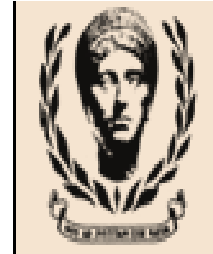




Escuela de Derecho
Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales
Universidad de Valparaíso



Tesina de Derecho año 2011

ANÁLISIS CRÍTICO A LA LEY 20.005 QUE TIPIFICA Y SANCIONA EL ACOSO SEXUAL EN CHILE.

¿Constituye una regulación completa y suficiente, logra una real
protección para el afectado?

Grupo de Trabajo : Silvana Cerda Campos
Juan Carlos Mella Cruzat

Profesora Guía : Daniela Marzi Muñoz

Fecha de Entrega : Noviembre, 2011

Tabla de contenidos

- Introducción	6
- Capítulo I: El Acoso sexual como Fenómeno Social y Jurídico	7
1. Antecedentes Generales del Acoso Sexual	7
2. Causas que Influyeron en la Regulación del Acoso Sexual	7
3. Factores que Inciden en la Ocurrencia del Acoso Sexual	8
4. Concepto, Elementos y Tipos de Acoso Sexual	9
4.1 Concepto de acoso sexual	9
4.2 Elementos	11
4.2.1 Solicitud o comportamiento sexual o de índole sexual	11
4.2.2 Rechazo por parte de la víctima	12
4.2.3 Persistencia	13
4.2.4 Elemento Locativo	13
4.3 Tipos de Acoso Sexual	13
4.3.1 Acoso sexual vertical, Quid pro Quo, de Chantaje o de Intercambio	14
4.3.2 Acoso sexual Horizontal o Ambiental	15
4.3.3 Acoso sexual Indirecto o “Bystander	16
4.4 Concepto Legal Chileno	16
5. Sujetos que intervienen en el Acoso Sexual	17
5.1 Sujeto Activo	17
5.2 Sujeto Pasivo	18
6. Consecuencias o Efectos del Acoso Sexual	20
6.1 Acoso sexual en la Víctima	20
6.1.1 De orden Laboral	20
6.1.2 De orden Social	20
6.1.3 De orden Psicológico y Físicos	21
6.2 El Acoso Sexual en el Empleador	21
6.2.1 De orden laboral	21
6.2.2 De orden Psicológico	21

7. Regulación del Acoso Sexual en el mundo	22
8. Evolución en Chile	23
- Capítulo II: Análisis Crítico de la ley 20.005 sobre Acoso Sexual en Chile	25
1. Descripción General de la Ley	25
2. Conducta Regulada	26
3. Bien Jurídico Protegido	29
4. Obligaciones del Empleador frente al Acoso Sexual	31
4.1 Mantener un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores	32
4.2 Incorporar la regulación del procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicaran en caso de denuncias por acoso sexual en el respectivo Reglamento	32
4.3 Comunicar a la Inspección del Trabajo la denuncia de acoso sexual que hubiere recibido, o en su caso, las conclusiones de la investigación interna que hubiera efectuado.	34
5. Procedimiento de Investigación y Sanción del Acoso Sexual	36
5.1 Etapa de denuncia	36
5.2 Etapa de adopción de medidas de resguardo	37
5.3 Etapa de investigación	39
5.3.1 Investigación Interna	39
5.3.2 Investigación llevada a cabo por la Inspección del Trabajo	40
5.4 Etapa de conclusión y adopción de medidas y/o sanciones	40
5.4.1 Tratándose del trabajador denunciado	41
5.4.2 Desde el punto de vista del empleador	41
5.4.3 Reclamo de las sanciones y medidas aplicadas.	42
6. Mecanismos de Protección Judicial para la Víctima frente al Acoso Sexual	43
6.1 Despido Indirecto o Autodespido	43
6.1.1 Falsa Denuncia de Acoso Sexual	45

6.2 Acción Indemnizatoria	46
7. Acceso al Procedimiento de Tutela Laboral de los Derechos Fundamentales	48
8. Acoso sexual en el Sector Público y Municipal	49
- Capitulo III: Conclusiones	50
- Propuestas de Mejoras	52
- Bibliografía	56

Tabla de Abreviaturas

- Artículo: *art.*
- Código del Trabajo: *CT.*
- Constitución Política de la Republica: *CPR.*

❖ **Resumen.**

El acoso sexual es un fenómeno grave que atenta en contra de la esencia del ser humano: su dignidad y que se encuentra presente en diversos ámbitos de la sociedad, afectando principalmente a las mujeres. La ley 20.005 tipifica el ilícito en el plano laboral, buscando proteger a los trabajadores y sancionar tales conductas. Este trabajo procura realizar un análisis crítico de dicha regulación legal, abordando el tema en sus aspectos más generales como fenómeno social, y detalladamente en el aspecto jurídico laboral. Se analizan los diversos vacíos y críticas que se le formulan a la ley para concluir que, a pesar de representar un gran avance en nuestro ordenamiento, es necesario reformar la normativa para que constituya una regulación completa y suficiente del acoso sexual en el trabajo y brindar así una protección efectiva a la víctima.

❖ **Palabras Claves.**

Acoso sexual. Ley 20.005. Dignidad humana. Criticas. Propuestas de Reforma.

❖ **Introducción.**

El acoso sexual y, en particular, el acoso sexual en el trabajo, es un problema complejo que afecta actualmente, de diversas formas, a trabajadores, principalmente mujeres, de todos los estratos sociales, ocultándose muchas veces en su ocurrencia y repercusiones.

Hasta el año 2005, nuestro ordenamiento jurídico careció de una norma especial que abordara este ilícito en el ámbito laboral, cuestión que se subsanó con la promulgación de la ley 20.005, que vino a tipificar y sancionar el acoso sexual en el lugar de trabajo.

El desarrollo de este trabajo tiene como objetivo principal hacer un análisis crítico de esta regulación legal, para lo cual consideramos que es necesario determinar si el ordenamiento jurídico chileno ofrece una real y suficiente tutela para prevenir, sancionar y reparar los efectos lesivos del acoso sexual laboral, ya que parece simple y de toda lógica que las relaciones laborales deban fundarse en un trato compatible con la dignidad humana, y que obviamente las conductas de acoso sexual son contrarias a tal dignidad. Pero parece ser mucho más complejo; sobre todo si consideramos, por una parte, que nos encontramos frente a una de las experiencias más degradantes y ofensivas de las que puede ser objeto un trabajador y, por otra parte, que la experiencia largamente nos ha demostrado que la simple promulgación de una ley no soluciona de raíz el problema que se encuentra regulando y sancionando, siendo necesario evaluar y calificar el contenido de dicha normativa en directo contraste con la realidad social e histórica a que se refiere, de manera de establecer con certeza el alcance de la tutela de los derechos que pretende consagrar, y que respecto de un tema tan sensible como el acoso sexual resulta ser un imperativo.

De esta forma, el primer capítulo tratará de centrarse en un aspecto básico, pero esencial, realizando una revisión general de la figura en cuestión. Posteriormente, en el segundo capítulo se realizará un análisis crítico y detallado de la regulación que hace la ley N° 20.005 respecto al acoso sexual en nuestro ordenamiento y, finalmente, en el último capítulo, desarrollaremos las conclusiones, opiniones y propuestas de mejora que de dicho análisis podamos obtener.

Es necesario precisar, que este trabajo tiene como objeto de estudio el *Acoso Sexual Laboral*, por tanto, si bien, el acoso sexual puede tener cabida en otras esferas del Derecho, nuestro análisis se agota en el ámbito Laboral.

Capítulo I: El Acoso sexual como Fenómeno Social y Jurídico.

1. Antecedentes Generales del Acoso Sexual.

El acoso sexual, en cuanto fenómeno social, constituye una realidad de antigua data, que aparece desde que la mujer se incorpora al ámbito laboral, principalmente en la época de la Revolución Industrial; sin embargo, su regulación legal es relativamente nueva.

El acoso sexual durante mucho tiempo fue considerado como una situación “natural” en el mundo del trabajo, y pese a responder a una realidad universal comprobada, su abordaje y tratamiento todavía está cruzado por el predominio de valores y prejuicios profundamente arraigados en la sociedad de que se trate. (Carrasco, Vega, 2009: p.14)

2. Causas que Influyeron en la Regulación del Acoso Sexual.

Comúnmente se señalan tres importantes factores que incidieron en la regulación de este ilícito en el mundo moderno, el primero se refiere a *la influencia del movimiento feminista* en los países industrializados, a través de la acción de sindicatos y agrupaciones femeninas, las cuales, por medio de estudios, investigaciones y denuncias judiciales, informaron a la sociedad sobre la gravedad y envergadura de este fenómeno, extrayéndolo de la esfera de lo *privado* y otorgándole la relevancia política y social que merecía. (Caamaño, Carvajal, Jiménez, 2005: p.5)

Otro factor aún más relevante fue *la masiva incorporación de la mujer en el campo laboral*, esto provocó diversas conductas de hostigamiento sexual dirigidas en su contra, tanto como un método para desincentivar el trabajo femenino por considerarlas como una amenaza en las empresas tradicionalmente dominadas por los hombres, mediante la humillación y la intimidación y también, en una lógica contraria a la anterior, como una forma de presión o chantaje tanto para obtener, mantenerse o no perder un empleo u otras ventajas laborales, reduciendo a la mujer a una especie de *objeto sexual*. (Caamaño et al., 2005: p. 5)

Finalmente encontramos la aparición de *las primeras resoluciones judiciales dictadas por tribunales norteamericanos*, en causas de acoso sexual a fines de 1970 y principios de 1980, las cuales fueron configurando los criterios, directrices y conceptos esenciales del acoso sexual, calificándolo

como un comportamiento prohibido por la ley con la consecuente imposición de ciertas obligaciones a la figura del empleador frente a estas conductas¹.

3. Factores que Inciden en la Ocurrencia del Acoso Sexual.

El acoso sexual en las organizaciones es función de dos aspectos que confluyen en su ocurrencia; *el clima organizacional*, es decir, aquellas características de una organización que facilitan la existencia o no de un clima de tolerancia hacia el acoso sexual; y, de las *características del trabajo*, es decir, si el contexto en que se desarrolla la labor es primordialmente masculino o femenino.

Desde esta perspectiva podemos afirmar que aquellas organizaciones en que existe una percepción de mayor tolerancia hacia el acoso sexual, por ejemplo: en que las quejas que se puedan formular por estas conductas no se tomen en serio o no prosperen, están positivamente relacionadas con experiencias de hostigamiento sexual.

Por otra parte, el contexto femenino o masculino del trabajo, se refiere a si predominan los hombres o mujeres en la empresa y a si el tipo de trabajo que se realiza es básicamente masculino o femenino, por ejemplo: realizar faenas de carga o más bien de secretariado, demostrándose que en los contextos predominantemente masculinos, las mujeres tienen mayores posibilidades de ser víctimas de acoso sexual.

Otro factor determinante en la realización de este tipo de conductas se refiere a aquellos *contextos empresariales en que se ejerce de manera abusiva el poder que se tiene en razón de un determinado cargo*. Expresión de estos contextos son algunas prácticas usuales como el maltrato de palabra o de hecho, las amenazas, la imposición de obligaciones que no están en el respectivo contrato de trabajo y, claramente, también el acoso sexual como una de las formas más graves de extender arbitrariamente la subordinación laboral.

En consecuencia, la interacción de estos factores, sumados por supuesto a otros de orden *psicológico*, como una enfermedad mental, o las circunstancias formativas del acosador, como crecer en un contexto familiar violento o denigrante hacia la figura femenina, determinan la prevalencia y ocurrencia de conductas de acoso sexual en una organización determinada, e incluso distinguiendo

¹ Para más información sobre este punto véase la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos del año 1986 en el caso Banco de Ahorro Meritor con Vinson, donde este Tribunal calificó al acoso sexual como una conducta discriminatoria por sexo.

según el tipo de acoso sexual se puede deducir que las condiciones y el clima organizacional determinan en mayor medida el denominado *acoso sexual ambiental*, y que las características del trabajo, sumado a las características individuales del acosador influyen en mayor grado el *acoso quid pro quo o chantaje sexual*, los cuales se analizarán más adelante.

4. Concepto, Elementos y Tipos de Acoso Sexual.

4.1. Concepto de Acoso Sexual.

Determinar el concepto de acoso sexual es sin duda una tarea compleja y delicada. Determinar claramente las conductas que lo constituyen a la luz de una legislación positiva, implica calificar dichos comportamientos como prohibidos y, por ende, sancionados por el ordenamiento jurídico y muchos han sido los conceptos que al respecto han dado organizaciones e instituciones internacionales como también la doctrina tanto nacional como internacional.

Desde el punto de vista del derecho comparado, la jurisprudencia norteamericana, pionera en estas materias, fue la primera en delimitar una definición de acoso sexual señalando que es “...*toda conducta de naturaleza sexual desarrollada en el ámbito de organización y dirección de una empresa o en relación, o como consecuencia de una relación de trabajo, realizado por un sujeto que sabe o debe saber que es ofensiva y no deseada por la víctima, determinando una situación que afecta al empleo y a las condiciones de trabajo y/o creando un entorno laboral ofensivo, hostil, intimidatorio o humillante*”, (Sentencia Corte Suprema USA, 1986, Banco Meritor vs Vinson sobre acoso sexual como violación a la Ley de Derechos Civiles de 1964, Título VII), concepto que luego seguiría el derecho comunitario de la Unión Europea.

Por su parte la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de Estados Unidos en 1980 señaló que: "*las proposiciones sexuales indeseadas, requerimientos para concesiones de tipo sexual y otras conductas físicas o verbales constituyen acoso sexual cuando:*

- a) *El sometimiento a tal conducta se hace, explícita o implícitamente, a condición de empleo,*
- b) *La aceptación o rechazo de tal conducta por una persona es utilizada como base de una decisión afectante a la relación laboral en sí, o*

c) *Dicha conducta tiene el objetivo o el efecto de inferir injustificadamente con el rendimiento laboral de la persona o crear un ambiente de trabajo ofensivo, hostil o intimidatorio*".(Lizama, Ugarte, 2005: p. 112)

Así mismo encontramos un concepto bastante preciso de acoso sexual en el artículo 1° de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas 92/131, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo, de fecha 27 de noviembre de 1991, señala que es "*...la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, que resulta inaceptable si:*

a) *Dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma;*

b) *La negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utiliza de forma explícita o implícita como base de una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo, y/o*

c) *Dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil y humillante para la persona que es objeto de la misma; y de que dicha conducta puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato²*".

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), que cumple un rol importante en lo que se refiere a normas y recomendaciones sobre la igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el trabajo ha abordado el tema del acoso sexual como un problema de derechos humanos y de discriminación por sexo, señalando en la Resolución sobre Igualdad de Oportunidades y de Trato para los Trabajadores y Trabajadoras en el Empleo, adoptada con fecha 25 de junio de 1985 que el acoso sexual "*es un comportamiento de carácter sexual no deseado por la persona afectada y que incide negativamente en su situación laboral provocándole un perjuicio*".

Posteriormente la OIT perfeccionó este concepto señalando que estas conductas son "*insinuaciones sexuales indeseables, o un comportamiento verbal o físico de índole sexual que persigue*

² Este concepto posteriormente fue actualizado por la Directiva 76/207 del Parlamento Europeo, definiéndose el acoso sexual como "*la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual que tenga por objeto o efecto atentar contra la dignidad de la persona, y en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*".

la finalidad o surte el efecto de interferir sin razón alguna en el rendimiento laboral de una persona, o bien de crear un ambiente de trabajo intimidante, hostil, injurioso u ofensivo³”.

Doctrinalmente, cabe destacar el concepto formulado por Salvador del Rey Guanter quien define acoso sexual como una *“conducta de naturaleza sexual, desarrollada en el ámbito de organización y dirección del empresario que el sujeto activo sabe o debe saber que es indeseada por el trabajador y cuya posición ante la misma determina una decisión afectante al empleo o a las condiciones de trabajo de éste o que, en todo caso, tiene como objetivo o como consecuencia crearle un entorno laboral ofensivo, hostil o intimidatorio”*. (Del Rey Guanter, 1993: p. 233)

4.2 Elementos.

Según el profesor Carlos Moreno Manglano los elementos que deben concurrir sucesivamente para estar frente a un caso de acoso sexual son tres; *solicitud, rechazo y persistencia*. (1999: p. 243)

4.2.1 *Solicitud o comportamiento sexual o de índole sexual*: es imprescindible que en primer lugar exista una propuesta de carácter libidinoso, referido al sexo, sin ningún elemento afectivo o de aprecio, estas conductas deben entenderse en un sentido amplio que comprende acciones de carácter verbal, escrito, gestual, de contacto físico o de índole mixta⁴. Así, el exhibicionismo, los tocamientos, roces que involucran los órganos genitales u otras zonas erógenas del cuerpo, como senos, glúteos etc. corresponderían a conductas sexuales, mientras que las insinuaciones, lenguaje o gestos vulgares, exhibición de material pornográfico, etc. corresponderían a comportamientos de índole sexual⁵. Sobre este punto, algunos autores como Palavecino y Del Rey Guanter coinciden en que el termino *sexual* debe interpretarse en sentido estricto, referido directamente o no a los órganos sexuales o a sus

³ Para más información véase el “*ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*” de la OIT del año 2008.

