
- Cuaderno de buenas prácticas para juzgar con perspectiva de género en las sentencias*, PJUD, 2018.
- DAEREN, L., *La OIT frente al acoso sexual*, Chile, OIT-ETM, 1998.
- DE BARBIERI, Teresita, “Sobre la categoría de género. Una introducción teórico-metodológica”, *Debates en Sociología*, Perú, núm. 18, 1993.
- ETCHEVERRY, Françoise, *Derecho individual del trabajo*, Chile, Legal Publishing, 2011.
- FACIO, Alda, “Feminismo, género y patriarcado”, *Lectura de apoyo 1*.
- FARÍAS, Pamela y GÓMEZ, Marcela, “Acoso sexual en el trabajo. De la impunidad a la acción”, *Aportes al Debate Laboral*, Chile, núm. 7.
- FARLEY, Lin, *Sexual Shakedown*, Warner Book, 1978.
- FERNÁNDEZ, Gema, “Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por la violencia de género: el papel del comité CEDAW en la eliminación de la discriminación y estereotipación”, *Onati Socio-Legal Series*, España, vol. 5, núm. 2, 2015.
- FERNÁNDEZ, María Fernanda, *El poder disciplinario en la empresa*, España, Civitas, 1991.

- FERNÁNDEZ, Marisol, “Usando el género para criticar al derecho”, *Derecho PUCP*, Perú, núm. 59, 2006.
- FERNÁNDEZ, Raúl, “Los principios de proporcionalidad, *non bis in ídem* e inmediatez como límites del despido disciplinario”, *Estabilidad en el empleo. Estudio en homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz*, Chile, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2018.
- FERNÁNDEZ, Raúl, *El poder disciplinario del empleador*, Chile, Thomson Reuters, 2016.
- FERNÁNDEZ-COSTALES, Javier, *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, España, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, 2005.
- GAMONAL, Sergio y PRADO, Pamela, “El *mobbing* o acoso moral laboral”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 2006.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y UGARTE CATALDO, José Luis, *Acoso sexual y moral en el lugar del trabajo*, Chile, Abeledo-Perrot-Thomson Reuters, 2012.
- HENRÍQUEZ, Helia y RIQUELME, Verónica, “Asedio sexual en el trabajo. Una política para su erradicación”, *Temas Laborales*, España, núm. 6, 1997.
- LAMAS, Marta, *Acoso: ¿denuncia legítima o victimización?*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- LAMAS, Marta, “La perspectiva de género”, *Revista de Educación y Cultura*, Argentina.
- LARRAÍN, Beatriz, “La judicialización de la política en Chile y sus factores causales. Análisis a través de un estudio de caso”, *Annuario de Filosofía Jurídica y Social*, Chile, núm. 23, 2005.
- LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis, *Nueva Ley de Acoso Sexual*, Chile, Lexis Nexis, 2005.
- LUQUE, Manuel, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, España, J. M. Bosch Editor, 1999.
- MACKINNON, Catharine, *Sexual Harassment of Working Women: A Cases of Sex Discrimination*, Yale University press, 1979.
- MELIS, Christian y SÁEZ, Felipe, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo*, Chile, Legal Publishing, 2010.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, “La reconfiguración causal del despido colectivo. Algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime (coord.), *Presente y futuro de la regulación del despido*, España, Aranzadi, 1997.

- PALAVECINO, Claudio, “El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno”, *Revista de Derecho* 19:1, Chile, 2006.
- PERNAS, Begoña *et al.*, *La dignidad quebrada. Las raíces del acoso sexual en el trabajo*, España, Fundación 1o. de mayo, 2000.
- PLANET, Lucía, “Desde la identificación a la pérdida del trabajo. Problemas jurídicos que enfrenta la víctima de acoso sexual laboral en Chile”, en ROJAS, Irene (coord.), *Estudios sobre el trabajo de la mujer*, Chile, Thomson Reuters, 2021.
- PRADO, Pamela, “Breves reflexiones en torno al *mobbing*”, *Revista Laboral Chilena*, Chile.
- RAPHAEL DE LA MADRID, Lucía, *Género y literatura. Hacia una perspectiva otra del derecho*, México, UNAM, 2015.
- ROJAS, “¿Por qué se debe legislar sobre el acoso sexual?”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 1998.
- SÁNCHEZ DE LARA SORZANO, Cruz y CHICANO JÁVEGA, Enriqueta, *Del acoso sexual. Aspectos penales*, España, Thompson Reuters, 2010.
- SCOTT, Joan, “Género: ¿todavía una categoría útil para el análisis”, *La Manzana de la Discordia*, Guatemala, vol. 6, núm. 1, ¿2010?
- SERRANO, Pilar, “Gender approach as a Conceptual and Methodological Opening in Public Health”, *Revista Cubana de Salud Pública*, Cuba, vol. 38, núm. 5, 2012.
- STOCKDALE, Janet, “Acoso sexual en el trabajo”, en FIRTH COZENS, Jenny y WEST, M. A. (comps.), *La mujer en el mundo del trabajo*, España, Morata, 1993.
- UGARTE, José Luis, “Acoso sexual y sexista en el trabajo. Revisión desde la doctrina y la jurisprudencia”, Informe en derecho, elaborado para la Secretaría Técnica de Igualdad y No Discriminación de la Corte Suprema del Poder Judicial de Chile, diciembre de 2020.
- VALLEJO, Ruth, “El acoso sexual en el trabajo. La independencia de los órdenes laboral y penal. SJS, núm. 2, Palma de Mallorca, 9 de octubre de 2015 (AS 2015, 2395)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, España, 2016.
- ZAMORA PICCIANI, Rebeca, “Acoso sexual en los sistemas de integridad, corporativa. Buenas prácticas y perspectiva de género”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 2019.