



Tesina de la Carrera de Derecho

**Análisis Del Derecho Penal Del
Trabajo En Chile**

Autores

Madelaine Daleen Jofré Romero

Diego Ramón León Quintana

Profesor guía

Dagmar Beatriz Salazar Mesa

Diciembre 2022

Índice.

Introducción	3
Capítulo I “El derecho penal como instrumento desincentivador de las conductas atentatorias”	5
Capítulo II “El derecho penal laboral en Chile”	12
Artículo 158 número 2 Código Penal	12
Artículo 411 quáter Código Penal	14
Artículo 318 ter Código Penal	20
Artículo 13 de la Ley 17.322	23
Ley 20.393 sobre responsabilidad penal de la persona jurídica	25
Capítulo III “Una vista al Futuro”	28
Acoso Laboral y acoso sexual	28
Delito de Amenazas	33
Delito de Chantaje	35
Delito de Coacción	35
Delito de Injurias y Calumnias	36
Delito de Hostigamiento	37
Delito de Acoso Sexual Callejero	38
Deber de Protección	39
Conclusión	44
Bibliografía	45

Resumen.

El Derecho Penal es el encargado de proteger los bienes jurídicos socialmente valiosos, es un método de control social de carácter formal que nos define los parámetros de conducta fundamentado en los derechos humanos y en la Constitución Política, así, en el Derecho Laboral encontramos la representación más palpable de dichos bienes jurídicos en aquel ámbito de la vida en el que nos desenvolvemos día a día, un área del derecho que se caracteriza por basarse en una relación asimétrica necesitada siempre de regulación y estabilización, por lo que es urgentemente necesario incluir un Derecho Penal Laboral a nuestro ordenamiento jurídico con el fin de proteger esta esfera de la vida del trabajador.

Palabras Claves.

Derecho Penal del Trabajo – Derecho del Trabajo – Acoso Sexual – Acoso Laboral – Deber de Protección

Introducción.

El Derecho Laboral y el Derecho Penal cuentan con amplias protecciones a estos bienes jurídicos socialmente valiosos, pero como es sabido y veremos más adelante, en caso de transgresiones al derecho laboral se cuenta principalmente con sanciones administrativas que no se traducen en una eficaz protección, ya que no existe una disminución de estas vulneraciones a pesar de estas sanciones administrativas que se reflejan normalmente en multas que, no obstante, sean altamente cuantiosas, no hacen cesar las conductas atentatorias, lo que hace concluir que estas sanciones administrativas ya no son suficientes para evitar la violación de estos bienes jurídicos laborales preciados.

Es menester aclarar que los delitos que serán tratados más adelante serán analizados desde un punto de vista elemental abordando los componentes básicos de los tipos penales para la correcta comprensión de nuestra tesis, debido a que un abordaje más profundo escapa del punto que perseguimos e implicaría un estudio extenuante de ellos.

Es necesario en Chile un Derecho Penal del Trabajo que se traduzca en normas jurídico-penales que tengan como finalidad la protección de los derechos e intereses de los trabajadores.

Este artículo lo hemos estructurado en 3 capítulos identificados de la siguiente forma; Capítulo I “El derecho Penal como Instrumento desincentivador de las conductas atentatorias”, Capítulo II “El Derecho Penal Laboral en Chile” y Capítulo III “Una Vista al Futuro”.

CAPÍTULO I

“EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DESINCENTIVADOR DE LAS CONDUCTAS ATENTATORIAS”

La sociedad y su infinita cantidad de interacciones confirma lo que Aristóteles sostenía en el libro I de su *Política*, al hacer esta doble afirmación “(...) que la pólis es una realidad natural y que el ser humano es por naturaleza un animal político” (Campillo, 2014, p. 172). De ahí que el individuo necesita de la interacción con la sociedad para la consecución de sus fines personales pero esta convivencia no es siempre pacífica, sino más bien todo lo contrario, es sumamente conflictiva y lo podemos comprobar recurriendo a la historia, verbigracia, si pensamos en los grandes conflictos bélicos o si pensamos en los conflictos cotidianos que hoy en día erróneamente se normalizan.

A propósito de lo anterior, “El derecho tiene por función posibilitar la existencia, lo que implica asegurar la co-existencia, porque la existencia humana siempre -e ineludiblemente- es co-existencia. Este aseguramiento se obtiene introduciendo un orden coactivo que impida la guerra civil, esto es, la guerra de todos contra todos” (Zaffaroni, 1998, p. 44). El conflicto es inherente a las relaciones entre personas y sus motivos pueden ser muy variados, por ende, es sabido que la resolución de estos conflictos no es fácil y la autotutela es una institución que se encuentra regulada excepcionalmente en nuestro ordenamiento, lo que hace realzar la latente necesidad de una autoridad que comande los fines y los métodos de control social. En consecuencia, en vista de esta necesidad de control por parte de la autoridad y de sujeción al ordenamiento jurídico por parte del sujeto normado, es que el derecho penal se vislumbra como un instrumento para garantizar que las conductas de los sujetos se ajusten a los parámetros de protección que el ordenamiento a establecido.

En el mismo orden de ideas, es que de una manera simplificada, en el pensamiento clásico existen dos líneas de pensamiento que procuran una respuesta a estas cuestiones; por un lado, se sostiene que el derecho penal tiene una función metafísica, consistente en la realización de un ideal de justicia; por otro, que el derecho penal tiene una función social, caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el derecho

positivo (bienes jurídicos) (Bacigalupo, 1999, p. 29). A estas dos funciones, además, se le debe reconocer al derecho penal la función que ejerce en el ordenamiento jurídico en caso de quebrantamiento por parte del individuo y es que “cumple (junto con otros ordenamientos normativos) una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito” (Bacigalupo et al., 1999, p. 41), delitos que aumentan desproporcionadamente la sensación de inseguridad con la que vivimos, lo que se refleja en una disminución en el sentido de propiedad y confianza del sistema que nos ampara.

En este marco de ideas; en palabras de Cristina Barros “el término control social fue introducido por Edward Ross quien lo definió como el conjunto de todas las estructuras y procesos sociales que deben limitar la conducta desviada de los miembros de una sociedad. Este autor enfatiza que esta categoría se enfoca en problemas relacionados al orden y la organización de la sociedad, de esta manera lo define como la influencia que surge directamente de los contactos y relaciones entre las personas y por la cual se presiona, de una manera racional o irracional, sobre los individuos, para que se comporten conforme a lo que la sociedad o el grupo espera de ellos.” (Barros, 2017, p. 14). Por lo anterior, podemos decir que el control social es una forma en que la sociedad garantiza que la conducta de sus integrantes se apegue a una línea directriz indicando como actuar, como conducirse e interactuar con las personas y una cierta forma de sanción para aquellos que se aparten de dicha directriz.

En efecto, existen varios métodos de control social antes de la aplicación de la última ratio que es el derecho penal, como, por ejemplo; la iglesia, organizaciones sociales, la escuela, formas de agrupación que promueven valores positivos como lo sería un grupo o club deportivo y el más importante la familia, pero, estos con cada vez más frecuencia fallan en infundir valores positivos teniendo cada vez más presente el derecho penal para tales objetivos.

Por lo que nos situamos desde la sombra del control social de reacción el que consiste, en palabras sencillas, en sancionar las conductas lesivas o que se desvíen de las establecidas como correctas por esta línea directriz. Un control social institucionalizado punitivo en el que el titular es el Estado a través de una serie de instituciones legalmente establecidas basado en un ordenamiento jurídico dotado de una gran fuerza coactiva “(...) que se ejerce sobre la base de la existencia de un conjunto de agencias estatales denominado *sistema penal*. Entonces el derecho

penal positivo opera en la sociedad como el máximo instrumento de control social, compuesto por un conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, penas y medidas de seguridad o de corrección a título de consecuencia jurídica.” (Estrada, 2011, p. 66).

A tal efecto, identificamos tres elementos que se desprenden del concepto; un supuesto de hecho, el delito y, por supuesto, su consiguiente consecuencia jurídica que sería la pena “o sea, una pérdida o disminución de derechos personales que el transgresor debe sufrir y que el Estado debe imponerle por medio de sus órganos” (Etcheberry, 1998, p. 23). Siendo el fin de la pena el restablecimiento del orden jurídico y la prevención de un eventual siguiente delito.

Como señalan Politoff, Matus y Ramírez la pena es una “amarga necesidad” (Politoff S., 2003, p. 48), sin la cual no habría forma de hacer respetar los valores de la sociedad. Las Teorías Relativas o también llamadas Teorías de la Prevención exponen que la pena se impone para prevenir nuevos hechos delictivos, dentro de las cuales tenemos dos tipos. Un primer tipo, las de prevención general, que son aquellas que fundan la pena en el efecto intimidatorio sobre los demás, en donde, la pena debe estar determinada con claridad, junto con el hecho por el que se la conmina, antes de su eventual perpetración. La pena apunta, pues, a la sociedad y no al hechor mismo, hacer pensar al hombre racional y calculador de que mejor es abstenerse de la comisión de los hechos que se castigan. Pero, a pesar de las críticas, si se observa el estado actual de la dogmática penal de nuestra orbita cultural, podemos constatar que, salvo contadas excepciones, existe un predominio casi absoluto de la prevención general como justificación del sistema penal, bajo la nueva denominación de prevención general positiva o integradoras. Así en las teorías unificadoras de la pena, se asume la necesidad de la protección de bienes jurídicos a través de la prevención general, mediante la conminación de penas en la ley y la motivación subsecuente a su respecto. Un segundo tipo, las de prevención especial, que son aquellas según las cuales se mira sobre el obrar del hechor, educándolo, mejorándolo o siquiera desanimándolo de la idea de cometer nuevos delitos.” (Politoff et al., 2003, p. 59-64).

En consecuencia, la prevención general se trata de disminuir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados; la amenaza de la pena puede infundir temor a los posibles delincuentes y motivarlos para lograr abstenerse de delinquir. Mientras que, la prevención especial tiende a prevenir los delitos que puedan nacer de una persona puntual, concepción que

ha sido fuertemente abatida por el solo hecho de comprobar los altos porcentajes de reincidencia, lo que deja en evidencia que instituciones como la reeducación, la rehabilitación y la reincorporación o reinserción social, en Chile, son poco eficaz.

En resumen, con la prevención general se pretende que el que no delinquirá no delinca, y con la preventiva especial se pretende que el que delinquirá no vuelva a hacerlo. La pena entendida como prevención general sería básicamente retribución (concepto retributivo de la pena), en tanto que como prevención especial tendría efecto resocializador (concepto resocializador de la pena). (Zaffaroni et al., 1998, p. 43).