⁴ La Guía Sindical de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), incluye en su definición de acoso sexual las siguientes conductas:

- un contacto físico innecesario, rozamientos o palmaditas;
- observaciones sugerentes y desagradables, chistes, comentarios sobre la apariencia o aspecto y abusos verbales deliberados;
- invitaciones impúdicas y comprometedoras;
- uso de pornografía en los lugares de trabajo;
- agresión física, etc.

⁵ La Dirección del Trabajo ha señalado en esta materia que: *“...por las conductas constitutivas de acoso no se encuentran limitadas a acercamientos o contactos físicos, sino que incluye cualquier acción del acosador sobre la víctima que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido, tal como lo pone expresamente de manifiesto el concepto legal.... cuando señala que el acoso sexual puede producirse 'por cualquier medio', incluyendo en ese sentido, propuestas verbales, correos electrónicos, cartas o misivas personales, etc.”* (Dictamen N° 1133/36, de 21 de marzo de 2005)

condiciones anatómicas o fisiológicas, especialmente relacionado con el placer carnal, y no en su intelección más amplia que identifica sexo con género. De ahí que frases sexistas pero no sexuales, como “*la mujer debería estar en la casa cuidando a los niños*” o “*este es un trabajo para hombres*”, etc. no serían constitutivas de acoso sexual desde este punto de vista. (Palavecino, 2006: p. 3) (Del Rey Guanter, 1993: p. 235 y 248)

Por otra parte hay que aclarar que no es imprescindible que la conducta que constituye el acoso sea reiterada en el tiempo, basta que sea lo suficientemente intensa como para afectar a la víctima aunque solo se produzca por una sola vez⁶.

4.2.2 *Rechazo por parte de la víctima*: a la acción de propuesta o requerimiento sexual debe seguirle una reacción de rechazo, aunque no necesariamente de forma inmediata⁷. Se produce este rechazo puesto que se trata de un comportamiento molesto para quien va dirigido, la persona afectada debe manifestar su rechazo haciéndolo saber al acosador. Es precisamente este elemento el que determina la frontera entre acoso sexual y una simple relación amistosa. Corresponde a cada individuo determinar el comportamiento que le resulta aceptable, y el que por el contrario, le resulte ofensivo, en consecuencia, lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso, como el enamoramiento o el flirteo, es que el primero es indeseado y el segundo es aceptado e incluso mutuo. De este modo no constituirían propiamente acoso sexual las acciones de naturaleza sexual queridas por el sujeto a quien van dirigidas, aunque den lugar a una suerte de *favoritismo* laboral⁸.

Sobre la oportunidad en que debe presentarse este rechazo, queda de manifiesto que esta actitud no es exigible en forma inmediata frente al requerimiento sexual, en el denominado acoso vertical o coercitivo, donde el justo temor de represalias laborales desfavorables para el acosado, pueden inhibirlo a adoptar una conducta activa, de rotundo e instantáneo rechazo, manifestándose la indeseabilidad más bien a través de un comportamiento evasivo o dilatorio.

⁶ Especialmente en el denominado acoso *quid pro quo* o de chantaje, donde una sola exigencia de carácter sexual por parte del superior jerárquico bajo amenaza basta para que la conducta sea suficiente para configurar el acoso sexual sancionado por la ley.

⁷ No obstante que lo ideal, como se desprende del Código de Conducta para combatir el acoso sexual de la Comisión de las Comunidades Europeas, es una reacción inmediata, explícita y categórica de la víctima, tal actitud, sin embargo, no siempre es exigible.

⁸ En opinión de Claudio Palavecino, además de la reacción subjetiva de la víctima, debería considerarse un patrón objetivo, esto es, la manera en que un sujeto razonable habría percibido el comportamiento en iguales circunstancias. (Palavecino, 2006: p. 4)

Ahora bien, una eventual participación del sujeto acosado frente a las proposiciones sexuales del acosador no debería ser considerada como antecedente suficiente para concluir que la víctima consiente o desea dicho comportamiento. Muchas veces la situación de vulnerabilidad económica, física y/o emocional de la víctima es aprovechada por el acosador y puede impulsar al acosado a ceder a los requerimientos aun en contra de su deseo, cuestión que podría llevar al absurdo de negar el carácter de acoso sexual al hostigamiento que consigue su objetivo por ausencia manifiesta de indeseabilidad en el sujeto pasivo. Consecuentemente con lo anterior, el rechazo de la víctima no requiere una acción frontal y explícita de su parte, basta que se deduzca inequívocamente su no aceptación del contexto en que se produce el requerimiento, como puede ser no contestar las insinuaciones o bien, sin comunicarle su rechazo al acosador, comunicarle directamente los hechos al empleador o al sindicato.

4.2.3 *Persistencia*: solo habría acoso si conocido el rechazo se insiste a pesar de ello. Para que haya acoso debe existir un elemento de persecución, de insistencia, de acorralamiento, en consecuencia, la atención sexual se convierte en acoso sexual si es que continúa a pesar de que la víctima ha señalado claramente que la considera ofensiva.

4.2.4 *Elemento Locativo*: como nos encontramos frente al acoso sexual *en el trabajo*, algunos autores, como Claudio Palavecino, agregan un elemento de carácter *locativo* conforme al cual el comportamiento sexual debe desarrollarse en el ámbito de la organización y dirección del empresario de tal manera que *amenace o produzca repercusiones negativas para la situación laboral de la víctima*. Esto se debe a que el fenómeno del acoso puede tener lugar en otras esferas distintas de la relación de trabajo, tales como la universidad, en los medios de transporte o en la calle, e incluso entre trabajadores de una misma empresa. De esta forma las conductas sexuales o de índole sexual indeseadas por el sujeto pasivo, persistente en el tiempo y ejecutado por compañeros de trabajo no constituyen acoso sexual laboral si se producen fuera del ámbito espacial en que el empleador dirige y organiza los factores de producción. (2006: p. 5)

4.3 Tipos de Acoso Sexual.

En base a todos los conceptos anteriormente mencionados, especialmente a la Recomendación 92/131, y de acuerdo a lo señalado por la doctrina y el derecho comparado actualmente se reconocen los siguientes tipos o modalidades de acoso sexual;

4.3.1 *Acoso Sexual Vertical, Quid Pro Quo, de Chantaje⁹ o de Intercambio*: es aquel en que el sujeto activo del acoso condiciona el acceso al empleo, una condición laboral o la continuidad del empleo a la realización de un acto de contenido sexual. En este tipo de acoso sexual el sujeto activo es el empleador o superior jerárquico quien formula al acosado la exigencia de someterse a determinados requerimientos sexuales, con el objeto de mantener u obtener ciertos beneficios laborales, o bien para evitar que se le perjudique en tal sentido. En otras palabras, supone la solicitud de favores sexuales conectada a una promesa de mejora de las condiciones de trabajo del solicitado, si éste acepta, y/o a una amenaza de menoscabo de tales condiciones, o derechamente de despido, si aquél la rechaza. Implica, en consecuencia, la existencia de una relación jerárquica, de una relación desigual de poder entre victimario y víctima que haga verosímil la consecuencia laboral vinculada con la proposición sexual. Por superior jerárquico debe entenderse cualquier persona con poder suficiente para perjudicar formal o informalmente la situación laboral del acosado, debe tratarse de alguien capaz de poder proporcionar o eliminar un beneficio laboral, existiendo, por ende, un ejercicio abusivo del poder o de la autoridad en el ámbito laboral. Este tipo de acoso es también conocido como acoso sexual *coercitivo o jerárquico*.

Por su parte la profesora Ana María Mejías clasifica al acoso sexual desde dos puntos de vista;

Atendiendo a la forma.

a) *Chantaje explícito*: supone una proposición directa y expresa de solicitud sexual cuando no se prescinde de la voluntad del trabajador agredido, o bien, requerimiento sexual, también expreso, acompañado de compulsión física cuando se prescinde de la voluntad del trabajador agredido .

b) *Chantaje implícito, indirecto o tácito*: se produce cuando el trabajador nunca ha sido solicitado o requerido sexualmente, pero otros trabajadores de su mismo sexo, en idénticas o similares circunstancias profesionales, ascienden de categoría, mejoran sus salarios o reciben beneficios o mejoras laborales por

⁹ Como señala Antonio Bascañán “la utilización de la expresión “chantaje” no es apropiada para referirse a este tipo de acoso, ya que el chantaje es un caso especial de coerción mediante amenaza de revelar información confidencial para obtener un beneficio patrimonial. La víctima del chantaje debe pagar dinero para asegurar el silencio; en cambio, la víctima de acoso sexual coercitivo debe realizar un acto sexual para no sufrir un perjuicio relacionado con su actividad laboral”. (1997: p. 11)

aceptar condiciones de un chantaje sexual, lo que incita implícitamente a su aceptación. Este tipo de acoso sexual constituye una categoría distinta para otros autores¹⁰.

Atendiendo a sus efectos, se distingue:

a) *Chantaje sexual que implica pérdida de derechos*: el empresario o directivo cumple su amenaza si el trabajador no se somete a la condición sexual (no contrata, despide, no aumenta salario, etc.).

b) *Chantaje sexual sin pérdida de derechos laborales*: se da cuando, a pesar de la negativa del trabajador, el empresario o directivo no cumple su amenaza. (2001: p. 20)

4.3.2 *Acoso Sexual Horizontal o Ambiental*¹¹: es aquel que se manifiesta cuando el sujeto activo del acoso sexual crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador acosado, contrario al principio de igualdad de trato. En esta modalidad, a diferencia de la anterior, el agresor es un compañero, par o incluso un menor jerárquico del trabajador agredido, pero nunca superior jerárquicamente, el cual por lo mismo no posee poder laboral para afectar la situación laboral del acosado. Para determinar este ambiente hostil será necesario atender a las circunstancias particulares del caso concreto, evaluada desde la perspectiva de una persona razonable, sin que exista claramente un criterio absoluto para todos los casos. Sobre este punto la jurisprudencia norteamericana en el caso “Mentor con Vinson” señaló que la conducta del acosador debe ser lo suficientemente severa para crear en la evaluación de una persona razonable, un ambiente hostil de trabajo, por lo mismo, se excluirían de este tipo de acoso conductas que representan molestias para personas extremadamente sensibles como una invitación a cenar después del trabajo¹².

En esta modalidad no se requiere necesariamente una solicitud de favores sexuales, sino que se somete al trabajador ofendido a un ambiente laboral, que si bien no tienen un efecto inmediato en su relación de trabajo referente a su remuneración, permanencia o promoción, producen efectos indeseables en la víctima. Muchas veces tendrá la intención de anular, inhibir o derechamente expulsar al agredido del ámbito laboral en el que se desempeñan, y no solo obtener sumisión a sus requerimientos sexuales.

¹⁰ Jennifer Lambeth sostiene que esta categoría corresponde al Acoso Sexual Indirecto o Bystander que se analiza más adelante. (2009, p. 69)

¹¹ Esta clase de acoso sexual se infiere de la letra e) de la definición planteada por la Recomendación de la Comunidad Europea 92/131.

¹² Algunas posiciones feministas han sostenido que el acoso sexual ambiental se funda en el deseo de los hombres por explotar y dominar sexualmente a las mujeres, otras posiciones menos extremas señalan que este tipo de hostigamiento tiene por objeto crear un estatus de segunda clase para las mujeres y mantener los puestos mejor pagados como un dominio propio de los hombres. Al respecto véase Carolina Suazo (2000, p. 125).

Esta forma de hostigamiento suele ser vinculada con una forma más general de acoso, sin contenido sexual, llamada *mobbing*, acoso moral o prácticas de psicoterror laboral, entendido como “*una forma de intimidación y hostigamiento psicológico, en el puesto de trabajo, ejercida a través de comportamientos abusivos, agresivos y/o vejatorios repetidos, por parte de los superiores jerárquicos o los compañeros y/o compañeras*”. (Navarro, Calero, 2003: p. 2)

4.3.3 *Acoso Sexual Indirecto o “Bystander”*: en este caso el trabajador agredido, a consecuencia de una conducta de acoso sexual, obtiene promociones, aumentos de sueldo u otros beneficios laborales, en razón de haber accedido precisamente a los requerimientos sexuales de que era objeto, causándole con ello un perjuicio indirecto a una tercera persona, la cual no obstante ser un trabajador competente ve disminuidas o afectadas sus oportunidades laborales. También se ha considerado como conducta constitutiva de esta modalidad el que un trabajador sea promovido u obtenga beneficios laborales en razón de una relación amorosa, por sobre los méritos de un trabajador competente de la misma empresa el cual implícitamente se ve impulsado a la aceptación de requerimientos sexuales.

4.4 Concepto legal chileno.

Mucho antes de que la nueva ley de acoso sexual definiera este ilícito laboral, la Dirección del Trabajo conceptualizó y clasificó los comportamientos de índole sexual en la Orden de Servicio N° 8 de fecha 23 de julio de 1997, mediante la cual este Servicio establece procedimientos y criterios de fiscalización ante denuncias sobre acoso sexual en el trabajo y define a los funcionarios encargados de su implementación, señalando que el acoso sexual es “*un comportamiento de carácter sexual no deseado por la persona afectada, que incide negativamente en su situación laboral, provocándole un perjuicio*”, distinguiendo entre acoso sexual jerárquico y acoso sexual horizontal, según los conceptos anteriormente señalados.

Considerando la mencionada Orden de la Dirección del Trabajo, en la tramitación del proyecto de ley, inicialmente, el Ejecutivo decidió incluir el concepto de acoso sexual dentro de las causales de caducidad del contrato de trabajo que no dan derecho a indemnización, en el art. 160 del CT, definiendo al acoso sexual como “*un comportamiento de carácter sexual, no deseado por la persona a la que va dirigido y que le produzca o amenace con producirle un perjuicio en su situación laboral*”. Esta idea no prosperó ya que, por una parte, desde el punto de vista de la técnica legislativa, se estimó erróneo incluir una definición en un artículo que solo enumera las causales de caducidad sin entrar a explicar

ninguna de ellas, y, por otra parte, se consideró como una definición muy imprecisa y ambigua, no se precisaba por ejemplo en qué debía consistir este comportamiento de carácter sexual, o el perjuicio al que la definición hacía referencia (Matthei, 2005: p 4). Luego, basándose en el concepto delimitado por la OIT, se incluyó en el proyecto una definición más acabada, pero manteniéndola dentro del art. 160 N° 1 del CT, conforme al cual el hostigamiento sexual era "*un requerimiento unilateral, por cualquier medio, de carácter sexual, no deseado por la persona y que le produzca un perjuicio o amenaza en sus oportunidades en el empleo, en su situación o normal desenvolvimiento laboral*". Este concepto era más amplio en cuanto a la tipificación de la conducta antijurídica, comprendiendo las principales modalidades de acoso sexual ya analizadas, destacando, la relación de causalidad que debe existir entre el comportamiento constitutivo del acoso y sus repercusiones o efectos laborales.

Finalmente, este concepto también fue desechado, y el proyecto definitivo aprobado por el Congreso Nacional, mediante su art. 1°, incluyó el concepto de acoso sexual en el actual art. 2° del CT en los siguientes términos: "*Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal 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 este concepto definitivo adoptado por la ley podemos destacar tanto aspectos positivos como negativos que han sido objeto de controversia y críticas en la doctrina, y aplicación práctica y que serán analizados profundamente en el segundo capítulo de este trabajo.

5. Sujetos que Intervienen en el Acoso Sexual.

5.1 *Sujeto Activo*: para algunos (Palavecino, 2006: p. 7) el sujeto activo del acoso sexual solo podría ser un superior jerárquico del trabajador afectado en la relación laboral, sobre todo para aquellos que ven al acoso como un caso más de abuso de poder, lo que claramente restringiría la figura al denominado acoso jerárquico o vertical. Desde esta perspectiva, el sujeto activo puede ser no solo el empleador o el gerente, sino que también quien supervigila, informa, evalúa, distribuye beneficios, decide posiciones o simplemente quien tiene una situación más consolidada en la empresa.

Sin embargo, la mayoría de los autores (Lizama et al., 2005 p. 14) (Caamaño et al., 2005: p. 37) estiman que el sujeto activo puede ser cualquier persona cuyas conductas puedan ser calificadas de hostigamiento sexual, sin importar su jerarquía, cargo ni tampoco sexo. Para estos autores, el acoso no es necesariamente una clase de abuso de poder, sino que es más bien un hostigamiento lesivo de la dignidad de la persona que puede tener lugar entre sujetos ubicados en planos de igualdad de jerarquía, o incluso tener como sujeto activo a un trabajador de menor jerarquía que la víctima del acoso (acoso ambiental).

En cuanto al sexo del sujeto activo existe acuerdo en que puede tratarse tanto de un hombre como de una mujer, además, desde el punto de vista legal no existiría ninguna restricción al respecto, sobre todo en aplicación del principio de la igualdad ante la ley. No obstante que, estadísticamente, sean los hombres quienes mayoritariamente realizan este tipo de conductas. Sobre este punto existe acuerdo en nuestra doctrina, en cuanto a que la nueva ley sobre la materia no hace distinciones, ya que expresamente evita utilizar expresiones que indiquen un sexo determinado para el acosador¹³.

5.2 Sujeto Pasivo: el sujeto pasivo del acoso sexual es aquel en contra de quien va dirigida la propuesta de carácter o de índole sexual, no deseada por él, y que perjudica su situación laboral en la empresa. En principio, la víctima de acoso puede ser de cualquier sexo, de forma que puede recaer tanto en trabajadores varones como en mujeres, e incluso nada impide que víctima y victimario sean del mismo sexo, sobre este particular la ley tampoco hace distinción alguna¹⁴.

Como ya se señaló, generalmente el acoso sexual es ejercido por hombres contra las mujeres, ya que si bien también pueden ser víctimas de acoso los hombres, dada la situación laboral de las mujeres, éstas resultan más vulnerables ante las conductas de hostigamiento. El acoso sexual alcanza a las mujeres independientemente de su edad, apariencia física, su nivel de estudios, su categoría profesional o su situación civil, pudiendo ser víctimas del mismo; mujeres solas con responsabilidades familiares, (madres solteras, viudas, separadas, divorciadas), mujeres que acceden por primera vez a sectores profesionales o a categorías tradicionalmente masculinas y en las que las mujeres se encuentran

¹³ El artículo 2° del Código del Trabajo señala expresamente que acosador es "*el que una persona realice en forma indebida*" sin realizar ninguna otra especificación.

¹⁴ Acá el artículo 2° del Código del Trabajo señala que los requerimientos de carácter sexual son "...no consentidos *por quien los recibe...*"

subrepresentadas, mujeres jóvenes que acaban de conseguir su primer empleo, generalmente de carácter temporal o atípico¹⁵.

Por sectores de actividad, las mujeres trabajadoras, particularmente las empleadas en la economía informal, en las zonas francas industriales y las trabajadoras domésticas, son particularmente vulnerables a la explotación y al acoso. Los índices más altos se dan en el sector del comercio, en los hospitales y en los centros directivos de la administración¹⁶.

El perfil de la víctima evoluciona al igual que el mercado de trabajo, pudiéndose incluir últimamente a mujeres de minorías étnicas. Otro grupo vulnerable, pero a menor escala, es el compuesto por homosexuales jóvenes. (Mejías, 2001: p. 16)

¹⁵ Para más información sobre este particular véase: *Acoso Sexual en el Trabajo ¿Denunciar o Sufrir en Silencio? Análisis de denuncias* de la Dirección del Trabajo del año 2009

¹⁶ Según una encuesta realizada en Francia, la profesión y el estatus del empleo, particularmente cuando es precario, inciden en el riesgo de acoso sexual, siendo éste sensiblemente mayor entre mujeres jóvenes y solteras. Establece, asimismo, que existen categorías profesionales en donde las mujeres están más expuestas a manifestaciones de acoso sexual, como es el caso de las agentes de seguro, las mujeres policías y gendarmes, entre otras. Se trata, en general, de mujeres que han incursionado en empleos tradicionalmente reservados a los hombres, situaciones que se dan también entre conductores de grúas, mantenimiento de mercancías, técnicos de audiovisual, etc. El carácter mixto del trabajo, por el contrario, es un factor que contribuye a disminuir las conductas de acoso sexual. Así mismo, el estudio señala, que en algunas profesiones tradicionalmente femeninas, como enfermería, las mujeres estarían más expuestas a este tipo de comportamientos, lo que ratificaría el temor subyacente en el imaginario colectivo de las mujeres que realizan labores de cuidado y servicios, principalmente cuando desempeñan sus labores a domicilio. Los ataques y agresiones sexuales aumentan en mujeres que trabajan en turnos de noche y en aquellas que deben vestirse de una determinada forma o utilizar uniformes en donde se exige a menudo “poner en valor” los atributos físicos. Paradojalmente, los acosadores en este caso no suelen ser los clientes, a pesar de representar el foco de la seducción, sino quienes abusan de su poder son principalmente los superiores jerárquicos. ENVEFF: Encuesta telefónica realizada en Francia, año 2000, a una muestra de 6.970 mujeres de 20 a 59 años de edad, para indagar sobre la frecuencia de diferentes tipos de violencia interpersonales sufridas por la mujer en el marco de la pareja, familia, trabajo, lugares públicos y analizar las consecuencias de esta violencia en la salud física y mental, en la vida familiar y social, etc.

6. Consecuencias o Efectos del Acoso Sexual.

El acoso sexual produce costos sociales y humanos muy elevados, haciendo insoportable la vida a las víctimas en la mayoría de los casos. En razón de la gravedad de este ilícito laboral, el cual atenta en contra de derechos fundamentales del trabajador que lo padece, las consecuencias derivadas del mismo son, sin lugar a dudas, muy relevantes para el normal desenvolvimiento de las relaciones laborales y para la marcha de la empresa donde el acoso ha tenido lugar¹⁷. Ahora bien, estos efectos derivados de la materialización de una conducta de carácter sexual, son de diversa índole y gravedad, pudiendo impactar de diversa forma en una persona, dependiendo de sus particulares características, vulnerabilidad, fortaleza interna o estilos de respuesta ante la situación concreta.

6.1 El acoso sexual produce en la *Víctima* algunas de las siguientes consecuencias.

6.1.1 *De orden laboral.*

- a) Ausentismo laboral o intentos de evitar tareas (bajas por enfermedad y aumento de licencias médicas).
- b) Dificultad en el desempeño de su trabajo, disminuyendo su productividad.
- c) Crea un ambiente tenso y hostil que puede afectar a la salud de la persona e incluso a los trabajadores testigos de la conducta de acoso.
- d) Puede provocar incluso la pérdida o abandono del puesto de trabajo con la consiguiente pérdida de perspectivas de promoción, y muchas veces, de estabilidad en el empleo.

6.1.2 *De orden Social.*

En muchas ocasiones se tiende a culpabilizar a la víctima, las cuales a consecuencia de lo mismo temen ser despedidas, perder posibilidades de promoción, o verse obligadas a renunciar si es que se quejan, provocándoles la consiguiente pérdida de autoestima e incluso, a veces, el rechazo social hacia la propia víctima¹⁸.

¹⁷ El Código de Conducta anexionado en la Recomendación de 27 de noviembre de 1991 señala sobre este punto que: “El acoso sexual contamina el entorno laboral y puede tener un efecto devastador sobre la salud, la confianza, la moral y el rendimiento de las personas que lo padecen. La ansiedad y el estrés que produce el acoso sexual normalmente hace que las personas que lo sufren pidan bajas por enfermedad, sean menos eficaces en el trabajo o dejen su empleo para buscar otro. A menudo los trabajadores sufren, además de las consecuencias negativas del propio acoso, el perjuicio para sus perspectivas laborales a corto y a largo plazo que supone el verse obligados a cambiar de empleo. El acoso sexual también puede tener un efecto negativo sobre los trabajadores que no son objeto del mismo, pero que son testigos o saben de la existencia de dicho comportamiento indeseado”.

¹⁸ Investigaciones realizadas en la Universidad de Michigan, EEUU, establecieron que las mujeres que experimentaron más acoso sexual en el trabajo y discriminación de género, tenían una menor satisfacción profesional, además de una actitud negativa en relación al trabajo. La discriminación de género provoca en la trabajadora la percepción de ser menos

6.1.3 *De orden Psicológico y Físicos.*

- a) Surgen patologías como el estrés; ansiedad, depresión, estados de nerviosismo, desesperación, aversión, baja autoestima, etc.
- b) Se suelen producir trastornos de sueño, dolores de cabeza, náuseas, hipertensión, úlceras, etc.
- c) La víctima se suele sentir amenazada, humillada, tratada con condescendencia u hostigada, pudiendo llegar en el peor de los casos a un suicidio.

6.2 Por otra parte respecto del *Empleador* produce las siguientes consecuencias.

6.2.1 *De orden Laboral.*

- a) Absentismo laboral, descenso de productividad y de la motivación.
- b) Al aumentar el ausentismo y productividad de los trabajadores, el empleador debe asumir el mayor costo que ello implica, como el aumento de remuneraciones por la necesidad de disponer jornadas extraordinarias de trabajo, o bien al seleccionar y contratar a un nuevo trabajador o ante un eventual pago de indemnizaciones¹⁹.
- c) Enrarecimiento del clima laboral.

6.2.2 *De orden Psicológico.*

Nerviosismo, Estrés y Depresión.

considerada en el trabajo. Los ambientes laborales donde se toleran faltas de respeto, groserías y que en general carecen de un clima laboral amable entre los géneros, favorecen la aparición del acoso sexual. (Cortina, Wasti, 2005: p. 185)

¹⁹ En EE.UU, ignorar los problemas del acoso sexual puede llegar a costar a una gran empresa hasta US\$6,7 millones al año a causa de la escasa productividad, la baja moral, el absentismo laboral y los cambios continuos de personal, sin incluir los costes legales. Sexual harassment in the Fortune 500', Working Woman.

7. Regulación del Acoso Sexual en el Mundo.

A pesar de que, en esencia, el acoso sexual constituye una realidad de antigua data, cuyos primeros orígenes se remontan a la incorporación de la mujer al mercado laboral en los tiempos de la Revolución Industrial, la expresión *acoso sexual* es relativamente nueva, especialmente en lo que se refiere a su consagración legislativa. Este término aparece por primera vez en Estados Unidos en la década de los setenta manifestándose como una conducta de intromisión indeseada de los hombres en la vida de las mujeres, sin que aún se limitara a una conducta puramente sexual, refiriéndose más bien a ciertas prácticas y actitudes discriminatorias que infantilizaban o negaban valor a la mujer como profesional en el trabajo. Es en los años ochenta cuando esta figura adquiere el carácter de delito sancionable jurídicamente, a raíz de ciertos conflictos judiciales que produjeron gran impacto en la opinión pública principalmente en Estados Unidos²⁰, con lo cual comenzó una innovadora etapa de represión jurídica contra este ilícito en la mayoría de los países industrializados. Este reconocimiento internacional del acoso sexual fue paulatinamente concretándose en recomendaciones internacionales, programas, leyes y otras medidas significativas tendientes a erradicarlo²¹ y es así como en la actualidad más de 50 países alrededor del mundo han prohibido el acoso sexual en el lugar de trabajo, ya sea en leyes particulares o incorporándolas a sus respectivos códigos de trabajo²².

²⁰ Sobre este punto véase fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos del año 1986 en el caso Banco de Ahorro Meritor con Vinson.

²¹ A modo de ejemplo:

- El Convenio 111 de la OIT contra la discriminación en el empleo, aborda la cuestión del acoso sexual en el lugar de trabajo, que para las mujeres trabajadoras es una forma importante de discriminación.

- La Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), estipula que los Estados deben eliminar la discriminación contra las mujeres en el trabajo.

- La Conferencia de Naciones Unidas sobre la Mujer que tuvo lugar en Beijing en 1995 estableció una Plataforma de Acción definiendo objetivos y acciones para avanzar los derechos de la mujer, incluyendo la eliminación del acoso sexual en el trabajo.

- El 'Código de Conducta' adoptado por la UE en 1991 solicita a los Estados miembros que promuevan la sensibilización respecto al acoso sexual y tomen medidas para combatirlo, y en 2002 se adoptó una Directiva prohibiendo el acoso sexual.

- La Convención Inter-Americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer afirma que los Estados deben promover y proteger el derecho de la mujer a no sufrir violencia.

²² Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Bélgica, Belize, Benin, Brasil, Canadá, Corea, Costa Rica, Croacia, Chile, Dinamarca, Eslovaquia, España, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Guayana, Honduras, India, Irlanda, Islandia, Israel, Japón, Lesotho, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Marruecos, Mauricio, Namibia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, República Checa, República Dominicana, Rumania, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Tanzania, Uruguay y Venezuela.

8. Evolución en Chile.

Desde el retorno a la democracia en Chile fueron múltiples los proyectos de ley presentados al Congreso Nacional tendientes a adecuar el ordenamiento jurídico a los avances y a los nuevos estándares que en materia de derechos humanos se estaban produciendo en el derecho comparado, algunos de estos proyectos estaban dirigidos a reconocer de forma específica violaciones a tales derechos²³. Dentro de este contexto, en octubre de 1994 se presentó una moción en la Cámara de Diputados iniciándose la tramitación del Proyecto de Ley sobre Acoso Sexual, el cual tuvo por objeto determinar y sancionar las conductas de acoso sexual en el trabajo²⁴, para que luego de casi 11 años de tramitación parlamentaria, con las modificaciones e indicaciones introducidas tanto por el Ejecutivo como por la Cámara de Diputados y el Senado, fuera finalmente promulgada por el Presidente de la Republica con fecha 8 de marzo del año 2005 y publicada en el Diario Oficial el día 18 del mismo mes.

No obstante, antes de la aprobación de la ley 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual, ya se habían desarrollado ciertos avances en la materia, así por ejemplo la Dirección del Trabajo haciendo uso de sus facultades, realizó una serie de actuaciones dirigidas a sensibilizar y capacitar a los diferentes actores laborales frente a este problema, recibiendo denuncias de acoso sexual, creando los primeros registros al respecto y especializando a fiscalizadores para combatir el acoso sexual, dictándose el año 1997 la Orden del Servicio N° 8 donde se establecieron los criterios y procedimientos de fiscalización de las denuncias de acoso sexual, designándose además a los funcionarios encargados de su implementación.

Por su parte el Comité de Derechos Humanos en Chile, junto con el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ya en el año 1999 habían manifestado su preocupación por el elevado número de casos de hostigamiento sexual en el trabajo, recomendado que se dictara una ley que tipificara como delito dicha conducta, lo cual finalmente no hizo la ley 20.005, aunque el proyecto original sí establecía una sanción penal para esta figura, incorporándolo como una falta al art. 494 del Código Penal. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados

²³ En 1991 fue presentado el proyecto de ley que daría lugar, en 1994, a la llamada Ley de Violencia Intrafamiliar (N° 19.325); en 1992 se presenta el primer proyecto que “Establece derecho a indemnización por acoso sexual” (Boletín 583-07). Además, en mayo de 1990 se presentó el proyecto de ley que creó el Servicio Nacional de la Mujer (Ley N° 19.023). 2 Boletín N° 1419-07, de 24 de octubre de 1994, entre otros.

²⁴ El proyecto de ley original fue presentado por el Gobierno con el respaldo del Servicio Nacional de la Mujer y del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, contenido en el Boletín N° 1419-07 de fecha 29 de mayo de 1995, teniendo como origen a la Cámara de Diputados y como autores a los diputados Aguiló, Letelier, Pollarolo, Cristi, Silva, Ascencio, Prochelle, Errázuriz, De la Maza y Elizalde.

finalmente concluyó que no había sido posible establecer tal tipificación, y que la conducta debía describirse, tipificarse y sancionarse solo en el ámbito laboral.

Aunque en el ámbito doctrinal, antes de la ya mencionada ley, la figura del acoso sexual laboral no había recibido un desarrollo acabado en nuestro país, en el plano judicial sí se había producido un gran avance, que tuvo lugar con motivo de una resolución de la Corte Suprema del 9 de abril del 2003, en el caso “RIVERI con FUCOA”, donde la Corte sancionó a un empleador al pago de una indemnización por término de contrato porque éste no adoptó las medidas necesarias para impedir que una trabajadora fuera víctima de acoso sexual por parte de un superior jerárquico, lo que la obligó finalmente a autodespedirse²⁵.