Dicho esto, es que el punto central es la potestad punitiva del Estado, es decir, el poder que se le otorga al Estado para que declare las conductas que se van a considerar como atentatorias y la pena que se le impondrá o *ius puniendi*, que lo definiremos formalmente en palabras de Balmaceda como “la facultad que tiene el Estado para declarar como delitos determinados comportamientos que por su especial gravedad atentan contra ciertos valores que se consideran esenciales para la sociedad, castigándolos con penas, medidas de seguridad u otra consecuencia jurídica”. (Balmaceda, 2014, p. 17).

La potestad punitiva del Estado se basa en principios como; la necesidad de la intervención, del cual derivan subprincipios importantes como el principio de extrema ratio o ultima ratio que expone que el derecho penal solo debe ser usado cuando los demás medios de control social han fallado, pues el derecho penal es el arma más fuerte con la que cuenta el Estado; o el subprincipio de proporcionalidad; o el otro principio es el de protección de bienes jurídicos o lesividad; o el principio de la dignidad de la persona; el principios de legalidad; debido proceso; el de la ejecución de la pena; entre otros, que son puntos axiales en torno a los cuales gira el *ius puniendi*.

Cabe destacar que también encontramos límites, como apunta Etcheberry, exponiendo que Muñoz Conde considera como principios limitadores del poder punitivo del Estado los de “intervención mínima”, esto es, la sanción penal debe reservarse para los casos más graves de ataque a los bienes jurídicos más importantes, y debe evitarse cuando sanciones de otro orden

sean suficientes para crear la motivación, y de “legalidad”, es decir, el jus puniendi debe concretarse a través de una ley. (Etcheberry et al, 1998, p. 31).

Al tenor de todo lo anterior, podemos concluir que el derecho penal es el encargado de proteger, como última medida, bienes jurídicos relevantes como son la seguridad, la integridad física, el honor, el patrimonio, la familia, la salud y por supuesto la vida, pero... ¿Por qué no protege estos bienes jurídicos en el ambiente laboral? Cuando el trabajador es el nivel primordial en el funcionamiento de la sociedad. Si es necesario que se mantenga el establecimiento del orden en la sociedad de una forma coactiva es fundamental que se incluya un *Derecho Penal Laboral* en Chile que prevenga la violación de los bienes jurídicos fundamentales en esta área muy desvalida de protección por la propia naturaleza de la relación.

Expuesto lo anterior, es que el derecho penal, como instrumento de ultima ratio, se alza como el elemento idóneo para la persecución y disuasión de delitos contra los trabajadores, justificando su intervención en la importancia que nuestro ordenamiento jurídico le otorga a ciertos derechos fundamentales específicos como inespecíficos de los trabajadores.

Para entender la necesidad de la intervención penal, es menester comprender que la relación laboral se caracteriza por una relación asimétrica de poder entre el empleador y el trabajador quien se desempeña bajo la subordinación y dependencia del primero. Y, es justamente esta realidad fáctica la que hace que el derecho del trabajo se desarrolle como un derecho cuyas instituciones se rigen por el principio protector, entendido como el “Criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que este en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador”.(Rodríguez, 1975, p. 9). Dicho principio o línea directriz del derecho del trabajo refleja la necesidad de una tutela especial a la parte más débil de esta relación, debido a que por la naturaleza del poder antes descrita, se genera en el contexto del trabajo un ambiente propicio para la vulneración de derechos del trabajador.

En Chile, no hay un catálogo de delitos contra los derechos de los trabajadores. No hay una regulación organizada en un título que trate delitos cometidos en su contra. Debemos recurrir a figuras generales del Derecho Penal, para forzosamente encuadrarlas en aquellas, con

todo lo que significa para el éxito de la condena penal. (Olivares, 2018). En Derecho Laboral, si bien hoy existen mecanismos para la tutela de los bienes jurídicos fundamentales de los trabajadores cuando son violentados principalmente hay provisto para ello sanciones administrativas que no satisfacen el sentido de prevención y protección que debiese existir respecto de derechos que cada día cobran más relevancia en nuestro ordenamiento.

El derecho administrativo sancionador puede definirse como aquella parte del derecho público -separada del derecho penal- por la cual órganos de la autoridad pública imponen sanciones de carácter punitivo a cualquiera de los ciudadanos, sin intervención de un juez independiente. Como observa M. Delmas-Marty se trata de “un sistema no penal, en sentido jurídico, pero cuyo fundamento filosófico es, sin embargo, retributivo”. Desde el punto de vista formal se diferencia el derecho penal administrativo por el órgano que impone la sanción. (...) La pena característica del derecho administrativo sancionador es la multa administrativa. A diferencia de la multa-pena que, de acuerdo con el art. 49 Código Penal, si no se satisface por el sentenciado, se convierte por la vía de sustitución y apremio en pena de reclusión, hasta un máximo de seis meses, las multas administrativas, en cambio, no son convertibles y el Estado solo podría cobrar el importe por la vía ejecutiva. (...) Como tales medidas no se reputan penas, no se hacen constar en los antecedentes penales del afectado ni deben obstar a la procedencia de la circunstancia atenuante del artículo 11 n°6 sobre la conducta anterior irreprochable. (Politoff et al., 2003, p. 80-81).

Y es que si bien, los esfuerzos de la Dirección del Trabajo han ido dirigidos a la prevención de las infracciones laborales velando por el correcto cumplimiento de la legislación laboral, estos no han sido suficientes para cumplir su objetivo a cabalidad, lo anterior teniendo en cuenta, según información disponible en la página web de la DT que solo en 2018 se registraron en dicho servicio 58.426 denuncias efectuadas por trabajadores, mientras que en 2019 se registraron 55.821 denuncias efectuadas por trabajadores de las cuales 1.948 fueron por vulneración de derechos fundamentales, según datos del mismo servicio. En atención a lo anterior, es que resulta necesario preguntarse si los instrumentos que posee la Dirección del Trabajo están teniendo los efectos preventivos deseados o realmente las empresas internalizan las multas y, en muchos casos, las asumen como costos.

Existen en el ámbito penal cuantiosos delitos tipificados como tal, gran cantidad de faltas y simples delitos que importan una acción que es estimada como reprochable y basta que solo por un hecho punible el sujeto activo se hace acreedor de una sanción penal, con mayor mérito debe existir una sanción penal cuando se trate de una conducta reprochable que vulnere derechos del trabajador, teniendo en consideración la naturaleza jerárquica de la relación y la dependencia que obliga al empleado a interactuar constantemente con su empleador.

Estamos planteando que el derecho penal debe ocuparse de bienes jurídicos protegidos porque la afectación de estos no repercute exclusivamente en el ámbito personal del trabajador afectado, sino que, vemos que la vulneración de los derechos de un sujeto se expande a toda la comunidad social, observamos que comparece un interés colectivo, un interés supraindividual lo que quiere decir que el quebrantamiento de este derecho afecta y pone en peligro a toda la organización de trabajo, pone en riesgo a todo el mercado del trabajo. La transgresión es solo respecto de una persona, sin embargo, indirectamente existe una multiplicidad de sujetos pasivos porque se ve amenazado todo el campo laboral, se pone en alarma toda la seguridad social.

Si en una empresa indeterminada existe una infracción a algún derecho puntual se fragiliza y rompe la seriedad de la oferta y demanda laboral de todo el rubro de dicha empresa. Independiente de si se trata de un contrato individual o colectivo de trabajo la obligación que se contrae en cuanto a derechos fundamentales se asume para con todo aquel que se llame trabajador en Chile, el sujeto pasivo pasaría a ser el colectivo social con derechos indisponibles y reforzados.

Es necesario en Chile un Derecho Penal del Trabajo que se traduzca en normas jurídico-penales que tengan como finalidad la protección de los derechos e intereses de los trabajadores, concluyendo que el derecho penal es el llamado a revestir de un velo protector al trabajador, no tan solo por las características cuantitativas que dicen relación con el nivel de denuncias y vulneraciones no denunciadas, sino que además, y fundamentalmente, por las características cualitativas de dichas vulneraciones, con el objeto de sancionar transgresiones que están revestidas de suficiente gravedad como para ser tipificados penalmente, complementando y reforzando la normativa laboral en cuestión.

CAPÍTULO II

“EL DERECHO PENAL LABORAL EN CHILE”

Para poner a la vista el liviano poder sancionatorio que nos otorga hoy en día el Derecho Penal en cuanto a las consecuencias de las trasgresiones a sus normas y si buscamos una forma de sistematizar lo poco que podemos encontrar de “Derecho Penal Laboral en Chile” diremos que existe un conjunto de normas dispersas a lo largo del ordenamiento jurídico que tienen como objetivo regular de alguna forma los derechos fundamentales de los trabajadores y que nos podrían servir como un incipiente antecedente para evidenciar que existe una tenue y ligera unión entre estos dos campos jurídicos, por ejemplo, el Derecho Penal da protección a los siguientes derechos laborales, a saber;

1. Artículo 158 n°2 del Código Penal.

“Sufrirá la pena de suspensión en sus grados mínimo a medio, si gozare de renta, y la de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando prestare servicios gratuitos, el empleado público que arbitrariamente:

2° Prohibiere un trabajo o industria que no se oponga a la ley, a las buenas costumbres, seguridad y salubridad públicas.”

El artículo transcrito protege la libertad de trabajo. Se ha entendido constitucionalmente que la libertad de trabajo habilita a toda persona para buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por ley. (Cuadra, 1986, p. 216). Es decir, en palabras de la Dirección del Trabajo, deben entenderse dos aspectos; por una parte, la libertad de trabajo, esto es, el derecho de toda persona de no ser forzada a desarrollar una labor, la que solo puede ser ejecutada con su consentimiento previo y libre, y, por otra, la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, que consiste en la facultad de toda persona de escoger sin sujeción o concurso de otro, el momento, la persona, la labor y las condiciones en que contratará sus servicios laborales, con sujeción a los límites establecidos en la ley (DT, 17 de marzo de 2006). A la misma conclusión llega Sergio Gamonal quien señala que la libertad de trabajo “comprende la libertad de contratación y la libre

elección del trabajo, abarcando tanto al trabajo dependiente como al independiente” (Gamonal, 2011, p. 38).

Por su parte, Fernando González Morales, Juez de Letras del Trabajo, dice, “(...) El derecho a la libertad de trabajo y su libre elección, esto es, el derecho de todo trabajador de elegir el objeto, la clase o tipo de trabajo, obra, faena o servicio que quiera desarrollar; la de emplear la forma, el tiempo y el sitio de trabajo que estime conveniente; la de ser dueño de las obras, productos o resultados que emanen de su esfuerzo; el destinar su actividad a su sustento y a la producción de la riqueza; la de escoger su profesión, arte u oficio a que quiera dedicarse. El trabajador debe ser libre, sin más limitaciones que las determinadas por la naturaleza, la moral, y el derecho, en el ejercicio de la actividad que emprenda y que le genere recursos”. (Arica, 2019).