No obstante este adelanto jurisprudencial, Chile viene a incorporarse tardíamente a la represión judicial (sanción/condena) del acoso sexual en el trabajo. Esta sentencia, dictada 20 años después de las primeras resoluciones norteamericanas al respecto, sumada a una escasísima jurisprudencia nacional sobre la materia, vino también a justificar la necesidad de contar con una norma específica que sancionara este ilícito.

De esta forma la ley 20.005 tuvo como propósito adecuar nuestra legislación a los estándares internacionales adoptados por los países más desarrollados a nivel mundial, y dotar a nuestro ordenamiento laboral de un marco regulatorio específico de este problema, teniendo como principal fundamento el respeto y protección al trabajador, a su dignidad y al libre ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de trabajo, lo cual constituye sin duda una de las más importantes objetivos del Derecho del Trabajo en nuestros tiempos y que se materializa en una exigencia concreta a la empresa, tal como se desprende de la nueva redacción del artículo 153 del Código del Trabajo, al imponerle al empleador la creación de un “*ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores*”²⁶.

²⁵ Para más información véase causa Rol N° 2.704-2002 “Riveri con FUCOA”.

²⁶ En Chile, desde hace algún tiempo se ha sostenido la plena vigencia de los derechos fundamentales o garantías constitucionales en el ámbito de las relaciones laborales, no en razón de su incorporación por parte de la ley, sino simplemente por el llamado “efecto horizontal” de los derechos constitucionales, principio reconocido en nuestra ley fundamental, en los artículos 6° y 7°, mediante el nombre de “principio de vinculación directa de la Constitución”, que lo hace plenamente aplicable en toda relación entre particulares. Al respecto véase: “*El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile*”. Gonzalo Aguilar y Cristian Contreras. Revista Ius et Praxis, 13 (1): 205 - 243, 2007, Versión Online.

Capítulo II: Análisis Crítico de la ley 20.005 sobre Acoso Sexual en Chile.

1. Descripción General de la Ley.

El 18 de marzo de 2005 aparece publicada la ley N° 20.005, que tipifica y sanciona el acoso sexual laboral, calificándolo como una conducta *contraria a la dignidad de la persona*, formando parte del proceso de reconocimiento progresivo de los derechos fundamentales de las personas en el ámbito laboral del ordenamiento jurídico.

La indicada ley ha establecido una serie de obligaciones para el empleador tendientes a prevenir la comisión de este ilícito en el lugar de trabajo, como el deber de incorporar al Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad *“las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”* (art. 153 inc. 2° del CT); agregando que este Reglamento contendrá *“el procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual”* (art. 154 del CT). Asimismo, agrega a las *“conductas de acoso sexual”* como nueva causal de despido disciplinario, cuando es el trabajador el sujeto activo del acoso y, de despido indirecto, cuando se trata del empleador (art. 168, letra b, y 171 inc. 2° CT), pudiendo el trabajador, en el caso del despido indirecto, reclamar del empleador *“las otras indemnizaciones a que tenga derecho”* (art. 173 inc. 3° CT), o bien, haciendo responsable al trabajador denunciante de los perjuicios que cause al afectado si *“hubiese invocado la causal de acoso sexual falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada”* (art. 171, inc. final, CT).

Además, introduce en el Título IV del Libro II del CT un Procedimiento de Investigación y Sanción del acoso sexual y, finalmente, hace extensiva la figura del acoso sexual al sector público y municipal, agregando algunas modificaciones al Estatuto Administrativo y al Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

2. Conducta Regulada.

Compartiendo lo señalado por autores como Jennifer Lambeth, para poder hablar de efectiva protección y consagración legislativa del acoso sexual, se debe necesariamente contemplar en la ley los elementos esenciales tanto de la figura del *acoso sexual quid pro quo* como del *acoso sexual ambiental* (2009: p. 69), ya que representan la dinámica fundamental que explica y genera las conductas del hostigamiento sexual y, consecuentemente con lo anterior, su defectuosa o incompleta regulación puede acarrear graves problemas de aplicación práctica. Ahora bien, nuestra ley solo da una definición genérica de acoso sexual, en el art. 2° del CT, sin establecer una clasificación expresa del mismo, ni aclarando a qué tipo o tipos de acoso se refiere en específico, en los siguientes términos: *"las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal 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"*.

En primer término, teniendo a la vista que el tipo legal exige un resultado específico que se traduce en que los requerimientos sexuales importen una amenaza o perjuicio en la situación laboral u oportunidades en el empleo de la víctima, autores como Claudio Palavecino afirman que solo se estaría consagrando el acoso sexual vertical, ya que tales perjuicios laborales no son exigibles respecto del acoso sexual horizontal, en donde el agresor, precisamente por no tener el poder para causar tales perjuicios, opta por lesionar a la víctima de otra forma, con lo cual además la figura exigiría la existencia de un sujeto activo idóneo para producir tales consecuencias, es decir, un sujeto activo calificado, a saber; el empleador, sus representantes en la empresa o un superior jerárquico del trabajador agredido, y no entonces, por cualquier trabajador (2006: p. 7). Esta opinión se ve reforzada al no incluirse como elementos constitutivos en la definición legal, la creación de un ambiente laboral hostil, humillante u ofensivo o una referencia a los perjuicios causados a la salud del trabajador como consecuencia del asedio sexual, efectos estrechamente vinculados al acoso sexual ambiental, omisión que por lo demás no es casual sino que intencional como se desprende de la historia de la ley²⁷.

No obstante esta doctrina, que deja en principio como conducta atípica el acoso sexual cometido entre pares o incluso por un inferior jerárquico, la opinión mayoritaria sostenida por los autores (Lizama

²⁷ Así se desprende del Segundo Informe Complementario de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, Boletín N° 1.419-07 donde el senador Viera Gallo destaca la importancia de excluir elementos subjetivos de difícil manejo y apreciación a la reglamentación del acoso.

et al, 2005: p. 14; Caamaño et al, 2005: p. 36) e incluso por la Dirección del Trabajo²⁸ es que la norma también incluye el acoso sexual horizontal, inclusión que se logra mediante la aclaración o complementación interpretativa de la ley por parte de la Dirección, al señalar que se configura la conducta de acoso sexual también cuando se pone en riesgo la situación laboral u oportunidades en el empleo del trabajador, por la creación de un ambiente hostil y ofensivo de trabajo. Incluso Palavecino, hace un esfuerzo hermenéutico por ampliar la extensión del tipo legal a otros sujetos activos distintos del empleador o superior jerárquico, en base al art. 160 N° 1 letra b) del CT, que sanciona con la figura del despido disciplinario al trabajador que incurre en conductas de acoso sexual, lo que demuestra que estas conductas pueden ser realizadas por los trabajadores (2006: p. 8). Sin embargo, al confrontar esta interpretación y también la ofrecida por la Dirección del Trabajo, con la definición del art. 2° volvemos al mismo problema inicial, ya que sigue siendo necesario que el sujeto activo, aun creando un ambiente hostil u ofensivo, sea capaz de generar una amenaza a la situación laboral del trabajador, debiendo establecerse una forma específica de perjuicio laboral que afecte a la víctima, como consecuencia de la creación de dicho ambiente laboral, situación que, al igual que al principio, es muy difícil de concretar, ya que el agresor trabajador no posee el poder de influir de manera concreta en estos aspectos produciendo tal perjuicio o amenaza.

Para salvar este vicio se ha entendido²⁹ que el resultado del perjuicio en la situación laboral de la víctima se produce también a través de un hostigamiento lesivo reiterado que afecta la dignidad del acosado, el que puede incluso configurarse entre sujetos ubicados en planos de igualdad jerárquica, produciendo un sentimiento de incomodidad en la víctima, y deteriorando con ello su situación laboral en sentido amplio, en otras palabras la creación de un ambiente laboral hostil, humillante o denigrante constituiría en sí mismo un perjuicio laboral, de esta forma si tendría cabida el acoso sexual ambiental en nuestra legislación laboral³⁰.

²⁸ El Dictamen N° 1133/36 del 21/03/2005 fija sentido y alcance de las normas contenidas en la Ley N° 20.005 en la cual la Dirección sostiene que “existe acoso sexual, según lo dispuesto por la norma legal recién citada, cuando una persona, ya sea el empleador u otro trabajador, efectúa o solicita requerimientos de naturaleza sexual al afectado...”. “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.”

²⁹ En este punto coinciden Palavecino (2006: p. 8) Lizama, Ugarte (2005: p.17) y la Dirección del Trabajo (Dictamen N° 1133/36 de 21 de marzo de 2005)

³⁰ El art. 153 refuerza esta idea al establecer que el deber del empleador no es sólo evitar requerimientos sexuales, sino también “*garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores*”.

No obstante este déficit legislativo, la aplicación práctica de la ley, en especial el deber de protección impuesto al empleador en el art. 184 del CT, le ha dado cierta operatividad a la figura del acoso sexual ambiental, ya que el empleador, o bien la Inspección del Trabajo, deben responder frente a las denuncias de acoso sexual, independientemente de quien sea el autor del acoso, sea un superior, par o inferior jerárquico, debiendo siempre proceder sin poder excusarse por falta de tipicidad frente a una determinada situación práctica³¹. Además, se puede sostener (Lambeth, 2009: p. 74) que la amplitud de la definición se debe precisamente a la intención positiva del legislador de consagrar ambas modalidades de acoso sexual, intención que si bien no se logra adecuadamente en el concepto, sí emana claramente de la historia fidedigna³² de la ley 20.005 y de la interpretación armónica del resto de sus preceptos.

En una posición más radical autores como Patricio Jiménez afirman que el concepto legal es lo suficientemente amplio para abarcar todos los tipos de acoso sexual, pudiendo ser sujeto activo un inferior jerárquico e incluso un tercero que si bien no se relaciona con la empresa sí queda dentro de su ámbito de acción, esto porque el concepto legal no exige expresamente que exista una relación de jerarquía entre víctima y victimario, sin distinguir la persona del afectado por el acoso, por lo que podría ser perfectamente el empleador. Por otra parte, aun cuando el Código del Trabajo sólo regula las relaciones entre empleador y trabajador y no entre compañeros de trabajo o respecto de terceros, al establecer la obligación del empleador de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, se extiende esta obligación respecto de factores externos que perjudiquen la salud del trabajador al desarrollar el trabajo encomendado³³. (Caamaño et al., 2005: p. 82)

Relacionado con lo anterior, otro punto de conflicto que presenta el concepto legal es que el acoso sexual se concreta en torno a la realización de “*requerimientos de carácter sexual*” entendiéndose esta expresión como pedir, solicitar o exigir participación en actividades de índole lascivo (Lambeth, 2009: p.72) no limitándose a conductas físicas, sino que al agregar la expresión “*por cualquier medio*” se incluyen conductas verbales e incluso no verbales. Sin embargo, deja de lado aquellas conductas no vinculadas a un requerimiento, es decir, que no impliquen una imposición o exigencia para someterse a participar en actividades de índole sexual, como aquellos comportamientos de carácter sexual cuyo

³¹ Según estadísticas de la Dirección del Trabajo al 30 de Junio del 2007, de un total de 184 denuncias de acoso sexual a nivel nacional, 69 correspondían a agresores calificados de “par” por la víctima. Fuente: www.contraelacososexual.blogspot.com.

³² “...el acoso sexual no se produce solo entre empleador y trabajador, sino entre trabajadores; es decir, se da el acoso sexual horizontal...” intervención de la Sra. Adriana Muñoz, Boletín N° 1.419-07 Diario de Sesiones de la cámara de Diputados, Sesión 12, Legislatura 343.

³³ Esta situación podría darse en el caso de un cliente que acosa sexualmente a uno de los trabajadores de la empresa, por ejemplo: un vendedor en terreno que visita clientes.

objeto sea solo humillar o inhibir al acosado, sin efectuarle una petición concreta, situación que se torna especialmente probable, precisamente, en el acoso sexual ambiental. De esta forma, como señala Palavecino, el hecho de que un trabajador se enfrente, contra su voluntad, a un ambiente laboral cargado de obscenidad verbal o gráfica no configuraría acoso sexual en Chile, esto porque la mera obscenidad, como la realización de actos de exhibicionismo, las expresiones o gestos soeces reiterados contra la víctima, etc., si no implican una invitación dirigida a quien los padece de satisfacer un deseo sexual, no cumplen con el tipo legal, tornando atípicas gran parte de las conductas que configuran el acoso sexual ambiental. (Palavecino, 2005: p. 8)

Otra crítica que se puede realizar sobre este punto a la ley, es que no se contempla la posibilidad de que el acoso implique el ofrecimiento de un beneficio, y no un perjuicio, para el acosado, si este accede al requerimiento.

3. Bien Jurídico Protegido.

Como lo reconoce la ley, el acoso sexual constituye un atentado grave contra la *dignidad de las personas*, debiendo fundarse toda relación laboral en un trato compatible con esta dignidad. De esta forma, siendo la dignidad humana un valor intrínseco, supremo, que tiene todo ser humano, independientemente de su situación económica, social y cultural, así como de sus creencias o formas de pensar y, por ende, fundamento de todo derecho reconocido al hombre, y que se encuentra consagrado tanto Constitucionalmente como en Tratados Internacionales³⁴.

El acoso sexual representa un ilícito pluriofensivo, que lesiona diversos derechos de rango constitucional de la víctima, derivados del respeto a su dignidad como ser humano, tales como la integridad física y síquica, la no discriminación, la intimidad o libertad sexual, e incluso el derecho a la vida. De esta forma las conductas de acoso sexual se transforman en uno de los comportamientos antijurídicos más graves al atentar directamente en contra de la esencia del ser humano como tal³⁵.

³⁴ El artículo 1° inciso 1° de la CPR dispone expresamente que: "*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*" en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*".

³⁵ En este sentido la ley no solo tipifica y sanciona el acoso sexual en el Código del Trabajo sino que además en el Estatuto Administrativo (ley 18.834) y en el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (ley 18.883), reforzando además el deber general de protección del empleador en el ámbito privado (art. 184 CT), al tener éste que asegurar un ambiente labo-

El acoso sexual lesiona, en primer lugar, *el derecho a la intimidad*³⁶, entendiéndose en un sentido amplio como aquel derecho en virtud del cual se excluye a todas o determinadas personas del conocimiento de nuestros pensamientos, sentimientos, sensaciones y emociones (Caamaño et al., 2005: p. 30). Claramente el acoso sexual es una invasión indeseada a esta esfera esencialmente privada y reservada de la víctima como lo es su sexualidad. En este sentido el derecho a determinar con quién y cuándo se desarrolla la sexualidad, es decir, *la libertad sexual*, o intimidad decisoria de la persona y que forma parte de este espacio íntimo individual, también se ve claramente afectado por los requerimientos de índole sexual, ya que el acosador persigue, por medio de su hostigamiento, doblegar la voluntad del acosado y determinarla a realizar o tolerar una conducta indeseada. Sobre este punto, cabe mencionar la opinión de Palavecino, para quien el acoso, tal como lo tipifica la ley, solo atentaría en contra de la libertad sexual ya que la acción típica consiste en realizar “*requerimientos de carácter sexual*” no consentidos por su destinatario, sin que pueda extraerse de la norma la protección a los demás bienes jurídicos que se señalan más adelante. (Palavecino, 2006: p. 7)

Por otra parte el acoso sexual puede afectar *el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica* de las personas, consagrado en el art. 19 N°1 de la CPR, al producir efectos nocivos tanto psicológicos como físicos a la víctima, pudiendo llegar, en los casos más extremos a depresión, ansiedad, lesiones corporales e incluso el suicidio, como se analizó en el primer capítulo. Este derecho en el ámbito laboral se materializa en el deber de protección impuesto al empleador en el art. 184 CT, que establece que: “*...el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores...*”.

Finalmente, el acoso sexual vulnera *el derecho a la no discriminación*³⁷ el cual protege al trabajador frente a diferenciaciones, exclusiones o preferencias en la ocupación, basadas en consideraciones arbitrarias y que no digan relación con su capacidad o idoneidad para un cargo determinado. En efecto, el acoso sexual laboral, en la práctica, como se analizó anteriormente, afecta mayoritariamente a las mujeres constituyendo el sexo uno de los criterios más frecuentes de

ral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores de la empresa. Por ende, tanto el sector público como el sector privado, deben constituirse como garantes del respeto de la dignidad de las mujeres y de los hombres en el plano laboral.

³⁶ En Chile, este derecho se infiere del art. 19 N° 4 de la CPR, conforme al cual, se asegura a todas las personas “*el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona de y de su familia*”.

³⁷ Consagrado en el Art. 19 N° 16 CPR: “*Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos*”. En concordancia con el art. 2 del Código del Trabajo.

diferenciaciones arbitrarias en el ámbito laboral. De esta forma el acoso sexual es una discriminación sexual, porque el sexo de la persona afectada es el factor que determina quién es objeto del acoso³⁸.

Ahora bien, no obstante esta relación entre acoso sexual y discriminación laboral, estas figuras no deben confundirse, ya que se trata de ilícitos con conceptos y efectos jurídicos diversos y no necesariamente el hostigamiento sexual constituirá un caso de discriminación por razones de sexo³⁹, ya que de confundirse se corre el riesgo de limitar las posibilidades de resarcimiento para la víctima por la vulneración de sus derechos fundamentales. En este sentido, en una posición más radical, la autora Hedy Matthei sostiene que *“el acoso sexual no puede ser una forma de discriminación, ya que no hay un trato desfavorable por pertenecer a una determinada categoría de personas, ni tampoco hay reconocimiento, el acoso sexual debe entenderse, más bien, como un atentado contra la dignidad del trabajador.”*(Matthei, 2005: p.4)

Sin perjuicio de lo anterior el grado de vulneración y afectación de estos bienes jurídicos será diverso según sean las particulares características del caso concreto, no pudiendo establecerse criterios de carácter general sobre esta materia.

4. Obligaciones del Empleador frente al Acoso Sexual.

La ley en análisis ha establecido a favor del trabajador un derecho subjetivo de protección contra el acoso sexual, derivado del mandato general establecido en el art. 184 del CT, que se hace exigible a la figura del empleador, y que se traduce en términos prácticos en la imposición de ciertas obligaciones de prevención frente a este ilícito, convirtiéndolo en garante de un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre sus dependientes, compatible con la dignidad de las personas y de la construcción de un esquema organizativo que permita detectar y precaver conductas de acoso sexual. Se trata de un riesgo que la empresa debe asumir, objetivando un tipo de prevención, información y capacitación a sus dependientes, así como el establecimiento de los mecanismos que importen el cese de esos ilícitos, en su

³⁸ Para profundizar en el tema de la discriminación laboral por razones de sexo en Chile véase: *“Desafíos para la igualdad en el trabajo: Chile”*, 2007 OIT; Convenio N° 111 y Recomendación N° 111 de la OIT ambos de 1958; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer publicada en el Diario Oficial el 9 de diciembre de 1989 (CEDAW, por sus siglas en inglés).

³⁹ En este sentido el proyecto original de la ley pretendía relacionar directamente ambos ilícitos al agregar al art. 2° del CT la frase: *“Se considerarán discriminación las conductas de acoso sexual”*, esta idea fue rechazada puesto que traía aparejado el riesgo de que se perdiera de vista que los comportamientos de hostigamiento sexual también pueden lesionar otras garantías constitucionales, las que, atendidas las particularidades del caso concreto, pueden representar un bien jurídico más específico y directo que el amparado por la prohibición de discriminación. (Caamaño et al., 2005: p. 23)

caso. No obstante este importante mandato legal ya con anterioridad a la ley 20.005, la jurisprudencia judicial había establecido la obligación del empleador de tutelar la salud del trabajador, que incluía la de resolver las situaciones de acoso sexual⁴⁰.

Estas obligaciones son las siguientes;

4.1 *Mantener un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores*: incorporando para ello, normas preventivas contra el acoso sexual en el Reglamento Interno de Higiene Orden y Seguridad, y así evitar la creación de un ambiente hostil y humillante para el trabajador en razón de su sexo, conforme lo establece la nueva redacción del inciso 2° del art. 153 del CT, al disponer que en dicho Reglamento “*especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores*”⁴¹, siendo la Dirección del Trabajo la encargada de velar por el cumplimiento de esta obligación⁴². Esta obligación de prevención se traduce en la adopción en el Reglamento, por una parte, de medidas normativas dirigidas a regular la política de prevención y sanción del acoso sexual, pudiendo señalar a modo de declaración de principios, el respeto a la dignidad del trabajador y la nula tolerancia a las conductas de acoso sexual, asimismo podrá establecer en términos generales las hipótesis que configuran el ilícito laboral, y en segundo término, medidas de formación destinadas a capacitar a los trabajadores, y a los mandos medios, para que comprendan el problema del acoso sexual en la empresa y estén conscientes de las políticas y medidas preventivas⁴³.

4.2 *Incorporar la regulación del procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicaran en caso de denuncias por acoso sexual en el respectivo Reglamento*⁴⁴:

⁴⁰ Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 3.03.2003, Rol N° 773-02, confirmada por la Sentencia de la Corte Suprema, de 9.04.2003, Rol N° 2.704-02. “La Semana Jurídica N° 129, semana 28 de abril al 4 de mayo de 2003”, p. 13

⁴¹ El artículo 153 del Código del Trabajo señala que las empresas que tienen 10 o más trabajadores deben tener un Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad que contemple las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento.

⁴² Es precisamente esta obligación la que refuerza la posición de aquellos autores que sostienen que la ley laboral chilena también ha prohibido expresamente el acoso sexual ambiental. (Lizama et al., 2005: p. 20)

⁴³ La Comisión Europea ha proporcionado una orientación a los empresarios para prevenir cualquier tipo de acoso y garantizar una aplicación rápida del procedimiento destinado a resolver el problema, a través de un Código Práctico de Conducta para Combatir el Acoso Sexual en la Empresa. Comisión Europea. Diario Oficial L 49 del 24.02.1992.

⁴⁴ Como la ley sobre acoso sexual entró en vigencia desde la fecha de su publicación, aquellas empresas que ya contaban con Reglamento Interno de Higiene y Seguridad se vieron obligadas a introducir en ellos las modificaciones correspondientes en forma inmediata de acuerdo a las formalidades señaladas en el art. 156 del CT, y así evitar la aplicación de multas administrativas de acuerdo a los artículos 153 y 154 del CT y la aplicación de los incrementos a las indemnizaciones previstos en los artículos 168 y 171. En el caso de empleadores que no tengan obligación de contar con un Reglamento Interno, en principio no están obligados a contar con normas sobre acoso sexual en los términos precedentemente señalados. Sin

Conforme lo estipula el actual N°12 del art. 154 del CT, el cual establece el contenido mínimo del mismo. De esta forma el contenido mínimo del Reglamento Interno en materia formal sería el siguiente;

- El procedimiento al que se someterán las denuncias de acoso sexual, debiendo adecuarse a las condiciones mínimas de resguardo, formalidades y plazos exigidos en el Título IV del Libro II del CT, procedimiento que debe garantizar la resolución de las denuncias de acoso de manera eficaz y efectiva.
- Las medidas de resguardo que se aplicarán por la empresa en caso de denuncias por acoso sexual para garantizar los derechos de los involucrados, en conformidad al art. 211-B.
- Las sanciones que se aplicarán en caso de probarse la conducta de acoso sexual. debiendo ajustarse a aquellas permitidas por la ley en conformidad al art. 154 N°10 del CT⁴⁵.

Debe aclararse sobre este punto que con estas normas no se otorgan facultades de tipo jurisdiccional al empleador, sino sólo las pautas para limitar, en la medida de lo posible, los perjuicios provenientes de este tipo de problemas al interior de la empresa, tanto para la víctima como para el resto de los trabajadores, ya que de lo contrario la norma sería claramente inconstitucional.

En opinión de Lizama y Ugarte esta obligación legal se fundamenta en el ejercicio de las potestades de dirección, variación y disciplinaria del empleador, agregando que: *“la potestad de dirección le permitirá al empleador incluir las estipulaciones mínimas al Reglamento Interno que prevengan las conductas constitutivas de acoso sexual dentro de la empresa. A su vez, la potestad de variación hará posible que el empleador adopte las medidas de resguardo de la víctima durante la investigación de acoso sexual porque necesariamente modificará unilateralmente las condiciones contractuales, por ejemplo: al alterar el sitio o recinto en que el trabajador debe prestar sus servicios, o bien, cambiar el horario laboral. Por último, el ejercicio de la potestad disciplinaria se manifestará en la aplicación de las sanciones que el empleador podrá imponer al trabajador responsable de conductas constitutivas de acoso sexual”*. (2005: p. 28)

perjuicio de lo anterior, nada impide que el empleador decida contar con normas de prevención y sanción del acoso sexual, mediante la dictación del respectivo Reglamento, aprovechándose de ese modo de la norma de no recargo indemnizatorio prevista en el inciso tercero del artículo 168 del Código del Trabajo. En el caso de que un empleador que no tiene obligación de tener reglamento interno de orden, higiene y seguridad reciba una denuncia de acoso sexual, y no tenga reguladas normas sobre acoso sexual, deberá inmediatamente remitirla a la Inspección del Trabajo respectiva, para que esta autoridad administrativa dé curso al procedimiento de investigación respectiva.

⁴⁵ Amonestación verbal, por escrito o multa de hasta el 25 % de la remuneración diaria.

Al incorporarse la obligación de regular el procedimiento a través del Reglamento Interno, se planteó la situación de las pequeñas empresas (especialmente pymes o respecto trabajadoras de casa particular) que no tienen obligación de confeccionar un Reglamento o que no tienen amplitudes ambientales diferenciadas que posibiliten tomar medidas tales como la separación de los espacios físicos o redistribución del tiempo de jornada que comparten los trabajadores involucrados en la denuncia. (Caamaño et al., 2005: p.59) Fue así que, para solucionar este problema, que se agregó al Código del Trabajo el nuevo Título IV del Libro II, que regula la investigación y sanción del acoso sexual, permitiéndose así la aplicación de esta normativa legal a este tipo de empresas “pequeñas” y no dejar restringida la denuncia de los hechos a las empresas que cuenten con reglamento interno, pudiendo recurrir el afectado directamente ante la Inspección del Trabajo.

4.3 Comunicar a la Inspección del Trabajo la denuncia de acoso sexual que hubiere recibido, o en su caso, las conclusiones de la investigación interna que hubiera efectuado.

Todas estas obligaciones se ven reforzadas por las normas sobre procedimiento que introduce la ley en los artículos 211-A y siguientes del CT, de modo que el empleador no solo tendrá responsabilidad por su participación activa en las conductas de hostigamiento sexual, sino que también por la omisión en el cumplimiento de estas obligaciones de prevención, protección, denuncia y represión del acoso dentro del ámbito espacial que el organiza y dirige, mientras que, por el contrario, el debido cumplimiento de las mismas le significará ciertas ventajas.. En efecto, conforme a lo dispuesto por el actual inciso 3° del art. 163, el hecho de que el empleador cumpla con su obligación en los términos del art. 153 inciso 2° y Título IV del Libro II, es decir, estipular normas que garanticen un ambiente laboral digno y de mutuo respeto, y además aplicar el procedimiento de investigación y sanción establecido en la ley, tiene consecuencias favorables para él, ya que en el caso que el empleador opte por el despido del trabajador al que se imputa el ilícito, no estará afecto al recargo de la indemnización a que hubiere lugar, en caso de que tal despido sea declarado injusto (aumento de la letra b) del inciso 1° del artículo 168), indebido (aumento de la letra c) del inciso 1° del artículo 168) o improcedente (aumento de la letra a) del inciso 1° del artículo 168.

La norma atenúa la responsabilidad del empleador ya que reconoce la posibilidad de que este se haya equivocado al despedir al trabajador, sobre todo si lo hizo con el mérito de los hechos y conclusiones del informe elaborado por la Inspección del Trabajo y que justificaban el despido, pero que luego son desvirtuadas en sede judicial por el trabajador despedido. Ahora bien, no obstante que se

justifica esta atenuación legal de responsabilidad del empleador, existe el riesgo de que la norma estimule fraudes por colusión entre un empleador y uno o varios trabajadores para despedir a otro, es decir, que la imputación de conductas de acoso sexual se utilice como una estrategia de mobbing o acoso psíquico laboral.

Por otra parte, en el caso de acogerse el despido indirecto ejercido por la víctima en contra del empleador, según el inciso 3° del art. 171, si el empleador ha observado el procedimiento establecido en la ley, no responderá en los términos del inciso 1° y 2° del art. 171, es decir tampoco se le aplicará el aumento porcentual de las indemnizaciones por termino de contrato⁴⁶.

Desde este punto de vista la ley busca estimular la aplicación, previa al despido del trabajador, del procedimiento establecido en el Reglamento y en el nuevo Título IV del Libro II, es un incentivo pro-investigación de las denuncias de acoso sexual dirigido al empleador⁴⁷.

En definitiva, no basta, para el empleador, estipular la normativa interna en el respectivo Reglamento, sino que además debe dar cumplimiento de la misma normativa y del procedimiento legal, para entender que ha cumplido plenamente con sus obligaciones en materia de acoso sexual. Por el contrario, si el empleador no cumple con estas obligaciones laborales, además de verse expuesto a estos recargos indemnizatorios, se le aplicará la sanción administrativa correspondiente por incumplimiento de las normas del Código del Trabajo.

⁴⁶ Art. 171: “Si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 ó 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 162, y en los incisos primero o segundo del artículo 163, según corresponda, aumentada en un cincuenta por ciento en el caso de la causal del número 7; en el caso de las causales de los números 1 y 5, la indemnización podrá ser aumentada hasta en un ochenta por ciento.

Tratándose de la aplicación de las causales de las letras a) y b) del número 1 del artículo 160, el trabajador afectado podrá reclamar del empleador, simultáneamente con el ejercicio de la acción que concede el inciso anterior, las otras indemnizaciones a que tenga derecho.

Cuando el empleador no hubiera observado el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II, responderá en conformidad a los incisos primero y segundo precedentes...”

⁴⁷ Como señalan Lizama y Ugarte “Este incentivo opera como un instrumento del análisis económico del derecho, cuyo presupuesto es la idea que el empleador se comportará racionalmente –en términos económicos– y que maximizará su propio interés. Esto es, preferirá ceñirse al procedimiento previsto en la ley para investigar las conductas de acoso sexual denunciadas, en vez de arriesgarse a que el juez lo obligue a pagar las indemnizaciones por término del contrato de trabajo (años de servicio y sustitutiva del aviso previo en su caso) con los recargos que la ley prevé en caso de declarar el despido injusto, indebido, improcedente o carente de motivo plausible, o bien, acoja la demanda por autodespido.” (Lizama et al., 2005: p. 24)

5. Procedimiento de Investigación y Sanción del Acoso Sexual.

Como se señaló anteriormente el empleador debe regular en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad el procedimiento para la investigación de denuncias de acoso sexual, debiendo ceñirse para estos efectos a las exigencias establecidas el Título IV del Libro II del Código del Trabajo denominado “De la Investigación y Sanción del Acoso Sexual”, donde el legislador reguló con mayor detalle el procedimiento legal al que deben sujetarse las denuncias por acoso sexual en el ámbito laboral. Este procedimiento establecido en la ley, como aquel dispuesto en el reglamento interno, distinguen a lo menos las siguientes etapas;

5.1 *Etapa de denuncia*: el procedimiento establecido por la ley se inicia con una denuncia escrita, presentada por la persona afectada o por el sindicato al cual se encuentra afiliado⁴⁸, la que puede ser interpuesta ante su empleador⁴⁹ o directamente ante la Inspección del Trabajo del domicilio del empleador. Esta posibilidad de denunciar directamente ante la autoridad administrativa cobra vital importancia tratándose de empresas pequeñas o de trabajadoras de casa particular.

Sobre este punto surge un aspecto controversial que se presenta cuando quien ejerce el acoso sexual es el propio empleador. Si bien la ley permite al acosado formular la denuncia no al interior de la empresa, sino directamente ante las autoridades laborales, el procedimiento que contempla el Título IV del Libro II igualmente está basado en el propio control, regulación y decisiones que adopte el empleador en cada caso, correspondiéndole a él la aplicación de las medidas de resguardo y la investigación de los hechos denunciados, a menos que decida remitirlos a la Inspección, en este sentido, como se verá más adelante, la ley solo establece como marco para la investigación interna a cargo del empleador, que sea llevada por escrito, en estricta reserva y que se oiga ambas partes, sin que exista referencia alguna a la idoneidad o imparcialidad de quien lleva a cabo la investigación. Al respecto la Dirección del Trabajo en el Dictamen N° 1133/36 ha sostenido que la ley estableció un procedimiento construido sobre la base de que el denunciado no es el empleador, sino que otros trabajadores, incluyendo superiores jerárquicos ya que el art. 211-A señala: *"en caso de acoso sexual, la persona afectada deberá hacer llegar su reclamo por escrito a la dirección de la empresa, establecimiento o*

⁴⁸ Esto por aplicación de los números 2 y 3 del artículo 220 del CT, que facultan respectivamente a la organización sindical de que se trata a *"representar a los trabajadores en el ejercicio de los derechos emanados de los contratos individuales de trabajo, cuando sean requeridos por los asociados"* y a *"velar por el cumplimiento de las leyes del trabajo o de la seguridad social, denunciar sus infracciones ante las autoridades administrativas o judiciales"*.