Por sobre todo es importante mencionar que lo anterior tiene sujeción Constitucional en el catálogo de derechos fundamentales dispuesto en el capítulo tercero del continente normativo, específicamente el artículo 19.

“La Constitución asegura a todas las personas.”

Nº16; *“La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa remuneración”.*

Del mismo modo, la libertad de trabajo se recoge legalmente en el artículo 2 del Código del Trabajo en donde se *“Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan”.*

Este delito lo podríamos separar penalmente de una forma breve de la siguiente manera;

- a. Tiene un sujeto activo calificado ya que, debe ser un “empleado público” el que cometa el delito;
- b. Respecto del sujeto pasivo, son dos, tanto el empleado como el empleador.

En este punto debemos advertir que existe una colectividad que asume la categoría de sujeto pasivo, debido a que este tipo penal es de aquellos tipos penales que tienen por objeto

resguardar intereses jurídicos que no pertenecen a un sujeto en particular, sino que, por el contrario, pertenecen genéricamente al conglomerado social, este tipo de delitos pertenecen al grupo social, sin tener un titular específico.

- c. Y, lo más importante, su pena según este artículo es la siguiente; “Sufrirá la pena de suspensión en sus grados mínimo a medio, si gozare de renta, y la de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando prestare servicios gratuitos”. Sin embargo, para que se constituyan estos verbos rectores, “debe recordarse que la “antisocialidad” del trabajo o industria, o su oposición a las buenas costumbres, seguridad y salubridad publica, deben ser declaradas por ley, de acuerdo con la Constitución, y no queda tal factor al arbitrio del funcionario.” (Etcheberry, 1998. , p. 224).

2. Artículo 411 quáter del Código Penal.

Este artículo, en lo que nos interesa, se aboca a la trata de personas con propósito de esclavitud laboral, por lo que es menester tratar el trabajo o servicio forzoso.

“El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito.”

Para comenzar, la trata de personas, comercio de personas o tráfico de personas es el comercio ilegal de seres humanos con propósitos de esclavitud laboral, mental, reproductiva, explotación sexual, trabajos forzados, extracción de órganos, o cualquier forma moderna de esclavitud contra la voluntad y el bienestar del ser humano. Esta es una actividad penada por la ley en Chile.

Dicho lo anterior, es menester atender a que la Organización Internacional del Trabajo en su Convenio sobre el trabajo forzoso (número 29), del 10 de junio de 1930, ratificado por Chile el 31 de mayo de 1933, ha dispuesto en su artículo 2 inciso 1ro que *“la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”*. El organismo internacional adopta una definición amplia y laxa del término abarcando, por ende, todo tipo de forma y manifestación, resaltando tres elementos trascendentales:

- i. Trabajo o servicio, entendiéndose por tal todo tipo de trabajo, incluido el informal.
- ii. Amenaza de una pena cualquiera, pudiendo elegir el estado entre diversos tipos. Sin embargo, posteriormente, el artículo 25 del mismo Convenio impone a los estados la obligación de cerciorarse de que el trabajo forzoso tenga sanciones penales y que ellas sean realmente eficaces y se apliquen estrictamente.
- iii. Involuntariedad, entendiéndose que “el trabajo por cuenta ajena es, sin perjuicio de la subordinación y dependencia, un trabajo voluntario” (L. Lizama, 2019, p. 10). Lo anterior, se desprende del concepto que revisamos anteriormente respecto al derecho a la libertad de trabajo que “refuerza la idea que los trabajadores adquieren la calidad de tales y se obligan a transferir su esfuerzo productivo al empleador mediante el ejercicio de su propia libertad personal” (L. Lizama et al., 2019, p. 11).

Continúa, el artículo 2 en su inciso segundo, manifestando algunas excepciones a la definición, específicamente 5, a saber:

- i. Servicio militar obligatorio.
- ii. Obligaciones cívicas normales.

- iii. Trabajo penitenciario.¹
- iv. Trabajo realizado en casos de fuerza mayor, es decir, guerras, siniestros o amenazas de siniestros (incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias, etc.).
- v. Pequeños trabajos comunales, es decir, trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma.

En el mismo sentido, El Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (número 105), del año 1957, ratificado por Chile el 1 de febrero de 1999, trata principalmente del trabajo forzoso impuesto por las autoridades estatales. Prohibiendo el uso del trabajo forzoso, en las siguientes formas, a saber:

- i. Como castigo por la expresión de opiniones políticas.
- ii. Con fines de fomento económico.
- iii. Por la participación en huelgas
- iv. Como medida de discriminación racial, religiosa o de otro tipo.
- v. Como disciplina laboral.

Por lo anterior, y en atención a los compromisos asumidos por Chile en los Convenios mencionados anteriormente que toman relevancia en virtud del artículo 5 de nuestra Constitución, es que desde el 08 de abril del año 2011 es penado en nuestro país el tráfico de migrantes y trata de personas con fines laborales, introducido a través de la Ley 20.507, que dispuso normas para la prevención y persecución criminal, respondiendo así a las diversas obligaciones contraídas en virtud del Convenio internacional antes citado.

Desglosaremos penalmente este delito de la siguiente manera;

¹ Estos trabajos han sido regulados mediante el Decreto Supremo N° 943, de 2011, de Justicia, que aprueba el reglamento que establece un Estatuto Laboral y de Formación para el Trabajo penitenciario y se señala que este último debe ser voluntario y remunerado, en el mismo sentido, la Dirección del Trabajo ha entendido que los trabajos realizados dentro de los penitenciarios podrían ser regulados por el Código del Trabajo en los casos que se configuren los presupuestos facticos para la configuración de una relación laboral.

- a. Tiene un sujeto activo común, es decir, puede ser un ente privado o un agente estatal, ya que, el tipo penal parte genéricamente con “El que”, es un delito que requiere dolo que puede ser directo o eventual.

Entendiendo como dolo directo aquel en que el agente se representa el resultado como seguro o probable y así lo quiere, y para poder quererlo, él debe tener un dominio muy completo de la relación de causalidad, y, como dolo eventual aquel en el cual el agente se representa el resultado como una probabilidad y no como algo seguro, como una posibilidad elevada, una probabilidad que el sujeto activo acepta, es decir, este corre el riesgo de que aquella probabilidad se convierta en realidad, con tal de obtener el efecto que este sujeto quería ante todo.

- b. Si hablamos del sujeto pasivo, se trata de la persona que es víctima de uno, de varios o de todos los verbos rectores que aquí se tipifican, sujeto pasivo será aquel que fue cosificado, aquella persona que se vio sometida a una restricción grave de su libertad, por lo que, puede ser una víctima de este delito cualquier ser humano, sin distinción de sexo, genero, raza, edad, entre otros.
- c. Su pena según este artículo es la siguiente; “Será castigado con la pena de reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales” y, en caso de que se trate de menores de edad; “Se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.”. Así, este delito conlleva penas de entre 5 años y un día de cárcel hasta 15 años y un día, sin embargo, si la víctima es un menor de edad se parte de 10 años y un día.

Estamos ante la presencia de un delito de especial relevancia toda vez que posee un carácter pluriofensivo, debido a la vulneración de varios derechos fundamentales con una sola acción ilícita. Además, las acciones delictuales tienen una particular gravedad, en vista de que es un delito vulneratorio de derechos humanos que atenta contra la dignidad del ser humano, perpetuando la pobreza y siendo un gran enemigo del espíritu legislativo general y, por sobre todo, de los objetivos del derecho del trabajo como ordenamiento protector del trabajador y que día a día evoluciona en aras de formar condiciones cada vez más dignas de trabajo. Sumado a esto, es que, para entender la gravedad de este tipo de delitos, siempre debemos tener presente que afectan de forma habitual a los grupos más vulnerables de la sociedad.

Si bien, como ya describimos, este es un delito de sujeto pasivo individual, empero, existe una discusión importante en este punto, ya que, de conformidad a la fenomenología de este delito la conducta atentatoria no solo se proyecta en aquel cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados, sino que también, podemos notar que se proyecta en todo el colectivo social, inclusive, si el quebrantamiento de los derechos fundamentales revisten carácter de delito de lesa humanidad se convierte en tema de Derecho Internacional, y en este supuesto, el sujeto pasivo sería la comunidad internacional en su conjunto. En consecuencia, podríamos concluir que en la trata de personas se debe considerar una doble dimensión; una dimensión individual y una dimensión colectiva

En este delito existe una entidad fundamental en cuanto a la fiscalización en el ámbito laboral por su llegada a extremos de alta vulnerabilidad y amplia presencia en empresas de todos los rubros, tanto grandes como pequeñas, estamos hablando de la Dirección del Trabajo, uno de los organismos colaboradores esenciales en la detección de este tipo de delitos.

Y, si bien, el delito en cuestión afecta principalmente a inmigrantes con altos niveles de vulnerabilidad, hoy en día no existen normas que pongan un especial énfasis en la fiscalización de las relaciones laborales de trabajadores extranjeros, ni tampoco existen normas que sustantiva o procedimentalmente traten de alguna manera este delito en nuestro Código del Trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, es que, a nivel reglamentario, la Dirección del Trabajo mediante la circular N° 46 del 14 de abril de 2015, regula un procedimiento especial de fiscalización para los trabajadores extranjeros, independientemente su calidad jurídica migratoria, y procedimientos ad hoc en caso de indicios de tráfico ilícito de migrantes y/o trata de personas. En específico al procedimiento en caso de indicios de trata de personas, el Servicio establecerá un procedimiento ad hoc de investigación, según el cual los fiscalizadores del trabajo podrán acceder e implementar una amplia gama de herramientas según sea necesario, con el objeto de potencializar a los funcionarios frente a casos extremadamente delicados como lo son el trabajo forzoso o la trata de personas.

Es importante tener en cuenta que la Dirección del Trabajo ha entendido que pueden ser indicadores o indicios para identificar (por si solos o conjuntamente) una potencial víctima de trata de personas con fines de trabajo forzoso, lo siguientes: (DT, 14 de abril de 2015).

- i. Condiciones comunes de trabajo y vivienda. El trabajador (a):
 - a. No es libre de marcharse, ir o venir como desee
 - b. No tiene remuneración o es muy poca, o solo se le remunera mediante propinas
 - c. Trabaja horas excesivamente largas o inusuales
 - d. No se le permite tomar descansos o sufre restricciones inusuales.
 - e. Adeuda una suma de dinero exorbitante y/o creciente y no puede pagar la misma.
 - f. Fue reclutado bajo falsas promesas concernientes a la naturaleza del trabajo
 - g. Vive o trabaja en una localidad con medidas de seguridad extremas (ej. Ventanas opacas o selladas, barrotes en las ventanas, alambre de púas, cámaras de seguridad, etc.)

- ii. Comportamiento anormal o problemas de salud mental.
 - a. Presenta reacciones inusuales y comportamientos nerviosos o paranoide, tenso, sumiso, depresivo, ansioso y temeroso.
 - b. Reacciona inusualmente ansioso o temeroso a cualquier referencia de agencias legales
 - c. Evita el contacto visual
 - d. Se exhibe poco afectuoso

- iii. Pobre salud física. Pueden ser indicios cuando el trabajador:
 - a. Presenta heridas inusuales o señales de enfermedades prolongadas o no tratadas, así como también de torturas.
 - b. Aparenta estar desnutrido.
 - c. Presenta señales de abuso físico o sexual, restricciones físicas, reclusión o tortura.

- iv. Pertenencia y autonomía
 - a. Tiene pocas o ninguna posesión personal.
 - b. No está en control de su dinero y/o no tiene records financieros o cuentas bancarias.
 - c. No está en control de sus documentos de identificación.
 - d. No se le permite o no puede hablar por sí mismo. (ej. Un tercero insiste en estar presente y/o servir de interprete)
 - e. Tiene un representante legal que la persona no recuerda haber contratado.
- v. Otros.
 - a. Ha sido marcado por el traficante (ej. Tatuaje del nombre del traficante)
 - b. Alega que solo se encuentra de visita, pero no puede mencionar donde está alojando o la dirección del lugar.
 - c. Presenta poco conocimiento sobre el lugar en el que se encuentra y/o no sabe el nombre de la ciudad en la que se encuentra.
 - d. Exhibe poco sentido de tiempo.
 - e. Tiene numerosas inconstancias con la historia que relata.

3. Artículo 318 ter del Código Penal.

“El que, a sabiendas y teniendo autoridad para disponer el trabajo de un subordinado, le ordene concurrir al lugar de desempeño de sus labores cuando éste sea distinto de su domicilio o residencia, y el trabajador se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio decretado por la autoridad sanitaria, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y una multa de diez a doscientas unidades tributarias mensuales por cada trabajador al que se le hubiere ordenado concurrir.”

Con la ley N° 21.240, en el contexto de la crisis sanitaria por covid-19, se introducen una serie de modificaciones al Código Penal, siendo una ellas la tipificación a la que hace mención el artículo 318 ter. El delito base del artículo 318² y sus derivaciones bis y ter tiene como objeto el

² Artículo 318 Código Penal “El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales.

resguardo de la salud pública por infracción a las disposiciones de higiene y salubridad dictadas por la autoridad.

Dicho lo anterior, es que debemos tener especialmente presente para el análisis de este tipo penal, lo dispuesto en el artículo 184 del Código del Trabajo, que impone al empleador la obligación de implementar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, debiendo adoptar todas las medidas tendientes a garantizar dicha protección y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas. En el mismo sentido, hay que destacar el artículo 183 E del mismo continente normativo y el artículo 3 del DS 594 de 1999 del Ministerio de Salud, según los cuales la empresa estará obligada a mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores, sean estos dependientes directos suyos o de terceros contratistas que realizan actividades para aquella. A su vez la Dirección del Trabajo, ha establecido en ORD. N°4870/281 de 21.09.1999 que “el empleador es un deudor de seguridad frente a sus trabajadores, y en el cumplimiento de tal deber, responderá de la culpa levísima, es decir, de la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importante.” (DT, 21 de septiembre de 1999).

Por su parte la Dirección del Trabajo, mediante dictamen N°1116/004 de 06 de marzo de 2020, a dispuesto que, en virtud de la normativa anteriormente expuesta y la obligación de protección del empleador, corresponderá a este último que, en primer lugar, otorgue los permisos a sus trabajadores por el tiempo que sea necesario para acudir a un centro médico³. Y, en segundo lugar, que el empleador deberá velar por el cumplimiento de las medidas preventivas o reparadoras que los prestadores de salud determinen.

Será circunstancia agravante de este delito cometerlo mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio.

En los casos en que el Ministerio Público solicite únicamente la pena de multa de seis unidades tributarias mensuales, se procederá en cualquier momento conforme a las reglas generales del procedimiento monitorio, siendo aplicable lo previsto en el artículo 398 del Código Procesal Penal. Tratándose de multas superiores se procederá de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento simplificado.”

³ Siendo complementado posteriormente por el ORD. N°167/1 de 27 de enero de 2022, según el cual el empleador, en virtud del deber general de protección, deberá otorgar al trabajador las facilidades y permisos por el tiempo necesario y razonable durante su jornada de trabajo para que pueda acudir a tomarse una muestra de antígeno SARS-CoV-2 a un centro de salud, en los casos en que el trabajador se encuentre en una hipótesis de que lo puedan calificar como “persona en alerta COVID”.

El artículo en comento reprocha al sujeto o empleador que, pudiendo disponer del trabajo de otra persona subordinada en un contexto típico de relación laboral jerarquizada con posiciones de poder desiguales, a sabiendas de que el trabajador se encuentra con restricciones sanitarias, le ordenare concurrir al lugar de trabajo produciendo una infracción de las disposiciones de higiene y salubridad.

Por ende, y antes de hacer la pertinente descomposición del tipo penal, es necesario hacer algunas precisiones respecto del significado de subordinación que tienen un tratamiento específico en el ámbito del derecho laboral.

En primer lugar, los artículos 3 letra b y 7 de nuestro Código del Trabajo nos señala expresamente que el trabajador deberá entregar los servicios personales bajo subordinación y dependencia. Dichos vocablos, si bien no han sido conceptualizados o precisados en la normativa laboral, si han tenido un amplio desarrollo jurisprudencial en nuestro ordenamiento debido, principalmente, a que la subordinación es un elemento que se erige en el campo laboral como criterio elemental, básico y fundamental para la aplicación de las normas laborales y, además, se erige como criterio distintivo entre las relaciones laborales y civiles.

La subordinación jurídica, a su vez, puede ser de dos tipos: física y/o productiva. La subordinación física, por un lado, se centra fundamentalmente en los rasgos físicos o materiales de la relación. La subordinación productiva, por el contrario, atiende al control y dominio productivo. En otras palabras, la subordinación jurídica significa que el trabajador contratado queda sujeto a una organización productiva establecida por el empleador en virtud de su potestad de dirección.

Como podemos, deducir de los conceptos, la subordinación no es un concepto estricto, sino más bien, se concreta en diferentes manifestación o indicios que conforman un test de laboralidad entendido como aquel método jurídico que permite discriminar que relación puede ser considerada como subordinada -y por ende protegida por el derecho laboral- y cual relación no debe ser calificada como tal (L. Lizama et al., 2019, p. 12).

Dicho lo anterior es que este delito lo podríamos desunir de la siguiente manera;

- a. Es menester atender que el hechor o sujeto activo del delito es indiferente en este caso, sin perjuicio de que el legislador lo revista de esta facultad de dirección y disposición que, en el caso del ámbito laboral se confundiría con el empleador o a aquellos sujetos a los que hace mención el artículo 4 inciso 1° del Código del Trabajo⁴;

El delito del artículo 318 ter es un delito de acción y mera actividad, puesto que para su configuración solo se requiere una acción, más precisamente, de una orden de concurrir al lugar de trabajo y el conocimiento por parte del subordinante de que el trabajador se encuentra en cuarentena por ser contacto estrecho, por estar contagiado o porque existe una cuarentena territorial, por lo que, resumiendo, solo basta la orden con el conocimiento de la situación del trabajador para configurar el delito, sin la necesidad de un resultado causal.

- b. En cuanto al sujeto pasivo será aquel empleado que es obligado a asistir al lugar de desempeño de sus labores que se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario.
- c. La pena asociada es presidio menor en sus grados mínimo o medio y una multa de diez a doscientas unidades tributarias mensuales por cada trabajador al que se le hubiere ordenado concurrir, es decir, de 61 días a 3 años y un día.

4. Artículo 13 de la Ley 17.322. relativa a las normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social,

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 12 y 14 de esta ley, se aplicarán las penas del artículo 467 del Código Penal al que en perjuicio del trabajador o de sus derechohabientes se apropiare o distrajere el dinero proveniente de las cotizaciones que se hubiere descontado de la remuneración del trabajador.”

Antes de adentrarnos a la remisión que hace la ley al Código Penal, es menester atender a algunas particularidades del texto legal.

⁴ Artículo 4 inciso 1° del Código del Trabajo “Para los efectos previstos en el este Código, se presume de derecho que representa al empleador y que en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica”.

En primer lugar, el artículo 12 sanciona con hasta 15 días de arresto al empleador que no consignare las cotizaciones dentro del plazo de quince días contados desde la fecha de requerimiento de pago, en caso de no oponer excepciones, o desde la fecha de la notificación de la sentencia que niegue lugar a ellas. El apremio puede repetirse hasta obtener el pago. Creemos relevante esta disposición, en cuanto entrega evidencias de conexión entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Penal, acudiendo el primero a sanciones penales para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del empleador contraídas en virtud de la ley.

En segundo lugar, el artículo 14 se pone en el caso que el empleador sea una persona jurídica de derecho privado, una comunidad, sociedad o asociación de hecho, en tal caso los apremios del anterior artículo se harán efectivos sobre las personas señaladas en el artículo 18, es decir, sus gerentes, administradores o presidentes.

Expuesto lo anterior, el artículo 13 antes transcrito hace remisión al artículo 467 de nuestro Código Penal que se ubica en el libro segundo, título noveno, párrafo VIII “Estafa y otros engaños”.

Es posible desagregar el tipo penal señalando que;

- a. En primer lugar, el sujeto activo es común, por lo que puede ser cualquier persona. Sin embargo, en atención al artículo 13, sería el empleador quien dolosamente se apropia del dinero que descuenta de la remuneración al trabajador en virtud de la ley y el contrato de trabajo, con el objeto de pagar las cotizaciones de cargo de este último a los órganos de seguridad social (AFP, AFC, FONASA/ISAPRE). Por lo anterior, es que resulta indispensable mencionar el artículo 4 del Código del Trabajo que establece una presunción de derecho acerca de la representación del empleador ante el trabajador concluyendo que una persona tiene la calidad de representante del empleador, y por ende podría ser un eventual sujeto activo del tipo penal, en la medida que ejerza las potestades propias del empleador;
- b. En segundo lugar, el sujeto pasivo es quien resulte defraudado, en este caso el trabajador, y;

- c. En tercer lugar, el tipo penal sanciona al hechor con presidio en diferentes grados según la cuantía del fraude.