⁴⁹ De acuerdo a lo señalado en el artículo 154 N° 12 del CT, el empleador podrá señalar en el reglamento interno qué cargos dentro de la organización de la empresa podrán ser receptores de la denuncia, como por ejemplo el Jefe de Personal, el Gerente de Recursos Humanos o el Gerente del área en la cual se desempeña el trabajador, entre otros.

servicio o a la respectiva Inspección del Trabajo”. Por ende, para el caso que el acosador sea el propio empleador la denuncia debe efectuarse directamente en la Inspección del Trabajo respectiva, pero por infracción a las normas laborales contenidas en el artículo 2° del CT, sin que sea pertinente el procedimiento establecido para la aplicación y sanción del acoso sexual.

Otro aspecto criticado por la doctrina es el hecho de que la denuncia sólo puede ser interpuesta por la persona directamente afectada, o por el sindicato al cual se encuentre afiliado, lo cual no se condice con la obligación de garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto señalada en la propia ley, ya que el hostigamiento dirigido a otros trabajadores incide también en forma negativa en quienes lo presencian, quienes pueden sentirse razonablemente expuestos a ser objeto del mismo trato, o simplemente afectados por la discriminación que este implica, sin poder directamente efectuar la denuncia por dicho hostigamiento. (Toledo, 2006: p. 206)

La escrituración de la denuncia constituye la única formalidad que exige la ley en esta materia, no obstante deberá contener a lo menos la individualización del afectado, una descripción de los hechos denunciados y la referencia a él o los responsables, como garantía de seriedad de la misma. Esta garantía se confirma al exigirse que la denuncia sea presentada personalmente por la presunta víctima de acoso (o por el sindicato al que pertenece), y no por un tercero que pueda tener conocimiento de los hechos. Con todo, existe la posibilidad de que el trabajador afectado no denuncie los hechos por temor a represalias, si en este caso, tales hechos llegan a ser conocidos informalmente por el empleador estimamos que de todas formas pueden adoptarse medidas preventivas, iniciando de oficio una investigación al respecto, si así lo ha establecido en su Reglamento Interno.

5.2 Etapa de adopción de medidas de resguardo: una vez recibida la denuncia el empleador deberá adoptar las medidas de resguardo, establecidas en el Reglamento Interno, que sean necesarias respecto de los involucrados, tales como la separación de los espacios físicos o la redistribución de la jornada, en función de la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo. Si la denuncia se hubiera realizado ante la Inspección del Trabajo, esta deberá sugerir, a la brevedad, al empleador la adopción de dichas medidas.

Apropósito de estas medidas, se ha criticado esta parte de la norma, en razón de que, como se señaló anteriormente, este procedimiento legal será aplicado principalmente a empresas que no cuenten con Reglamento Interno, por no tener el mínimo de 10 trabajadores, como es obvio estas empresas generalmente son muy pequeñas, en consecuencia se dificulta enormemente la aplicación práctica de esta disposición al significarles, por ejemplo, un costo adicional al tener que separar los espacios físicos de los trabajadores involucrados.

En el caso que las medidas adoptadas entraren en conflicto con el marco dispuesto por el art. 12 del CT⁵⁰, (potestad de variación), se salva esta presunta contradicción al ampararse la adopción de tales medidas, en la preeminencia de los derechos fundamentales y la importancia de los bienes jurídicos involucrados en materia de acoso sexual⁵¹. Además, la víctima o el presunto acosador podrán siempre reclamar a la Inspección del Trabajo para que ésta determine si existe un menoscabo o se vulnera un derecho fundamental a través de las medidas adoptadas por el empleador o sugeridas por la Inspección, y el inspector o eventualmente el juez, en su caso, deberá resolver teniendo en cuenta el bien jurídico tutelado, debiendo el empleador en todo caso procurar adoptar medidas que respeten los derechos fundamentales e irrenunciables de todos los involucrados.

Estas medidas de resguardo serán adoptadas unilateralmente por el empleador conforme a su potestad de variación o *ius variandi*, con los límites ya señalados. Ahora bien como la ley solo enumera medidas de resguardo a título ejemplar, es posible que el empleador pueda establecer otras medidas en el Reglamento Interno, como la suspensión del contrato de trabajo con derecho a remuneración para el presunto acosador, en los casos más graves.

⁵⁰ Art. 12: “El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.

Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos...”

⁵¹ En este sentido tratándose de la separación de los espacios físicos deberá entenderse que el nuevo sitio o recinto en que trabajarán víctima y responsable debe quedar dentro del mismo lugar o ciudad, y que, en el caso de la redistribución del horario laboral, si bien podrá exceder del período de sesenta minutos que prevé el inciso segundo del artículo 12 del Código del Trabajo, no podrá significar un cambio sustancial en las condiciones laborales del dependiente afectado, como, por ejemplo, una modificación de los días en que se distribuye la duración de la jornada laboral. (Caamaño et al., 2005: p. 39)

5.3 *Etapa de investigación:* el empleador al recibir la denuncia sobre acoso sexual puede decidir iniciar una investigación interna de carácter sumaria, o bien dentro del plazo de 5 días, remitir la denuncia a la Inspección del Trabajo para que dicho organismo investigue. Así podemos distinguir;

5.3.1 *Investigación Interna:* en este caso el procedimiento deberá estar contenido en el Reglamento Interno, ajustándose a las condiciones mínimas exigidas por el art. 211-C del CT, esto es; debe ser escrito, llevarse en estricta reserva y garantizándose a ambas partes que serán oídas y que podrán fundamentar sus dichos, es decir, rigen en esta materia los principios formativos del procedimiento de la bilateralidad de la audiencia, escrituración y secreto⁵² del procedimiento. Con los antecedentes del caso el empleador deberá confeccionar un informe con las conclusiones a que llegue, sin que le corresponda resolver la denuncia, toda vez que no tiene facultades jurisdiccionales, sino tan solo adoptar las medidas que estime adecuadas. En cualquier caso, la investigación interna deberá quedar concluida en el plazo de 30 días⁵³.

Las conclusiones de esta investigación deberán ser enviadas a la Inspección respectiva. La ley sobre este particular, no ha establecido expresamente un plazo para la remisión de este informe, pudiendo así, dilatarse maliciosamente este envío por parte del empleador, por ello creemos que la remisión deberá hacerse en el menor tiempo posible, para evitar perjudicar al trabajador víctima de acoso, esto, por cuanto el empleador, claramente no puede aprovecharse de su propio dolo quedando impune ante su negligencia. Por otra parte Inspección ha conducido esta materia al procedimiento de tutela de derechos fundamentales, con lo cual ya se aplicaría el plazo de 60 días desde que ocurrieron los hechos, sin perjuicio de que siempre serán aplicables los plazos generales de prescripción del art. 510 del CT. Es evidente que en este punto es necesario subsanar este vacío de la ley.

La Inspección del Trabajo, de conformidad al art. 211-D podrá efectuar observaciones tanto desde el punto de vista procedimental como en la sustancia de las conclusiones del empleador⁵⁴ observaciones que serán informadas tanto al empleador como denunciante y denunciado. En este punto es preciso señalar que no estamos frente a un procedimiento de investigación administrativo, sino que de

⁵² Indudablemente se trata de un secreto relativo porque la ley impide el acceso de terceros a la investigación, pero no a las partes.

⁵³ Si bien la norma no establece desde cuando se cuentan estos plazo de 5 y 30 días, se afirma que es desde que se recepciona la denuncia por parte del empleador. (Caamaño et al., 2005: p. 64)

⁵⁴ No obstante que la ley no señala el tipo de observaciones que puede efectuar la autoridad administrativa a las conclusiones de la investigación interna, se afirma que tales observaciones deben tener carácter jurídico y referirse al cumplimiento de los principios de bilateralidad, escrituración y secreto, y a la calificación jurídica de los hechos constitutivos de acoso sexual. (Lizama et al., 2005: p. 42)

uno directamente delegado en particulares, implicando un riesgo para las garantías del debido proceso de las personas afectadas, es por ello que se hace obligatorio este control administrativo a dicha investigación para evitar la adopción de medidas o sanciones que afecten a los trabajadores denunciados por acoso sexual y que no estén fundadas en el respeto al debido proceso.

*5.3.2 Investigación llevada a cabo por la Inspección del Trabajo*⁵⁵: en caso de que la denuncia sea presentada ante la autoridad administrativa correspondiente al domicilio del empleador, sea directamente por el trabajador acosado o bien remitida por el empleador dentro de los 5 días siguientes a la recepción de la denuncia, esta Institución, junto con sugerir de inmediato las medidas de resguardo que debe adoptar el empleador, deberá investigar los hechos en conformidad al procedimiento administrativo correspondiente. Si bien la ley solo le exige a la Inspección que la investigación debe concluir en un plazo de 30 días, también le son aplicables los mismos principios señalados a propósito de la investigación interna, es decir, bilateralidad, secreto y escrituración. Una vez concluida esta investigación, el informe de las conclusiones deberá ser notificado al empleador, denunciante y denunciado.

Cabe tener presente que la ley no ha establecido expresamente la posibilidad de interponer recursos que les permitan a cualquiera de los notificados, impugnar las observaciones y actuaciones de la autoridad administrativa, ante ella misma o ante los tribunales de justicia, no obstante lo cual conforme al art. 59 de la ley 19.880 sería procedente la interposición del recurso de reposición ante el funcionario que emitió el informe y ante su superior jerárquico, ambos dentro de los 5 días siguientes a la notificación.

5.4 Etapa de conclusión y adopción de medidas y/o sanciones: en cualquiera de las hipótesis anteriores, ya sea que la investigación fuere efectuada internamente por el empleador, o ya sea que fuere realizada por la Inspección del Trabajo respectiva, el empleador tiene un plazo de 15 días, desde que recibe el informe elaborado por la Inspección del Trabajo o las observaciones de ésta a las conclusiones del procedimiento efectuado por el empleador, en virtud del mérito de las mismas, para disponer las medidas y aplicar las sanciones que correspondan, según la gravedad de la conducta constitutiva de acoso.

⁵⁵ Cabe tener presente que antes de la promulgación de la ley 20.005, la Dirección del Trabajo mediante Orden de Servicio N° 8, de 3 de julio de 1997, estableció un procedimiento para la investigación y fiscalización de las denuncias por acoso sexual en las empresas. Este procedimiento, en general, contempla similares etapas que las señaladas por el Título IV del Libro II del Código del Trabajo.

5.4.1 *Tratándose del trabajador denunciado*: según lo establecido en el artículo 154 N°12 y en el artículo 211-B del CT, las medidas y sanciones que corresponda aplicar deberían ser las establecidas en el Reglamento Interno, incluyendo el despido del acosador cuando en atención de las conclusiones de la investigación, el empleador estime que se ha configurado suficientemente la figura de acoso sexual tipificada por la ley 20.005 pudiendo invocar la nueva causal de caducidad “*acoso sexual*” incorporada por dicha ley en la letra b) del N° 1 del art.160 del CT, causal que pone término de forma inmediata a la relación de trabajo sin derecho a indemnización legal por años de servicio ni por falta de aviso previo, o bien, como la ley nada dice al respecto, una vez concluida la investigación, puede despedir al empleador invocando una causal de termino de contrato distinta a esta causal de caducidad de “*acoso sexual*”

Sobre el particular, como señala Patsilí Toledo, en estricto rigor, la imposición de estas sanciones dependerá de la voluntad del empleador, sin que se encuentre obligado a aplicar ni aun la causal de caducidad del art. 160 N° 1 letra b) en los casos más graves y reiterados de acoso sexual (Toledo, 2006: p. 207). Lo anterior es sin perjuicio de las sanciones administrativas de que puede ser objeto el empleador por no aplicar dichas sanciones y que se analizarán a continuación.

5.4.2 *Desde el punto de vista del empleador*: este puede ser sancionado administrativamente, tanto por acción como por omisión, en el primer caso, por ejercer o promover conductas de acoso sexual, y en el segundo caso; por incumplimiento de sus obligaciones de prevención (art. 153 inciso 2° del CT); por omisiones relativas a la regulación del procedimiento ante denuncias de acoso sexual, de las medidas de resguardo y de las sanciones (art. 154 N° 12 del CT); por no adoptar las medidas de resguardo (art. 211-B del CT); por no comunicar a la Inspección la denuncia o las conclusiones de su investigación (art. 211-C del CT); y por no adoptar las medidas o sanciones que procedan dentro del plazo legal de 15 días (art. 211-E del CT), infracciones todas que serán sancionadas con multa, de acuerdo al régimen general, por no introducir la nueva ley una sanción administrativa especial. Además de estas sanciones administrativas, el empleador puede verse obligado a pagar las indemnizaciones correspondientes, en caso de que la víctima de acoso, en cualquiera de las hipótesis anteriores, decida recurrir a la figura del despido indirecto, y esta sea acogida por el juez respectivo.

5.4.3 *Reclamo de las sanciones y medidas aplicadas*: si bien la ley no señala en forma específica los medios que dispone el trabajador sancionado para reclamar de tales medidas, aplicando las reglas generales se puede sostener que en caso de amonestación verbal o escrita podrá reclamar ante el propio empleador, según el art. 154 N°11 del CT, en cambio, si la sanción fue la aplicación de una multa, podrá reclamar a la Inspección del Trabajo del domicilio del empleador, según lo dispone el art. 157 del CT, por otra parte cuando la sanción implique cambios en las condiciones del contrato en virtud del "ius variandi" del empleador, podrá reclamar a la Inspección del Trabajo, dentro del plazo de 30 días, y de tal resolución podrá recurrir ante el juez del trabajo competente según lo dispone el inciso final del art. 12 del CT.

Por otra parte si el trabajador ha sido despedido por cualquier causal, podrá deducir reclamación de despido injustificado, indebido o improcedente ante el juez competente, según lo dispone el art. 168 del CT, en todo caso, el trabajador no será reintegrado a su empleo, aunque podrá demandar el pago de las indemnizaciones por término del contrato de trabajo con los aumentos que prevé la ley según la causal invocada por el empleador.

Si la causal invocada para el despido fue "*acoso sexual*" y el juez lo declara *indebido*, el trabajador podría demandar incluso el daño moral producido ante el juez competente, además de las indemnizaciones por término de contrato de trabajo, las cuales, estas últimas, podrán ser o no pagadas con los recargos legales establecidos en el art. 168, según si el empleador ha cumplido o no con las obligaciones relativas a las normas de resguardo del Reglamento Interno, así como las referidas a la investigación y sanción del acoso sexual contenidas en el Código del Trabajo, como se analizó previamente. Sobre este punto se podría entender a la luz del tenor literal del inciso 3° del art. 168⁵⁶ que el cumplimiento de los artículos 153 inciso 2° y del Título IV del Libro II, libera al empleador de pagar el incremento de las indemnizaciones *cualquiera* que fuere la causal invocada por el empleador, porque como se señaló, nada impide al empleador despedir al responsable de acoso sexual invocando una causal distinta a la del art. 160 N° 1 letra b). Sin embargo, esta interpretación es incorrecta y podría prestarse para abusos por parte del empleador, quien por el solo hecho de observar el procedimiento legal, no se vería afecto al recargo de las indemnizaciones respectivas. En consecuencia, si el empleador, una vez

⁵⁶ Art. 168 inc. 3°: "*En el caso de las denuncias de acoso sexual, el empleador que haya cumplido con su obligación en los términos que señalan el artículo 153, inciso segundo, y el Título IV del Libro II, no estará afecto al recargo de la indemnización a que hubiere lugar, en caso de que el despido sea declarado injusto, indebido o improcedente*"

finalizada la investigación de *la denuncia por acoso sexual*, decide poner término por otra causal del artículo 159, 160 ó 161, fundándose en hechos distintos a los constitutivos de la conducta de acoso sexual, debiera responder con los incrementos correspondientes del artículo 168 si el despido es declarado injustificado, indebido o improcedente por el juez competente.

Finalmente respecto al trabajador denunciante, si este no queda conforme con las sanciones y medidas adoptadas por el empleador también podría presentar una demanda por despido indirecto ante el juez del trabajo.