Lo anterior debe entenderse como una vulneración directa al artículo 58 del Código del Trabajo que, de acuerdo con su inciso primero, establece la obligación de efectuar descuentos a la remuneración del trabajador por concepto de cotizaciones de seguridad social por la sola disposición de la ley, es decir, sin el consentimiento ni autorización del subordinado. (DT, 15 de noviembre de 2011).

5. Ley 20.393 sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

La ley publicada el 2 de diciembre del 2009, establece la responsabilidad penal de las empresas, pudiendo ser juzgadas por la comisión de los delitos que indica el artículo 1, a saber:

- i. Delitos de lavados de activos.
- ii. Financiamiento de terrorismo.
- iii. Cohecho.
- iv. Receptación.
- v. Corrupción entre privados.
- vi. Apropiación indebida (artículo 13 de la ley 17.322 en concordancia con el 467 y 470 del código penal).
- vii. Negociación incompatible.
- viii. Administración desleal.
- ix. Contaminación de aguas.
- x. Violación de veda de productos.
- xi. Pesca, procesamiento y almacenamiento ilegal de productos marinos.
- xii. Cualquiera de las acciones delictivas tratadas por el artículo 411 quater.
- xiii. Por infracción a las medidas sanitarias del artículo 318 ter.

Dichos delitos y, específicamente los que son de nuestro interés (artículos 13 de la ley 17.322, 411 quater y 318 ter) configuraran la responsabilidad de la empresa, según su artículo 3, cuando los tipos penales hayan sido cometidos por su dueños, controladores, responsables,

ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, o de igual modo personas que estén bajo la dirección o supervisión de algunos de los antes mencionados, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión.

Por otra parte, la ley establece una serie de sanciones para las empresas que incumplan sus disposiciones, a saber:

- i. La disolución de la personalidad jurídica.
- ii. La prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
- iii. La pérdida parcial o total de beneficios fiscales o la prohibición absoluta de recepción de los mismos por un tiempo determinado.
- iv. Multas a beneficio fiscal desde las 400 a las 300.000 UTM.
- v. Penas accesorias:
 - La publicación de un extracto de la sentencia condenatoria en el diario oficial con cargo a la empresa.
 - El decomiso del producto del delito.
 - En los casos que el delito suponga inversión de recursos de la personalidad jurídica superiores a los que ella genera, se impondrá el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

Si nos abocamos a la importancia que tiene responsabilizar penalmente a la persona jurídica es un paso muy relevante, que hasta antes de esta ley quedaba impune o solo recaía sobre el sujeto activo puntual del delito y no sobre los verdaderos culpables. A fin de cuentas, es en la persona jurídica en donde se agrupan los recursos y el poder, sobre la cual siempre debería recaer la prevención, el resguardo y la protección de los derechos de los trabajadores situándose en una posición de garante.

Reactivamente se han presentado proyectos tendientes a remediar situaciones puntuales. Así pues, luego del accidente (2010) de los 33 mineros en la Mina San José, ingresó al Congreso Nacional, el año 2014, un proyecto que buscaba sancionar a las personas jurídicas por la

responsabilidad penal que pudiesen tener en caso de accidentes laborales. Téngase en cuenta que, en España, el cerco punitivo es muy anterior ya que se sanciona penalmente a los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan en peligro grave su vida, salud e integridad física. (...) En el año 2011, a propósito del terremoto en Japón, se activó, en las costas nacionales una alerta de tsunami, habiendo empresas que, a pesar de aquello, no permitieron la evacuación a sus trabajadores en zonas inundables (Olivares et al., 2018).

En la forma en que en nuestro país se legisla, se espera a que realmente suceda el accidente, la negligencia, la catástrofe y se pierdan vidas y/o hallan lesionados graves para reglar dichas situaciones preocupantes, adoptando el legislador una postura reactiva ante la contingencia nacional tornándose especialmente ineficaz para el objeto perseguido. Somos testigos de la escasa coordinación y sistematización existente entre nuestro derecho actual interno y el derecho comparado, específicamente hablando del gran trabajo legislativo penal laboral de Alemania, España e Italia, por mencionar ejemplos. Por último, es fundamental señalar que avanzar en la modernidad laboral implica necesariamente la protección de los derechos de los trabajadores desde el ámbito penal. La persona jurídica, como tal, es la cometida para darle la estabilidad necesaria al mercado laboral, para asegurar la frágil firmeza de toda la sociedad vinculada en el mundo del trabajo

CAPÍTULO III

“UNA VISTA AL FUTURO”

1. Acoso Laboral y Acoso Sexual.

El acoso moral laboral tiene su primer acercamiento en los estudios realizados por Korand Lorenz -a quien se le considera el padre de la etología-, en la década de los setenta sobre la agresividad en el comportamiento animal, especialmente en las ratas y su reacción ante la inclusión en el clan de un animal que no pertenece a él o que, habiendo pertenecido, se le saca del mismo por un tiempo y luego se le vuelve a incorporar. Entre las observaciones realizadas por Lorenz, se advirtió que el clan ataca a este supuesto animal extraño con manifiesta agresividad. De igual forma, constato que en los clanes de babuinos hay un grupo que lo lidera y que está conformado por los machos más viejo, que se pueden unir en contra de un animal más joven y fuerte, con el fin de evitar que les despoje del liderazgo del grupo. Con posterioridad y tomando como base los estudios de Lorenz, se constató que hay una serie de similitudes entre algunos comportamientos de los animales y el comportamiento humano. Luego, en Suecia, el doctor Peater-Paul Heinemann, escribió en 1972 un libro sobre el fenómeno de la violencia de grupo entre los niños, para luego ser introducido el concepto de “mobbing” por Heinz Leymann en la década de los ochenta (S. Gamonal Contreras, 2006, p. 8).

Dicho lo anterior, es que el acoso laboral ha sido definido en nuestra doctrina como el “proceso conformado por un conjunto de acciones u omisiones, en el ámbito de las relaciones laborales públicas y privadas, en virtud de las cuales uno o más sujetos acosadores crean un ambiente laboral hostil e intimidatorio respecto de uno o más acosados, afectando gravemente su dignidad personal y dañando la salud de él o los afectados con miras a lograr distintos fines de tipo persecutorio” (S. Gamonal Contreras et al., 2006, p. 22-23).

Por su parte, la jurisprudencia ha señalado que el efecto del acoso laboral es cortar las redes de comunicación de la víctima, pero en verdad y en forma más amplia el resultado general es que se produce un ambiente laboral hostil para la víctima y denigratorio de su dignidad de persona que redundo en daños a la salud como la depresión, el estrés o ansiedad, además de trastornos

psicosomáticos. Además se ha indicado que la finalidad perseguida con el acoso moral laboral puede ser de distinta índole, como por ejemplo eliminar un trabajador de la empresa a través de una renuncia forzada, o humillar a un trabajador modelo que causa envidias y de viabilidad por parte de los acusadores, o en causa del rechazo por parte de la organización de una diferencia que presenta la víctima (discriminación), pero, con todo, siempre el hilo conductor en todos estos casos está dado por el "carácter persecutorio" del acoso (Concepción, 04 de abril de 2011).

A nivel legislativo, con la Ley N° 20.607, del año 2012, el Código del Trabajo en su artículo 2 inciso segundo define el acoso laboral como “toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.” De la presente norma es posible establecer que, para que se configure el acoso laboral es necesario que concurren copulativamente cuatro elementos, a saber;

1. Una conducta agresiva o de hostigamiento, según la DT en su dictamen 3.519/034 del 9 de agosto de 2012, son agresiones u hostigamientos cualquier conducta que implique una agresión física, así como también las burlas o incitaciones;
2. Que se repita o permanezca en el tiempo;
3. Que el sujeto activo lo constituya el empleador o bien otros trabajadores y;
4. Que tenga un resultado lesivo para el sujeto pasivo, por resultado lesivo la DT ha entendido que la conducta de acoso laboral se configura no sólo cuando la acción del empleador o del o los trabajadores ocasiona un perjuicio o daño laboral directo en su situación al interior de la empresa, sino también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo del trabajo, se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo.

Dicho lo anteriormente, y delimitado el concepto de acoso laboral, creemos que es preciso señalar que el acoso laboral puede clasificarse en acoso vertical, el cual a su vez tiene una subclasificación en acoso vertical descendente que se produce cuando el autor de la conducta es el empleador y el acoso vertical ascendente que se produce cuando el autor o autores de la conducta son los subordinados en contra del empleador. Por otra parte, el acoso laboral puede ser horizontal en los casos en que son los mismos compañeros de trabajo los acosadores.

Lo anterior es importante a la hora de saber cuáles son los mecanismos judiciales y administrativos que el derecho del trabajo dispone para proteger a la víctima de este ilícito. Y es que, si el sujeto activo es o se encuentra involucrado el empleador, o bien si el sujeto activo es uno o más compañeros de trabajo y el empleador no ejerce de manera eficiente su deber de seguridad dispuesto en el artículo 184, la persona afectada por la conducta podrá:

- a. Denunciar a la DT.
- b. Accionar por tutela de derechos fundamentales con relación laboral vigente.
- c. Accionar por despido indirecto y conjuntamente tutela de derechos fundamentales con ocasión de despido.

Por otra parte, el acoso sexual encuentra sus primeros antecedentes en los movimientos feministas norteamericanos en la década de los sesenta y setenta, quienes se manifestaban en contra de prácticas patriarcales que aminoraban las aptitudes y habilidades de las mujeres en el mundo público, relegando su papel fundamental al hogar y, al mismo tiempo, visibilizándola como objeto sexual.

Con el aumento de mujeres saltando al mundo público y al mundo laboral, las prácticas anteriormente mencionadas se trasladan al ambiente de trabajo producto del machismo intrínseco de tal, además de la incomodidad masculina al ver amenazados sus puestos de trabajo y la oportunidad de conseguir favores sexuales a cambio de empleos, ascensos, entre otros.

Siendo el acoso sexual un fenómeno ligado a las relaciones de poder, que se acrecienta en el ámbito laboral debido a la relación asimétrica existente entre empleador y empleado, que es, además, aún más acentuada por el vínculo de subordinación y dependencia, estipulado en el artículo 7 del Código del Trabajo, según el cual el trabajador se ve obligado a prestar servicios sujeto a las pautas de dirección y organización que imparte el empleador (DT, 26 de noviembre de 1998 y N° 3008/231, de 19 de julio de 2000.). Todo lo anterior sumado el usual ambiente patriarcal en el contexto laboral, genera una relación jerárquica propicia para eventuales abusos debido al género de la trabajadora.