6. Mecanismos de Protección Judicial para la Víctima frente al Acoso Sexual.

Conforme a la actual redacción del artículo 171 del Código del Trabajo, el trabajador víctima de acoso sexual cuenta con dos acciones para demandar el incumplimiento legal o contractual del empleador; la acción de despido indirecto por las indemnizaciones por término de contrato de trabajo (inciso 1° art. 171); y la acción indemnizatoria por todos los perjuicios (materiales y morales) provocados por el empleador (inciso 2° art. 171).

6.1 Despido Indirecto o Autodespido.

Si el empleador ha incurrido en ilícitos, como es el caso del acoso sexual, sea promoviendo o ejerciendo tales conductas, personalmente, o por quien lo representa, de acuerdo a la presunción de derecho establecida en el art. 4 del CT; o bien, si omite cualquiera de las obligaciones que la ley le impone como garante de la seguridad del trabajador en materia de acoso sexual como: no adoptar las medidas de resguardo necesarias para prevenir, hacer cesar estas conductas, o bien cuando, recibiendo la denuncia respectiva, no ha dado cumplimiento al procedimiento establecido en la ley; no comunica la denuncia o las conclusiones de su investigación a la Inspección respectiva; o no ha aplicado las sanciones correspondiente, o incluso cuando habiendo adoptado las sanciones que sean del caso, estas no son satisfactorias para el denunciante, el trabajador podrá, en cualquiera de estas hipótesis, fundamentar la acción de despido indirecto y poner término al contrato de trabajo.

En la primera hipótesis, cuando es el empleador o quien lo representa el que incurre en las conductas de acoso sexual, la acción se fundará directamente en la causal de despido indirecto “*acoso sexual*” (por remisión del art. 171 inc.1° al N° 1 del art. 160), mientras que en la segunda hipótesis,

cuando el acoso sexual es cometido por otro trabajador y el empleador no ha cumplido con sus obligaciones legales, la acción deberá fundarse, ya no en el “acoso sexual” sino que en “*actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos*” o bien en el “*incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato*” (por remisión del art. 171 inc. 1° al N° 5 y 7 del art. 160 CT⁵⁷). En ambos casos el trabajador tiene un plazo de 60 días hábiles, contados desde la terminación, para recurrir al juez competente y reclamar el pago de la indemnización sustitutiva del preaviso y la indemnización por años de servicio legal o convencional, recargada esta última, en un 50% en el caso de la causal del N° 7 del art. 160 o hasta en un 80% en el caso de la causal de acoso sexual y demás causales del N°1 y 5 del art. 160. Sin embargo, como ya se analizó, este recargo solo existirá cuando el empleador no hubiere observado el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual. En vista de lo anterior podría ocurrir que el empleador cumple con el procedimiento legal, pero sólo como una mera formalidad, para evitar esta sanción del recargo indemnizatorio, sin que efectivamente se estén respetando las garantías de las personas afectadas, desvirtuándose así el sentido de la ley⁵⁸.

Si en esta instancia el trabajador no logra acreditar la causal invocada para fundar el despido indirecto, cabe entender que el contrato de trabajo ha terminado por la renuncia del trabajador, y por ende, no hay lugar a indemnización alguna.

Por otra parte cabe destacar que, como se constata en la realidad laboral, la mayoría de los trabajadores víctima de acoso sexual son mujeres, quienes comúnmente sufren estos hostigamientos al comenzar una actividad laboral, lo que sumado al alto índice de desempleo femenino, hace que el despido indirecto no sea una alternativa viable para estos casos, ya que equivale a perder un empleo que pudo ser difícil de encontrar y a obtener una indemnización que puede ser muy escasa⁵⁹. Esto sin perjuicio, de lo que se dirá mas adelante sobre Procedimiento de Tutela de los Derechos Fundamentales.

⁵⁷ El trabajador que ejerce el despido indirecto o autodespido, debe dar aviso por escrito a su empleador, personalmente o por carta certificada enviada a su domicilio, expresando la o las causales invocadas y los hechos en que se funda, y remitir una copia del mismo a la respectiva Inspección del Trabajo. Ambas comunicaciones deben ser entregadas dentro de los tres días hábiles siguientes a su separación.

⁵⁸ En este sentido, juega un rol fundamental el control que la Inspección del Trabajo ejerce sobre este procedimiento.

⁵⁹ Al respecto véase: “*Acoso Sexual en el Trabajo ¿Denunciar o Sufrir en Silencio? Análisis de Denuncias*” de la Dirección del Trabajo del año 2009.

6.1.1 Falsa Denuncia de Acoso Sexual.

En esta materia cabe mencionar que la ley, con el objeto de evitar demandas temerarias e infundadas por acoso sexual, ha señalado, en el inc. final del art. 171 del CT, que si el trabajador se vale de la causal de acoso sexual falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada y el tribunal desestima la demanda por despido indirecto por carecer de motivos plausibles, el trabajador estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause al afectado, conforme a las reglas generales, debiendo conocer los tribunales comunes, o bien, el mismo juez laboral que conoce del juicio por despido indirecto, cuando el imputado del acoso sexual es la persona del empleador y haya deducido una demanda reconvenzional solicitando tales indemnizaciones, esto último en opinión de Lizama y Ugarte (2005: p.54). Además, si la causal ha sido invocada maliciosamente, es decir dolosamente, junto con el pago de las indemnizaciones, el trabajador quedará sujeto a las demás acciones legales que fueren del caso, como una acción penal por el delito de injurias.

En la práctica, no obstante las intenciones el legislador, esta norma conlleva un riesgo implícito, ya que de no ser aplicada restrictivamente y de acuerdo al sentido último de la ley 20.005, esto es, tutelar la dignidad de los trabajadores en el desarrollo de sus empleos proscribiendo los actos de acoso sexual, podría llegar a revertir en gran medida el carácter protector de los derechos fundamentales de la víctima del hostigamiento e inhibir el accionar de la víctima de acoso sexual. Esto porque, especialmente en aquellos casos en que, existiendo el acoso, la víctima decida accionar sin disponer de medios probatorios completos y precisos, podría verse posteriormente expuesta a un juicio en su contra por lesión a la honra del trabajador o empleador demandado por acoso, fundándose en una supuesta acusación maliciosa de la víctima, siendo incluso esta última, y no el acosador, la que se vea expuesta a las sanciones que establece la ley⁶⁰. (Caamaño et al, 2005: p. 38)

⁶⁰ Esto se agrava al considerar que el legislador no ha contemplado normas procesales que faciliten a la víctima del acoso, por ejemplo; por la vía de la inversión del peso de la prueba, el ejercicio de una acción en contra del acosador.

6.2 Acción Indemnizatoria.

Tratándose de la aplicación de la causal de acoso sexual, la ley permite, en el inciso 2° del art. 171 del CT, que el trabajador afectado, conjuntamente con la acción de despido indirecto en el respectivo juicio laboral, pueda reclamar del *empleador*, “*las otras indemnizaciones a que tenga derecho*”, con lo cual se le reconoce al trabajador, ampliamente el derecho a obtener, del empleador, una reparación íntegra por los perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daño físico, psíquico y moral), derivados del acoso sexual.

En este sentido, la ley reconoce explícitamente, para el caso del acoso sexual, la acumulación de las indemnizaciones por término de contrato de trabajo y las indemnizaciones por daño material o moral, salvando una eventual discusión jurídica sobre su procedencia, aclarándose además, que las indemnizaciones por término de contrato son tarifadas, es decir, su monto depende de la última remuneración devengada por el trabajador y de los años de servicio en la empresa, y que por ende pueden no compensar todos los perjuicios que el trabajador acosado pueda sufrir como consecuencia del acoso sexual.

A propósito de esta materia se podría discutir la procedencia de la reparación del daño moral, principalmente por un argumento histórico, ya que durante la tramitación de la ley⁶¹, el Senado suprimió la expresión “incluido daño moral” de esta norma, sin embargo, esta modificación no implica que no se pueda demandar la reparación del daño moral sufrido, ya que el texto definitivo no restringe la compensación solo al daño material, sino que señala expresamente “*las otras indemnizaciones a que tenga derecho*”, y resulta obvio, como se señaló en el primer capítulo, que la víctima de acoso sexual, sufrirá en la mayoría de los casos un impacto o sufrimiento psíquico que debe ser compensado, e incluso como señalan Lizama y Ugarte, es probable que este tipo de perjuicio sea el único que sufra el trabajador acosado, ya que perjuicios materiales, como gastos médicos por estrés laboral, serán bonificados por el sistema de salud previsional (2005: p.56). Además, la mención expresa del daño moral podría poner en duda, por un lado, la procedencia de los otros perjuicios no expresamente mencionados, como el lucro cesante y, por otro lado, si es que la reparación del daño moral procedería o no en aquellos casos en que la ley no lo menciona expresamente, como ocurre en general en la responsabilidad contractual. Finalmente, la admisibilidad de la indemnización del daño moral es crucial

⁶¹ Sobre esta materia véase el Informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara recaído en el proyecto de ley sobre acoso sexual (Boletín N° 141907-03).

para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales del trabajador, independientemente de la vía procedimental a la que recurra el trabajador para obtener protección ante conductas de hostigamiento sexual⁶², teniendo claramente, como único límite, que de la acumulación de indemnizaciones no se siga un enriquecimiento sin causa para el trabajador.

Sobre el particular destacamos que si el acosador es un trabajador, la única opción que tiene la víctima para demandar una indemnización por los daños derivados del acoso sexual a sus derechos fundamentales y a su situación laboral es recurrir a la vía de la responsabilidad civil extracontractual, conforme a las reglas generales del derecho común, situación que es claramente más dificultosa para el trabajador, considerando además los costos económicos y de tiempo que ello implicaría ya que si el acosador es el propio empleador, será en el mismo juicio por autodespido donde se persiga simultáneamente la responsabilidad extracontractual, no siendo necesario iniciar un juicio especial sobre la materia. Por lo tanto, en estos casos en que el acosador sea un trabajador, esta solución legal no propende satisfactoriamente a que la víctima tenga mejores y mayores posibilidades de obtener una reparación íntegra de la vulneración a sus derechos fundamentales derivadas del hostigamiento sexual, al recaer sobre ella todo el peso y el costo de iniciar un procedimiento civil ordinario para hacer valer su pretensión indemnizatoria.

Lizama y Ugarte agregan que, incluso en aquellos casos en que el acoso provenga de otro trabajador y no del empleador, es el empleador quien debe responder siempre por este tipo de perjuicios, ya que en aquellos casos en que está en conocimiento o debe conocer el acoso sexual que sufre el trabajador y no adopta las medidas necesarias para evitarlo, estaría infringiendo su obligación de tomar todas las medidas para proteger la vida y salud de sus dependientes, prevista en el art. 184 del Código de Trabajo y al deber de buena fe contractual contemplado en el art. 1546 del Código Civil. (2005: p.57)

⁶² A propósito de la posibilidad del trabajador de reclamar la compensación de los perjuicios sufridos por el acoso sexual recurriendo al Procedimiento de Tutela de los Derechos Fundamentales.

7. Acceso al Procedimiento de Tutela Laboral de los Derechos Fundamentales⁶³.

Hoy en día la víctima de acoso sexual, puede además recurrir al procedimiento regulado en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo para obtener la tutela judicial de los derechos fundamentales lesionados por las conductas de acoso sexual. Conforme a este procedimiento, la víctima podrá solicitar al tribunal, si cabe, “la suspensión de los efectos del acto impugnado” (art. 492 del CT) y, en cualquier caso, el cese inmediato del comportamiento antijurídico; la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales incluidas las indemnizaciones que procedieran; así como la reposición al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada (art. 495 del CT).

En el supuesto específico de despido como represalia por no acceder a los requerimientos sexuales del empleador, el trabajador podrá solicitar, dentro de este procedimiento de tutela, el pago de las indemnizaciones propias del despido injustificado, con el recargo legal correspondiente y, adicionalmente, “una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a 6 meses ni superior a 11 meses de la última remuneración mensual” conforme lo señala el inciso 3° del art. 489 del CT. El fundamento de tal reclamación deberá ser, la vulneración de alguno de los derechos señalados en el art. 485 del CT. Si el juez determina que el despido fue discriminatorio y grave, puede decretar la reincorporación o las indemnizaciones ya señaladas, a elección del trabajador según lo establece el inc. 4° del art. 489 del CT.

Una de las ventajas que presenta este procedimiento, especialmente relevante a propósito del acoso sexual, es la inversión de la carga probatoria a favor de la víctima, ya que como señala el art. 493 del CT, cuando de los antecedentes aportados por el denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales le corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 493 del CT).

Sin embargo, la posibilidad de recurrir a este procedimiento, con ocasión del acoso, queda limitada a las conductas de acoso sexual en que incurra el empleador o sus representantes dentro de la empresa, excluyendo el acoso sexual horizontal, puesto que el art. 485, al delimitar los supuestos operativos del procedimiento de tutela, indica que la vulneración de los derechos debe tener su causa en “actos” o en el “ejercicio de las facultades del empleador”, quedando fuera de tal delimitación la lesión

⁶³ Procedimiento incorporado por la ley 20.087 de 3/01/2006.

de derechos fundamentales causada por los pares de la víctima aunque pudiera ser imputable al empleador por su responsabilidad en el incumplimiento de sus obligaciones preventivas en materia de acoso sexual.

8. Acoso sexual en el Sector Público y Municipal.

El acoso sexual es un problema que obviamente no queda restringido al ámbito de la empresa privada, sino que está presente en cualquier entorno de trabajo, incluido el sector público. Es por ello que la nueva ley sobre acoso sexual contempla algunas disposiciones referidas al ámbito público de trabajo, que reforman el Estatuto Administrativo (la ley N° 18.843), y que sirven para dar un marco regulatorio al acoso sexual dentro de la administración del Estado, centralizada y descentralizada.

De esta forma la ley agrega una nueva prohibición, referida al acoso sexual, para los funcionarios públicos regidos por el Estatuto Administrativo, consistente en “*realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2, inciso segundo, del Código del Trabajo*”. En esta materia la ley reenvía el concepto de acoso sexual al Código del Trabajo, de modo tal que las consideraciones que efectuamos a propósito del concepto de acoso sexual en el ámbito privado son pertinentes para el sector público, por otra parte, esta prohibición no sólo se refiere al acoso de naturaleza sexual sino a cualquier conducta que afecte “*la dignidad de los funcionarios*”, pudiendo sostenerse aquí que se ha considerado legalmente, como prohibido también el mobbing o acoso moral en el trabajo.

Además, la ley incorporó al acoso sexual como una de las causales que habilitan, previo procedimiento sumario, la destitución del funcionario.

Finalmente, cabe señalar que la ley amplía el ámbito de aplicación al trasladar las mismas normas recién explicadas al ámbito Municipal, mediante la reforma a los artículos 82 y 123 de la Ley 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

Capítulo III: Conclusiones.

Como ha quedado establecido en el presente trabajo el acoso sexual es uno de los comportamientos antijurídicos más graves que puede existir en el marco de las relaciones laborales, por cuanto atenta directamente en contra de la esencia del ser humano, es decir, en contra de su dignidad, pasando a llevar múltiples derechos fundamentales de la persona, como su libertad, intimidad, integridad física y psíquica entre otros.

Además, el acoso sexual laboral representa un abuso de la posición de poder del empleador u otros trabajadores de igual o superior jerarquía a la de la víctima, denigrándola e imponiéndole una conducta sexual indeseada, bajo amenaza de afectar su condición laboral. Si a esto le sumamos que la enorme mayoría de las víctimas de acoso son las mujeres trabajadoras podemos constatar claramente la precariedad de nuestra actual cultura laboral para aceptar cabalmente la participación femenina en el ámbito del trabajo, como asimismo, para superar viejas estructuras jerárquicas o patriarcales que pueden ser propicias para la comisión u ocultamiento de actos de acoso sexual (Caamaño et al, 2005: p. 41).

Teniendo en cuenta la importancia de todo lo anteriormente señalado, la ley 20.005 representó, claramente, un valioso aporte en términos generales para nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que vino a salvar el gran vacío legal que existía en cuanto a normas especiales que tipificaran y sancionaran adecuadamente este ilícito, lo cual generaba una clara situación de desprotección para los trabajadores y trabajadoras víctimas de acoso.

Esta ley constituye una fuerte señal de reprochabilidad de las conductas de acoso sexual y puede constituir un elemento clave para revertir los factores culturales y sociales que permiten explicar la frecuencia o extensión de esta clase de hostigamientos en nuestra realidad laboral, contribuyendo a la creación de ambientes laborales donde prime la igualdad de trato y el respeto a los derechos humanos de los trabajadores.