Como consecuencia de lo anterior, es que el acoso sexual ha sido abordado como una conducta atentatoria de derechos fundamentales, como menciona la profesora Toledo “En las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos respecto del cuarto informe periódico de Chile, en 1999, el Comité manifestó su preocupación por “el elevado número de casos de hostigamiento sexual en el lugar de trabajo”, recomendando al Estado “que se promulgue una ley tipificando el delito de hostigamiento sexual en el lugar de trabajo””. (Toledo, 2006, p. 205).

Es por esto, producto de los antecedentes escuetamente esgrimidos, que el 18 de marzo de 2005, con la ley N° 20.005, aparece la figura de acoso sexual en Chile que principalmente se concretiza en el artículo 2 del Código del Trabajo que define al acoso sexual como “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.” De lo anterior, se desprenden los siguientes elementos como constitutivos del acoso sexual:

1. Un requerimiento de naturaleza sexual que puede adoptar cualquier forma. Así, la jurisprudencia ha señalado que si bien el artículo 2° del Código del Trabajo define lo que es el acoso sexual; cuando existen requerimientos de carácter sexual; 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, como en el caso de autos, que comienzan con invitaciones, 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. 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 civiles (Santiago, 23 de abril de 2020).

Del mismo modo la jurisprudencia administrativa 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 situación familiar de una persona; contacto físico innecesario y no deseado 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” (Carrasco, 2009, p. 21).

2. El requerimiento debe ser sin el consentimiento de la víctima, con respecto a esto la jurisprudencia ha señalado respecto del silencio o pasividad de la víctima 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 posición particular de la víctima como sujeto de violencia de género en el encuadre de dualidad de poderes a que se ha aludido”. (Santiago, 2018).
3. Por último, la conducta debe amenazar o perjudicar la situación laboral del afectado o sus oportunidades de empleo. La DT ha señalado que La ley ha entendido, al utilizar la expresión “*amenacen o perjudiquen su situación laboral*”, 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.

Dicho esto, es que es menester precisar que el acoso sexual puede asumir dos formas; El hostigamiento sexual entendido como “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” (Ugarte., s.f., p. 21), pudiendo además incluir este ilícito el acoso sexual *quid pro quo* o chantaje sexual que “implica exigencias sexuales a cambio de alguna ventaja o del mantenimiento del empleo o de las condiciones de trabajo” (Gamonal, 2021, p. 286) ; y, por otra parte, el acoso sexual ambiental 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 y hostil”. (Ugarte et al., p.21).

Superado lo anterior, es que a nivel legal se disponen dos mecanismos de protección para la víctima de acoso sexual; primero, la tutela de derechos fundamentales en atención a los artículos 5 y 485 de nuestro CT; y, por otro lado, el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual dispuesto en los artículos 2 y 211 del CT que puede configurar y dar paso a una causal de auto-despido en virtud del artículo 171 del CT.

Como podemos observar las opciones que pueden optar las víctimas de acoso laboral o sexual son mecanismos que sancionan principalmente a la empresa pecuniariamente, llevando a pensar si realmente este tipo de sanciones son eficaces a la hora de desincentivar las conductas ilícitas por dos aristas; primero, ¿Cuál es la sanción real al empleador o trabajador que comete acoso sexual o laboral? Lo anterior en atención a que las principales sanciones e indemnización que pueden acarrear los mecanismos del Código del Trabajo apuntan al patrimonio de la empresa, pudiendo el trabajador solo ser sancionado con una amonestación verbal, una censura por escrito y una multa de hasta el 25% de la remuneración diaria; y, en segundo lugar, la sanción no es ni cualitativa ni cuantitativamente idónea para efectos de proteger derechos fundamentales de gran significación en la cotidianeidad de un trabajador en delitos que por la característica del acoso sexual y laboral tiene la potencialidad de transgredir diversos derechos en un solo acto. Es por lo anterior que creemos necesario la intervención del derecho penal en este tipo de ilícitos, por lo que es menester analizar los eventuales tipos penales para una eventual persecución.

1.1 Delito de Amenazas (artículos 296, 297 y 297 bis CP).

Los delitos de este epígrafe se tomaron del Código Penal Español de 1850. El delito de amenazas está constituido en el artículo 296, 297 y 297 bis de nuestro Código Penal y se engloban en el epígrafe titulado De Las Amenazas De Atentado Contra Las Personas y Propiedades.

En las amenazas su verbo rector es amenazar, seria y verosímilmente, con causar un mal a otro que debe ser percibida y comprendida por el amenazado.

En el caso del art. 296 no sería posible incluir el tipo penal de Acoso Laboral o Mobbing, ni tampoco el acoso sexual ya que el mal amenazado debe ser constitutivo de delito, asimismo el mobbing muchas veces no tiene una amenaza explícita de por medio, no cuenta con una amenaza que se traduzca en un mal constitutivo de delito, es decir, que sea un mal típico y antijurídico, lo que se busca con el acoso laboral es, en la mayoría de las veces, el abandono del trabajo y no un hecho constitutivo de delito. Una situación factible de incluir en este delito sería, por ejemplo; si tu no accedes a concederme favores sexuales yo abusaré sexualmente de ti, o si tu no abandonas este trabajo al terminar la semana yo te cortaré una mano. El mal que se propende cumplir debe ser constitutivo de delito.

En doctrina se discute si el bien jurídico protegido en estos delitos es la libertad de acción o de obrar del amenazado o, la libertad de autodeterminación porque se utiliza la amenaza para constreñirlo a hacer o no hacer algo, en el mobbing, generalmente, no estaremos en presencia de una amenaza explícita o evidente y el bien jurídico protegido, en gran parte de las ocasiones, es la integridad psíquica o física del trabajador. Además, todas las formas de amenaza son delitos de acción pública previa instancia particular. Se exige un alcance del dolo que es bastante puntual en todas las hipótesis del art. 296 que es el de conocer el significado de lo que se transmite, en cuanto anuncio serio de un mal para los sujetos y bienes relevantes que aparecen como dependiente de la propia voluntad, y de querer efectivamente transmitirlo.

Así mismo, en el art. 297 incluye una condición mediante la amenaza de un mal no constitutivo de delito, es decir, son ilicitudes atípicas, actos antijurídicos atípicos, y, al igual que en el anterior, se pena tanto si consiguió o no su propósito. En este tipo penal si fuese posible encuadrar el acoso sexual laboral y alguna hipótesis de mobbing, la dificultad estaría completamente en lograr probar esta situación, el caso paradigmático en las situaciones de acoso sería pedir favores sexuales bajo la amenaza de despido en caso de no acceder a las pretensiones solicitadas. También, en el art. 297 bis se reviste de un sujeto pasivo calificado, que son

profesionales o funcionarios de ciertos sectores, pero la traba se repite, se requiere de una petición específica, una amenaza explícita que en la mayoría de los casos no se da.

1.2 Delito de Chantaje (artículo 161 letra b CP)

En el chantaje el agente reclama una suma de dinero o la satisfacción de otros provechos bajo la amenaza de revelar actos o circunstancias secretos del sujeto pasivo, cuyo conocimiento por otras personas le perjudicarían de grave manera. En el caso de este delito las circunstancias son precisas, en la gran mayoría de los casos solo importa la solitud de dinero, mientras que la presión se ejerce puntualmente sobre algo que sabe o tiene el sujeto activo de este tipo penal. En la criminología alemana es lo que se denomina como “el precio del silencio”, sobresaltando la solicitud de dinero.

Podríamos incluir aquí la situación de pedir favores de carácter sexual a cambio de no publicar fotos íntimas de la persona obtenidas forzosamente a escondidas, o de igual modo podría esto ser objeto de chantaje para conseguir que la persona abandone su trabajo o generarle una presión psicológica que derive en hostigamiento lo que haría cumplir el mobbing. Empero, dejaría fuera de esto situaciones que son mucho más comunes que el chantaje por algo que se sabe o se tiene del sujeto pasivo, como por ejemplo, el ofrecimiento de beneficios, regalías o prestaciones a cambio del favor sexual.

Recalamos que el carácter de este delito dependiente de previa instancia particular hace muy difícil que se transparenten estas conductas que son tan vulneradoras en un ambiente que por naturaleza es muy frágil.

1.3 Delito de Coacción (artículo 494 numeral 16)

Debemos partir exponiendo que en el tratamiento que le da nuestro Código Penal es el de una falta, por lo que, si aun así lográramos encuadrar el mobbing o el acoso sexual laboral en este delito, su pena nos desalienta ya que no lograríamos el objetivo que propone esta tesis que es crear de una forma robusta y fornida delitos laborales.

Es un delito en contra de la libertad que consiste en general en violentar a otro constriñéndole mediante fuerza física a hacer algo o impidiéndole de la misma manera que haga algo, la clave bajo este apartado es la violencia, que el caso del mobbing normalmente no vemos ejemplos grotescos de violencia física, sino es más bien una violencia encubierta, a través de gestos o miradas intimidadoras, es una presión fundamentalmente psicológica. En el caso del acoso sexual es una sensación de violencia constante, pero, al igual que en el caso del acoso laboral, rara vez se observan episodios violentos físicamente, sino que se encubre en una presión psicológica agresiva. No es general que se vea violencia física en el ambiente laboral, pero si es común que se den conductas que son violentas psicológicamente, que los compañeros de la oficina te aíslen, que no incluyan, que te den demasiado trabajo o que no ten nada de trabajo, que constantemente se estén difundiendo rumores que no son ciertos, burlas, sobrenombres, etc., pero no golpes. Es por todo lo anterior que descartamos incluir estos delitos en este ilícito.

1.4 Injurias y calumnias (artículo 416 y 412 CP)

El bien jurídicamente protegido es el honor, que verdaderamente tiene detrás la protección de la proyección de la persona humana. Son ilícitos que merecen un lato análisis que para los efectos de no desviarnos diremos que en estos casos es necesario que se impute a una persona un delito, y este debe ser determinado, en el caso de las injurias debe ser un delito de acción privada o mixtas, mientras que, en el caso de las calumnias debe ser un delito de acción pública o, “perseguable de oficio” y, el delito debe ser falso.

Así entonces, concluimos que no es posible incluir el acoso sexual en estos ilícitos, por otra parte, el acoso laboral podría de algún modo caber en las injurias ya que es un tipo muy amplio, sin embargo, no siempre se le imputará a una persona que sufre de mobbing la comisión de un delito para orillarla a renunciar o para someterla, que si bien podría ser, sería un caso particular, y como intentamos exponer buscamos un tipo penal amplio y robusto que no deje fuera ninguna de las posibilidades de acoso en el ámbito del trabajo.

1.5 Hostigamiento.

El hostigamiento no es un ilícito que este inserto en nuestro Código Penal, sino más bien descansa y duerme placenteramente en nuestro congreso como un proyecto de ley. Sin embargo, es importante tratar el hostigamiento ya que es un elemento fundamental en el acoso, tanto laboral como sexual.

El ex Presidente de la República, Sebastián Piñera reconoce la peligrosidad de este delito en el mensaje de este proyecto de ley al señalar que “Hemos sido testigos de la frecuencia con que estos acosos se producen, tanto a personas civiles como a autoridades. Por tanto, se propone tipificar dicha conducta, actualmente despenalizada, dentro de los delitos contra el respeto y la protección a la vida privada, ya que estos acosos afectan a la integridad psíquica de sus víctimas impactándolas gravemente en su diario vivir”. (Piñera, pag. 7).

En España, derecho comparado importante para los efectos de nuestra postura, era en este delito de hostigamiento en donde ellos encuadraban el delito de acoso laboral, ya que, descansaba en él el elemento común e imprescindible de todo acoso moral, nos referimos al “proceso de hostigamiento consistente en el ejercicio reiterado o sistemático de violencia física o psíquica idóneo, en su conjunto, para humillar, degradar, o reducir a la condición de objeto a la persona sometida a tales conductas de maltrato”. (Pomares, 2010, p. 62).

Actualmente, en España para el acoso laboral está dispuesto el art. 173 de su Código Penal y para el acoso sexual laboral disponen del art. 184. Disposiciones a las que aspiramos. El primero, recoge que no se puede atentar contra la integridad física y moral de una persona. Tratar degradantemente o agredir oralmente a otro de forma constante y dañina está considerado un delito, porque dicha conducta no permite el correcto disfrute del derecho que se consagra en el art. 15 de su Constitución Política “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...).”

El segundo, recoge el delito de acoso sexual que castiga la solicitud de favores de naturaleza sexual a otra persona para sí mismo o para terceros. Este hecho ha de producir una situación intimidatoria o humillante dentro del ámbito laboral o docente.

También ellos tienen presente el delito de trato degradante que, a diferencia de nuestro artículo 403 ter que solo contempla como sujetos pasivos puntuales; niño, niña o adolescente menor de dieciocho años o una persona adulta mayor o una persona con situación de discapacidad en los términos de la Ley 20.422 (fuera de estas personas no podemos encuadrar ninguna otra situación en él). Mientras que, en España el modelo es mucho más abierto e inclusivo por lo que es factible incluir ahí todo tipo de trabajador, lo que deja en evidencia que Chile no cuenta con ninguna herramienta eficaz para prevenir y combatir estos delitos.

1.6 Delito de acoso sexual callejero (artículo 494 ter CP).

Este artículo buscaba sancionar aquellos actos de significación sexual capaces de producir una situación objetivamente intimidadora, hostil o humillante en lugares públicos o de libre acceso público. La sustanciación de esta falta es idéntica a los elementos que se desprenden del acoso sexual en el ámbito del trabajo. La diferencia, y es por lo siguiente, que no se puede encuadrar en él, es que esta conducta vulneradora debe llevarse a cabo en un espacio de libre acceso público, entendiendo que la “empresa” no es un lugar público o de libre acceso público. Con todo lo anterior, el mobbing quedaría fuera de este tipo y haciendo un esfuerzo podría ser posible que se encuadre alguna situación individualizada de acoso sexual si las conductas atentatorias traspasaran las barreras del lugar físico de la empresa y se repitieran en la calle cabría, de todas maneras, en el acoso sexual callejero. La pregunta que nos deja un sabor amargo es si se protege el libre tránsito por la calle, prohibiendo esta conducta sexual callejera... ¿Por qué aún no se tipifica el acoso sexual laboral? cuando el ambiente laboral debería ser, por cierto, el más protegido, aquel espacio debiera ser el que más revestido esté de confort, teniendo en cuenta que el chileno promedio trabaja 8 horas al día, 6 días a la semana. Un objetivo primordial es “mejorar las condiciones de trabajo y la calidad del empleo, garantizando a todos los trabajadores iguales oportunidades en el acceso, permanencia y progreso en el empleo, procurando el máximo bienestar en el lugar donde se desempeñan laboralmente.” (Diputados, 2000) Sin embargo, lo que se busca en este trabajo es proponer un tipo penal exigente pero amplio, que incluya las posibilidades más comunes y normales y no una puntual, un modelo como el art. 173, 184.1, 184.2 y 184.3 del Código Penal Español.

2. Deber de Protección.

El artículo 184 de nuestro Código del Trabajo dispone que el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.

En el mismo orden de ideas, los artículos 66, 67 y 68 de la Ley N°16.744, establecen que los empleadores deberán desarrollar un rol activo en la prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, debiendo; primero, implantar todas las medidas de higiene y seguridad en el trabajo atendiendo a la naturaleza del proceso productivo y el riesgo asociado al mismo; segundo, contar, cuando proceda, con el Departamento de Prevención de Riesgos y/o Comité Paritario de Higiene y Seguridad; tercero, adoptar y poner en práctica las medidas de prevención que éstos les indiquen, y mantener al día el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad; entre otras.

Por su parte, el artículo 3° del D.S. N°594, de 1999, del Ministerio de Salud, sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo, establece que "la empresa está obligada a mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores que en ellos se desempeñan, sean éstos dependientes directos suyos o lo sean de terceros contratistas que realizan actividades para ella"

Dicho lo anterior, la jurisprudencia ha precisado que el deber de protección impuesto por el artículo 184 corresponde a una obligación de seguridad, que, a diferencia de las obligaciones de garantía, no tiene por objeto asegurar que el acreedor quedará indemne de todo daño, sino que se establece un deber de cuidado que debe ser apropiado conforme las circunstancias. Se trata de una obligación de medios, pues consiste en adoptar las medidas razonables de prevención, sin que pueda exigírsele una efectiva y absoluta evitación de accidentes laborales, ya que la expresión eficazmente a que hace referencia la disposición en análisis (artículo 184 del Código del Trabajo) debe ser entendida como referida a que las condiciones que el empresario

debe mantener en el lugar de trabajo deben estar destinadas a lograr un real y preciso resguardo de la vida y salud de los trabajadores en el desempeño de sus funciones , o dicho de otro modo, deben ser útiles y aptas para tales efectos. (Iquique, 2009). Entendiéndose por medidas de seguridad necesarias “aquellas que permiten a un individuo común actuar conforme a pautas lógicas previamente diseñadas, para el caso que deba en un lapso de tiempo escaso adoptar actitudes para evitar o mitigar un accidente”. (Concepción, 2007)

Asentado lo anterior, es menester precisar que la responsabilidad que surge a partir de los accidentes del trabajo no es de carácter objetivo, toda vez que subyace en la misma un juicio de reproche respecto de la conducta del empleador a quien la ley ha hecho responsable de adoptar todas las medidas de seguridad que permitan proteger la vida e integridad de sus trabajadores.

En efecto, si bien se trata de un régimen de responsabilidad especial, fuertemente objetivado en cuanto existe un seguro social previsto en la Ley N° 16.744, ligado a los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, lo cierto es que si se pretende hacer efectiva la responsabilidad del empleador exigiendo la reparación integral del daño, debe establecerse en el juicio respectivo que las medidas adoptadas por éste fueron insuficientes o ineficaces, incumpliendo con ello la obligación prevista en el artículo 184 del Código del Trabajo, de modo que se trata de un caso de culpa infraccional, en que la sola infracción de las obligaciones previstas en la ley permite presumir la culpa. (Suprema, 2020). Es decir, no basta que las lesiones del trabajador se produzcan mientras este desempeña en sus funciones, sino que debe tratarse de un perjuicio producto de un accidente que se relacione con el ejercicio de sus funciones y que se verifique una negligencia del empleador en la adopción de medidas de seguridad.

Dicho esto, es que la jurisprudencia mayoritaria se encuentra conteste en señalar que aun cuando el artículo 69 de la ley N°16.744 no determina el grado de culpa del cual debe responder el empleador en caso de accidente del trabajo o enfermedad profesional, al resguardar el deber de seguridad que le impone el legislador al empleador en el artículo 184 del Código del Trabajo, no bienes patrimoniales, sino que la propia vida, integridad física y psíquica y salud de los trabajadores, el grado de culpa del cual debe responder el empleador es la culpa levísima, es decir la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes, según lo prevé el artículo 44 del Código Civil. (Santiago, 2020).

Con estas nociones, es imperativo mencionar a que sanciones o mecanismos de protección puede acudir el trabajador en caso de infracción al deber de seguridad por parte del empleador, a saber:

1. Artículo 28 del DFL N° 2, del Ministerio del Trabajo y de Seguridad Social, de 1967 que dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo. Según el artículo anterior, la Dirección del trabajo estará facultada para ordenar la suspensión inmediata de las labores que a su juicio constituyen un peligro inminente para la salud o vida de los trabajadores y cuando constaten la ejecución de trabajos con infracción a la legislación laboral. En estos casos los trabajadores seguirán percibiendo remuneración.
2. Artículo 184 bis del Código del Trabajo, según el cual el empleador deberá adoptar medidas para la suspensión inmediata de las faenas afectadas por el riesgo grave e inminente para la vida o salud de los trabajadores. Además, el trabajador tendrá el derecho a interrumpir sus labores y, de ser necesario, abandonar el lugar de trabajo cuando considere, por motivos razonables, que continuar con ellas implica un riesgo grave e inminente para su vida o salud, debiendo dar cuenta a su empleador y este último a la inspección del trabajo.
3. Artículo 171 relativo al despido indirecto en relación con el artículo 160 numeral 7 del Código del Trabajo.
4. Artículo 485 y siguientes del Código del Trabajo, según el cual el trabajador podría accionar por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

Mientras tanto, en el Código Penal Chileno entre los arts. 490 y 492 se habla, en su vieja nomenclatura, de cuasidelitos, en donde se tipifica y castiga el homicidio culposo y las lesiones culposas en donde se incluyen con ardua argumentación y casi forzosamente los accidentes laborales más grotescos.

Art. 492 CP inciso 1°. “Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas.” En un breve análisis, para comprender, aclararemos que el precepto

normativo al mencionar; “*Si el hecho de mediar malicia constituyera un crimen...*” quiere decir, homicidio culposo, y; “*Si constituyera simple delito...*” quiere decir, lesiones culposas.