Es por ello que estimamos que el legislador actuó correctamente, en razón de la trascendencia que le atribuye a la dignidad humana como bien jurídico protegido frente al acoso sexual y como aquel valor a partir del cual deben constituirse y desarrollarse las relaciones laborales en la empresa, reforzando la vigencia y relevancia del respeto a la misma. Con ello ha intensificado la eficacia de los derechos fundamentales potencialmente vulnerables por el acoso sexual, al interior de la empresa, imponiéndole al empleador no solo la prohibición de participar directamente en conductas de acoso, sino

que además, haciéndolo responsable administrativamente del acoso cometido por cualquier persona dentro de su ámbito de organización y dirección. En este mismo sentido, estimamos correcta la decisión del legislador de no incorporar al artículo 2 del Código de Trabajo la frase "*Se considerarán discriminación las conductas de acoso sexual*" que pretendía el proyecto original, ya que si bien el acoso sexual puede constituir un caso de discriminación por razones de sexo, principalmente cuando la víctima es una mujer, el acoso también puede vulnerar otros derechos fundamentales derivados de la dignidad del trabajador, como su libertad sexual o su intimidad, y no se limita solo a la prohibición de discriminación, tratándose de figuras conceptualmente diferentes, como se analizó previamente.

Sin embargo, como suele ocurrir en nuestra historia legislativa, no resulta suficiente que el sistema legal contemple un conjunto de normas que sancione y prohíba una conducta antijurídica, en este caso el acoso sexual, para que este problema cese en su ocurrencia. Por ello, pese a todos los avances que esta ley representa, su regulación presenta variadas deficiencias como ya se analizó detalladamente en el capítulo II, tanto en la técnica jurídica empleada, en el concepto de acoso sexual adoptado, en cuanto al bien jurídico tutelado y en el procedimiento aplicable a tales conductas, entre otras críticas que se le han formulado y que pueden incidir en su aplicación práctica, como la falta de sanciones efectivas que se puedan aplicar al empleador cuando éste es el acosador, la dificultad probatoria a la que se ve enfrentada la víctima de acoso, la no tipificación expresa del denominado acoso sexual ambiental, la multiplicidad y heterogeneidad de procedimientos a los que puede optar la víctima de acoso con la consecuente variedad de jurisdicciones competentes, las dudas sobre la procedencia de indemnizaciones complementarias como la del daño moral, la exclusión de las Fuerzas Armadas de su ámbito de aplicación, o que sus mecanismos de protección no están a la altura de un problema de derechos fundamentales, como es el que se presenta en el acoso sexual, sino que más bien responde a una lógica de sanción disciplinaria y reglamentaria del fenómeno. Esto se demuestra en la exigencia que se formula al empleador para que adopte medidas reglamentarias frente al acoso, más que en la utilización de una solución propia de la protección de derechos constitucionales, como son los afectados en esta materia.

Por todo lo anterior, concluimos que si bien la ley representa un gran avance en materia de protección de los derechos de los trabajadores frente al acoso sexual, no constituye una regulación completa y suficiente del fenómeno y, por consiguiente, no basta por sí misma, para otorgar una real protección a la víctima, por cuanto adolece de múltiples vacíos y problemas de tipificación, siendo necesario efectuar una reforma legal que la complemente y le otorgue una mayor operatividad.

❖ Propuestas de Mejoras.

Es indispensable una completa descripción del ilícito laboral que permita una amplia comprensión de la fenomenología del acoso sexual, debiendo incorporarse expresamente la noción de acoso sexual ambiental al concepto legal⁶⁴. Debiendo incluirse además, no solo aquellas conductas que impliquen un requerimiento o petición activa por parte del acosador, es decir conductas que no se traduzcan en una imposición o exigencia de carácter sexual, como los actos de exhibicionismo o gestos soeces, etc. Por último debe establecerse expresamente qué sucede en aquellos casos en que el acoso se traduzca en el ofrecimiento de un beneficio y no un perjuicio directo, si el acosado accede al requerimiento.

El procedimiento de investigación y sanción establecido por la ley, que por lo demás no resulta aplicable cuando el sujeto activo es el propio empleador, debe poder iniciarse por la denuncia que interponga no solo la persona directamente afectada, o el sindicato en su representación, sino que también por cualquier persona que esté en conocimiento de los hechos, e incluso de oficio por el empleador. Por otra parte es necesario establecer expresamente un plazo para que el empleador remita las conclusiones de la investigación interna a la Inspección del Trabajo respectiva y así evitar dilataciones maliciosas como se señaló en el capítulo anterior.

Finalmente, cuando es el propio empleador el acosador, es recomendable establecer sanciones más drásticas y efectivas, que la mera imposición de una multa administrativa y la posibilidad de verse expuesto al pago indemnizaciones, que pueden venir con un recargo legal, producto de una acción de despido indirecto interpuesta por el trabajador acosado, o de una acción indemnizatoria conjunta⁶⁵. Recargo que, en todo caso, el empleador puede evitar si ha cumplido con sus obligaciones relativas al procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual. Esto último, claramente desvirtúa el sentido de la ley, si el empleador fraudulentamente, cumple con este procedimiento solo como una mera formalidad, para evitar el recargo indemnizatorio, lo cual es más grave aún si es él quien ha incurrido en las conductas de hostigamiento sexual. Esta situación se puede tornar incluso más grave si el trabajador no logra probar la causal invocada para fundar el despido indirecto, es decir, si a pesar de existir efectivamente el hostigamiento, no logra probar el acoso sexual de que fue víctima por parte del

⁶⁴ No obstante este déficit en la tipificación de esta figura, como se señaló anteriormente, en la práctica esto no ha sido obstáculo para que gran parte de las denuncias formuladas sean precisamente por acoso sexual ambiental. Véase nota a pie de página N° 32.

⁶⁵ En esta hipótesis si el empleador ha sido sancionado por la Inspección del Trabajo, el trabajador denunciante podrá ejercer la acción de tutela laboral en caso de existir represalias en su contra, según lo establece el artículo 485 inciso 3° del CT.

empleador, cuestión que es totalmente factible dadas las dificultades probatorias que pueden llegar a existir (por ejemplo: no contar con testigos dispuestos a declarar por temor a ser despedidos posteriormente), ya que lo anterior trae como consecuencia que el contrato se entienda terminado por la renuncia del trabajador sin que exista derecho a indemnización alguna y quedando el empleador totalmente impune, y más aún, este trabajador podría, incluso, verse expuesto a un juicio en su contra por lesión a la honra del empleador demandado por acoso, fundándose en una supuesta acusación maliciosa o fraudulenta de parte de la víctima. Por ende, es totalmente necesaria una modificación a la actual ley sobre esta materia. Aunque es un principio general que todo daño debe ser reparado, incluyéndose, claramente, el daño moral como concluimos anteriormente, para evitar toda duda, puede ser recomendable incluir expresamente la procedencia del resarcimiento del daño moral para la víctima, como consecuencia del acoso sexual. Asimismo se hace necesario uniformar el camino procesal que debe seguir el trabajador víctima de acoso sexual para evitar un potencial conflicto de competencia, o la preclusión de la acción por haber optado previa y erróneamente a otra instancia judicial.

Además de la normativa legal, se hace imprescindible la adopción de una política en el ámbito de la empresa para enfrentar esta materia. Lógicamente el objetivo principal debe ser cambiar el comportamiento y las actitudes de los trabajadores, evitar la comisión de las conductas de acoso sexual al interior de la empresa y garantizar a las víctimas el cese de ellas y el pleno restablecimiento de sus derechos vulnerados. Las conductas de asedio sexual ocurren al interior de la empresa, por lo que resulta importante hacer saber al empleador, sea éste el acosador o no, que en definitiva la responsabilidad por la conducta ilícita recae en él, pues sobre él pesa la obligación de brindar protección al trabajador al interior de la empresa. De esta forma, es imprescindible que la empresa se involucre plenamente como tal en el tema del acoso sexual, debiendo inculcar a todos sus trabajadores la responsabilidad de ayudar a garantizar un entorno laboral en el que se respete la dignidad de los mismos y fomentar positivamente entre ellos la aplicación de una política contraria a estos hostigamientos. Los trabajadores pueden contribuir a evitar el acoso sexual si son conscientes del problema y se muestran sensibles al mismo, asegurándose de que sus propias normas de conducta y las de sus compañeros no son ofensivas y apoyando a los compañeros que sufren dicho trato. Dentro de esta misma política, una medida importante para evitar la ocurrencia del acoso sexual, o bien para garantizar que si el problema ocurre éste será resuelto con eficacia lo constituye la formación y capacitación especial de los directores y supervisores en materias de acoso sexual, para que sean capaces de proporcionar asesoramiento y asistencia a los trabajadores objeto de acoso.

Además, desde esta perspectiva, el procedimiento formal establecido por la ley para conocer de las denuncias de acoso sexual debería considerarse solo como un elemento de la estrategia para enfrentar este problema. Como es lógico suponer, la mayoría de las víctimas de acoso buscarán simplemente que éste cese lo antes posible, por ende, estimamos que debería disponerse tanto de métodos formales pero también informales para resolver estos problemas, como recurrir a un mediador dentro de la empresa, compañero de trabajo o superior jerárquico⁶⁶. Además, por su naturaleza el acoso sexual puede dificultar la utilización de los canales regulares de presentación de denuncias por vergüenza, miedo a no ser tomado en serio, a dañar la propia reputación, o por temor a las represalias, etc.

En caso que solo se pueda subsanar la conducta por la vía del procedimiento legal, es importante garantizar que la investigación interna sea objetiva, independiente y sea llevada a cabo con tacto y debido respeto a los derechos de los involucrados, debiendo limitarse solo a los hechos denunciados. En términos prácticos, también se puede recomendar que la denuncia, en primera instancia, sea presentada ante una persona del mismo sexo del denunciante, si así lo desea, y además que tanto denunciante y denunciado tengan derecho a ser acompañadas y/o representadas, quizá por un representante de su sindicato, un amigo, un compañero o bien derechamente por un profesional del área jurídica. Además, esta investigación interna debería ser llevada adelante por un trabajador capacitado especialmente para tal efecto, con suficiente independencia y objetividad, dando garantías a las partes de su imparcialidad y en la medida de lo posible que cuente con formación jurídica de modo que cuente con herramientas que le permitan profundizar en sus indagaciones e ir más allá de los aspectos más evidentes de las denuncias.

Asimismo, si la investigación no arroja un resultado concluyente respecto de la responsabilidad del imputado, es recomendable que el empleador le ofrezca al denunciante la posibilidad de un traslado o la reorganización de su trabajo para que no continúe laborando junto al denunciado.

Además de todo esto, sería recomendable implementar sistemas y destinar recursos que permitan hacer seguimientos a las empresas en el cumplimiento de las sanciones decretadas y a los efectos sufridos por las víctimas de acoso, pudiendo intervenir profesionales y organismos especializados en el tratamiento y saneamiento de las consecuencias negativas derivadas de las conductas hostigamiento sexual.

⁶⁶ En nuestra legislación laboral no existiría inconveniente alguno en que se realizaran estos trámites extraoficiales dentro del plazo de 5 días que contempla el artículo 211-C del Código del Trabajo, para que el empleador decida iniciar la investigación interna o remitir los antecedentes a la Inspección del Trabajo.

El acoso sexual es una cuestión tanto empresarial como también sindical. Si bien la ley no hace referencia a los sindicatos y como estos pueden tener un rol activo en la prevención del acoso sexual, la posibilidad de que el Sindicato ampare a sus trabajadores frente a este tipo de conductas se enmarca plenamente dentro de los fines de las organizaciones sindicales establecidos en el art. 220 del CT. Por lo anterior los Sindicatos deben formular declaraciones claras de política frente al acoso sexual y adoptar medidas que aumenten la sensibilización ante este problema para ayudar a crear un ambiente en que no se tolere ni se ignore este hostigamiento, proporcionando toda la ayuda y orientación que sea necesaria a sus afiliados. La experiencia en otros países plantea que resulta de gran utilidad incluir en los convenios colectivos protocolos para abordar el tema, que incorporen cláusulas de prevención del acoso sexual y que describan los procedimientos de denuncia y sanción que se aplicarán al interior de la empresa. (Carrasco et al, 2009: p. 93)

Finalmente, en vista de la gravedad que reviste la figura del acoso sexual, se torna imprescindible la realización de campañas de sensibilización dirigidas al conjunto de la población, y de manera específica a aquellos sectores particulares involucrados en el problema y su erradicación, como son los empresarios, sindicatos, trabajadores, jueces y fiscales, entre otros, de manera que se denuncien estos hechos que tienen consecuencias desastrosas en la vida profesional y la salud física y psíquica de la víctima, reduciendo su capacidad de trabajo, su autoestima y su eficiencia, y representando a la vez un obstáculo para su desarrollo y para el avance hacia la igualdad de oportunidades.

En definitiva, tanto la regulación legal, como todas las políticas o medidas que se adopten a nivel empresarial, sindical, estatal o en el plano individual, deben siempre tender a erradicar las conductas de acoso sexual, crear conciencia sobre su gravedad, proteger y otorgar un pronto resguardo y ayuda a la víctima de acoso, y finalmente garantizar a los trabajadores, y en particular a las trabajadoras, en cuanto grupo social más vulnerable frente a este ilícito, una equitativa participación y un normal desarrollo en el plano laboral, como lo demanda una elemental noción de solidaridad y de justicia social, teniendo siempre como base el respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales emanados de ella.

❖ Bibliografía

- Constitución Política de la República de Chile
- Código del Trabajo
- Ley 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual en Chile
- Sentencia Banco Meritor v/s Vinson
- Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas (1991): Relativa a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo 92/131.
- OIT (1985): Resolución sobre Igualdad de Oportunidades y de trato para los trabajadores y trabajadoras en el empleo.
- Del Rey Guanter, Salvador (1993): *Acoso sexual y Relación laboral*, Relaciones Laborales, Tomo I
- Moreno Manglano, Carlos (1999): *El acoso sexual: Elementos sustitutos y problemas procesales a propósito de la STC*, Actualidad laboral, Tomo I.
- Palavecino Cáceres, Claudio (2006): *El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno*, Revista de Derecho de Valdivia, Versión en línea.
- Lizama Luis y Ugarte, José Luis (2005): *Nueva Ley de Acoso Sexual*.
- Bascuñán, Antonio (1997): *Acoso Sexual y Derecho Penal*, Revista de Derecho y Humanidades.
- Mejías, Ana María (2001): *El acoso sexual en el trabajo, análisis y propuestas para su prevención*, Edita UGT-P.V.
- Lambert Vicent, Jennifer (2009): *El acoso sexual y la consagración de sus modalidades en el texto legal*. Revista Laboral Chilena.
- Suazo Schwenke, Carolina (2000): *Discriminación laboral en razón del sexo*, Ediciones Congreso.

- Calero y Navarro (2003): *El mobbing o acoso psicológico en el trabajo*, Editorial UGT-P.V.
- Cortina, Lilia; Wasti, Arzu (2005): *Profiles in coping responses to sexual harassment across persons, organizations and cultures*, Journal of applied psychology, University of Michigan.
- Matthei, Hedy (2005) *Informe sobre la ley 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual*
- Fritz, Norma (1989): *El acoso sexual y la mujer trabajadora*, Revista Working Woman.
- Dirección del trabajo (1997): Orden del servicio N° 8.
- Carrasco, Celina y Vega, Patricia (2009) *Acoso Sexual en el Trabajo ¿Denunciar o Sufrir en Silencio? Análisis de denuncias*. División de Estudios, Dirección del Trabajo.
- Caamaño, Eduardo; Carvajal, Gabriela y Jiménez, Patricio (2005) *El Acoso Sexual En La Empresa. Análisis de la ley N° 20.005*
- Toledo, Patsilí (2006). Ley N° 20.005 sobre acoso sexual en Chile, Anuario de Derechos Humanos, 2006
- Dirección del Trabajo (1997): Orden del servicio N° 8 *Establece Procedimiento para la Investigación y Fiscalización de las denuncias por acoso sexual en las empresas*.
- Dirección del Trabajo (2005) Dictamen N° 1133/36 de 21.03.2005 fija el sentido y alcance de las normas contenidas en la Ley N°20.005, sobre prevención y sanción del acoso sexual en Chile
- Comisión Europea (1992) Código Practico de Conducta para Combatir el Acoso Sexual en la Empresa.
- Compilado de Jurisprudencia. “La Semana Jurídica N° 129”, semana del 28 de abril al 04 de mayo del 2003.
- Informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara recaído en el proyecto de ley sobre acoso sexual (Boletín N° 1419-07-03)
- Segundo Informe Complementario de la Comisión de Trabajo y Previsión Social (Boletín N° 1419-07-03)