El homicidio y las lesiones tienen bienes jurídicos distintos, por una parte, en el delito de homicidio el bien jurídico protegido es la vida humana, es un bien jurídico exclusivo, mientras que, por otro lado, en las lesiones el bien jurídico protegido es la salud individual y la integridad física. Es necesario puntualizar que para nuestro antiguo Código Penal estos dos últimos conceptos no son sinónimos, dentro de las lesiones tendremos las mutilaciones, un tipo de lesión concreto cuyo bien jurídico protegido es la integridad corporal entendida como la cantidad, estructura y disposición de las partes del cuerpo anatómicamente considerado, por otra parte, la salud individual es el funcionamiento normal o anatómico del cuerpo humano y que incluye tanto la salud o equilibrio físico como el equilibrio psíquico o mental.

Desde la década de 1960 rige en Chile un sistema de seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales financiado por el empleador en razón del riesgo presunto o efectivo que exhiba la empresa, de modo que las empresas en que se producen más accidentes están obligadas a pagar significativamente más por ese concepto, factor que opera como incentivo estrictamente económico para la adopción de medidas eficaces de prevención de accidentes. (...) Con todo, el panorama no puede considerarse satisfactorio, desde luego porque la tasa de accidentabilidad sigue siendo alta y por temas como la informalidad y la movilidad laboral se estima que un tercio de la fuerza laboral no se encuentra cubierta por el sistema. Así mismo, se sospecha cierto nivel de incumplimiento del deber de informar los accidentes laborales por parte de algunas empresas particularmente pequeñas por el temor de poner en peligro su empleo (R. Berruezo, 2011, pp. 65-67).

Así, entonces, es posible incluir las lesiones o accidentes del trabajo en estos tipos penales, de hecho es lo que hasta el día de hoy se hace, pero para que sea posible incluirlas deben ser hipótesis muy puntuales, dejando fuera de estos delitos una infinidad de situaciones variadas que están permanentemente ocurriendo.

Además, salta a la vista que cuando es aplicable alguno de estos preceptos normativos, el accidente de resultado mortal o la lesión ya ocurrió, ya sucedió, es este nuestro argumento clave,

ya que, el velo protector del derecho del trabajo tiene como objetivo siempre prevenir el daño, toda la normativa laboral tiende a prevenir los accidentes del trabajo y pone al empleador en una posición de garante para evitar que se produzca el resultado que se intenta evitar. Por todo lo anterior es necesario adelantar las barreras punitivas para resguardar de manera eficaz la vida e integridad física y psíquica del trabajador e incluir un tipo penal específico que proteja esta situación.

Es necesario adelantar las barreras de protección, de modo que el derecho penal no debe esperar a que efectivamente se accidente un trabajador para reprimir la inobservancia grave de medidas de seguridad en el trabajo, por cierto, puede postularse un mejoramiento del status de dichas medidas y, consiguientemente, de la condición de los trabajadores.

Hay razones dogmáticas que favorecen la consideración político-criminal de la posible introducción de delitos de peligro en este ámbito, especialmente de delitos de peligro abstracto, cuando no se quiere abordar solo la problemática de las muertes y lesiones provocadas por accidentes del trabajo, sino también la de las enfermedades ocupacionales provocadas por la larga exposición -obviamente, no violenta ni repentina- a elementos que lentamente van minando la salud del trabajador. (...) Desde luego esto parece indiscutible tratándose de delitos de peligro concreto, cuya realización requiere la efectiva comprobación en la especie del resultado típico consistente en una situación de riesgo agudo de accidente y lesión. (R. Berruezo et al., 2011, 72-74).

Conclusiones.

1. Es imprescindible un derecho Penal del Trabajo que se traduzca en normas jurídico-penales que tengan como finalidad la protección de los derechos e intereses de los trabajadores.
2. En la forma en que en nuestro país se legisla, se espera a que realmente suceda el accidente, la negligencia, la catástrofe y se pierdan vidas y/o hallan lesionados graves para reglar dichas situaciones preocupantes o pendientes y no debería ser esta la forma. Somos testigos de la escasa coordinación y sistematización existente entre nuestro derecho actual interno y el derecho comparado, específicamente hablando del gran trabajo legislativo penal laboral de Alemania, España e Italia, por mencionar ejemplos. Por último, es fundamental señalar que avanzar en la modernidad laboral implica necesariamente la protección de los derechos de los trabajadores desde el ámbito penal. La persona jurídica, como tal, es la cometida para darle la estabilidad necesaria al mercado laboral, para asegurar la frágil firmeza de toda la sociedad vinculada en el mundo del trabajo.
3. En Chile normativamente no se tiene en mente la protección de los trabajadores desde la esfera penal.
4. Como podemos observar las opciones que pueden optar las víctimas de acoso laboral o sexual son solamente mecanismos que sancionan principalmente al patrimonio de la empresa, dejando sin sanciones eficaces al sujeto activo.
5. Con el ordenamiento normativo penal vigente en Chile se complica mucho lograr, prácticamente, incluir alguna de las conductas comunes o las más vistas de mobbing o de acoso sexual laboral, ya que tendrían que ser situaciones grotescas para lograr incluirlas en alguna de las hipótesis antes analizadas, y, si lo llevamos a la práctica, sería complejo probarlo lo que deriva en un completo abandono de protección.

Bibliografía.

- Campillo, A., 2014. Animal Político, Aristóteles, Arendt y Nosotros. *Revista de Filosofía*, vol. 39 N°2 (169-188), p. 172.
- Zaffaroni, E., 1998. *Tratado de Derecho Penal. Parte General Tomo I.* Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Bacigalupo, E., 1999. *Derecho Penal. Parte General. Segundo Edición.* Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL.
- Barros, C., 2017. *El rol del Estado y su incidencia en la legitimidad en el uso de dispositivos de control de seguridad. El caso de la video vigilancia en Quito (ECU 911) Barrio La Mariscal durante el periodo 2012-2015*, Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador Departamento de Asuntos Públicos Convocatoria 2014-2016 .
- Estrada, J. M., 2011. Control Social y Construcción de Estado. El Código Penal de 1837 y su influencia en la Legislación Criminal del Estado Soberano de Bolívar: 1870-1880. *Historia Caribe*, Vol. VI(Núm. 18. Pp. 65-87), p. Pág. 66.
- Etcheberry, A., 1998. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I.* Pág. 23 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Politoff S., P. M. J. R. M., 2003. *Lecciones del Derecho Penal Chileno. Parte General. Segunda Edición.* Pág. 48 ed. Santiago. 2003. Pág. 48. : Editorial Jurídica de Chile.
- Balmaceda, G., 2014. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Pág. 17. ed. Santiago: Librotecnia.
- Plá Rodríguez A., *Los Principios del Derecho del Trabajo.* Montevideo, 1975. Pág. 9.
- Olivares, P., 2018. *¿Existe en Chile, un Derecho Penal del Trabajo? DiarioConstitucional.cl.* [En línea]
- Cuadra, E., 1986. *Los Derechos Constitucionales. Tomo II.* Pág. 216. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Direccion del Trabajo, 17 de marzo de 2006. Ordinario N° 1279/19.
- Gamonal, S., 2011. *Fundamentos de Derecho Laboral.* Tercera edición. Legal Publishing.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Arica, 2019. *Rit T-5-2019. Considerando vigésimo.*
- Etcheberry, A., 1998. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III.* Pág. 224. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

- L. Lizama, D. Lizama, 2019. *Manual de Derecho Individual del Trabajo. Primera Edición*. Pág. 10. Santiago: Ediciones DER Limitada.
- Dirección del Trabajo, 14 de abril de 2015. *Circular N° 46 del 14 de abril de 2015*.
- Dirección del Trabajo, 21 de septiembre de 1999. *Ordinario N° 4870/281 de 21 de septiembre de 1999*.
- Dirección del Trabajo, 15 de noviembre de 2011. *Dictamen ORD. N°4565/94, 15 de noviembre de 2011*.
- S. Gamonal Contreras, P. Prado Lopez, 2006. *El Mobbing o Acoso Moral Laboral*. Pag. 8 ed. LexisNexis.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 04 de abril de 2011. *RIT O-681-2010, 04 de abril de 2011. Considerando séptimo*.
- Dictámenes Dirección del Trabajo, 26 de noviembre de 1998 y N° 3008/231, de 19 de julio de 2000. Dictámenes Dirección del Trabajo N° 5848/386, de 26 de noviembre de 1998 .
- Toledo, P., 2006. “*Ley N°20.005 sobre Acoso Sexual en Chile*”, pág. 205 en Anuario de Derechos Humanos.
- Juzgado de Letras de Santiago Santiago, *RIT T-1774-2018, 23 de abril de 2020. Considerando décimo tercero*.
- Carrasco, C. y. V. P., 2009. *Acoso Sexual en el trabajo. ¿Denunciar o sufrir en silencio? Análisis de denuncias, Dirección del Trabajo*. Pág. 21 Dirección del Trabajo.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 2018. *Rit T-309-2018. Considerando décimo tercero*.
- Ugarte., J., *Informe en Derecho. Acoso Sexual y Sexista en el Trabajo: Revisión desde la Doctrina y Jurisprudencia*. <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/acoso> Último acceso: Revisado por última vez 19/12/2022, 19 horas.
- Gamonal, S., 2021. *Derecho Individual del Trabajo. Doctrina, Materiales y Casos*. Pág. 286. Santiago: Ediciones DER.
- Ex Presidente de la República Sebastian Piñera, pag. 7. *Informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento recaído en el proyecto de ley que modifica los delitos de amenazas y coacción del código penal, e introduce un nuevo delito de hostigamiento.*, Santiago: Boletín N° 14.477-07-1.

- Pomares, C., 2010. “El derecho penal ante el acoso en el trabajo: el proyecto de reforma penal de 2009”. *Temas Laborales*, N°105/2010 (Págs. 61-86), Pág. 62.
- Cámara de Diputados, 2000. *Informe de Comisión de Trabajo en Sesión 11. Legislatura 343. Primer Informe de Comisión de Trabajo*. Fecha 17 de octubre, 2000.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, 2009. *Rol N° 39.271. Considerando décimo tercero. Sentencia confirmada en esta parte por la Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 80-2009, y por la Corte Suprema, Rol N° 6308-2009*.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 2007. *Causa Rol N° 242-2007, 30 de julio de 2007. Considerando primero*.
- Corte Suprema, 2020. *Rol N° 24.675-2018, 17 de abril de 2020. Considerando décimo cuarto*.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 2020. *RIT O-3136-2019, 14 de abril de 2020. Considerando décimo*.
- R. Berruezo, H. H. G. B. R. Q. P. G., 2011. *Derecho Penal Laboral. Delitos contra los trabajadores. Delitos contra los trabajadores en el derecho penal chileno*. Pag 65-67. Montevideo. Editorial BdeF.