

EL NUEVO ILÍCITO DE ACOSO SEXUAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO

*Claudio Palavecino Cáceres**

RESUMEN

En este trabajo se plantea un análisis crítico del nuevo ilícito de acoso sexual introducido en el orden jurídico chileno por la Ley N° 20.005/2005. Se trata de responder a la pregunta si la tutela que ofrece la nueva regulación es adecuada y suficiente para prevenir, sancionar y reparar los efectos lesivos del acoso sexual laboral. Se procura definir un concepto material del fenómeno. Al contrastar tal concepto con la noción jurídico-normativa, se detecta un déficit en la tipificación legal que deja fuera una parte significativa de los actos de acoso. Se analizan los distintos mecanismos de protección, incluido el nuevo procedimiento de tutela de los derechos fundamentales. Se concluye que, si bien la nueva legislación constituye un avance en esta materia, contiene deficiencias de técnica jurídica que pueden tornarla inoperante.

ACOSO SEXUAL – DERECHOS FUNDAMENTALES – INTIMIDAD

Sexual harassment: the new form of illegality in Chilean labour law

ABSTRACT

This paper presents a critical examination of sexual harassment, a new form of illegality introduced in the Chilean legal system by Law N° 20.005 /2005. The aim of the article is to determine if the protection offered by this new legislation is adequate and sufficient to prevent, punish and repair the harmful effects produced by sexual harassment in the workplace. The author tries to conceptualize the reality of sexual harassment. When confronting the concept with the legal definition of the phenomenon, the author finds that the legal definition is under inclusive, because it does not cover significant number of conducts involving harassment. The paper examines the variety of protection mechanisms, including the new judicial procedure of protection of fundamental rights. The author concludes that, although the new legislation represents an improvement on the subject, it could be difficult to enforce due to the imperfections of its legal technique.

SEXUAL HARASSMENT – FUNDAMENTAL RIGHTS – PRIVACY

* Abogado, Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en los programas de postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: claudio.palavecino@cl.ey.com. Artículo recibido el 28 de abril de 2006 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 30 de mayo de 2006.

1. CONCEPTO

La doctrina científica coincide en que la delimitación conceptual del acoso sexual es una tarea compleja.¹ Tal complejidad se intensifica cuando lo que se pretende obtener es la determinación de un concepto material del fenómeno, esto es, una representación lo más cabal posible del mismo, antes de ser aprehendido por el derecho positivo, y no la sola determinación del concepto normativo-jurídico resultante de esta aprehensión.²

Conviene contrastar el concepto material de acoso sexual con el concepto normativo-jurídico, con miras a formular la valoración acerca de la suficiencia de la tutela ofrecida por la legislación introducida en Chile recientemente. Esta operación resultará útil, además, para evitar los errores en que ha incurrido la dogmática iuslaboralista nacional al realizar la descripción y, luego, la valoración político-laboral del nuevo ilícito –particularmente en relación con el bien jurídico tutelado y extensión del tipo legal– inducida por una –quiero suponer– inadvertida superposición entre ambos conceptos.

Pues bien, en orden a la delimitación material de nuestro objeto de estudio, identifico a continuación cuatro hipótesis que abarcan, con una moderada pretensión de plenitud, la fenomenología del acoso sexual laboral:³

La petición 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.

La petición insistente de favores sexuales, en el lugar de trabajo, sin tomar en cuenta el rechazo manifiesto del solicitado.

La realización reiterada de conductas, comentarios o alusiones de carácter sexual en el lugar de trabajo, sin tomar en cuenta su ofensividad para otro. Quedan incluidas aquellas prácticas que obscenizan la relación entre trabajadores y degradan las normales condiciones del clima laboral: expresiones vulgares, alusiones abusivas, burlas hacia la preferencia sexual de las personas, comentarios y gestos indecentes y procaces, etc.⁴

Las conductas descritas en los casos 2 y 3, ejecutadas de forma sistemática y recurrente durante un tiempo prolongado con el propósito de determinar a la víctima a dejar su trabajo mediante una fórmula alternativa que cree la apariencia de autoexclusión.

¹ Por todos, en el derecho comparado, Del Rey Guanter, S.: “Acoso sexual y relación laboral”, en *Relaciones Laborales*, tomo I, 1993, p. 233; y dentro de la doctrina científica nacional, Martínez Estrada, E.: “Acoso sexual en el trabajo”, en *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, Universidad San Sebastián, Nº 3, 2001, p. 91.

² En este caso, de la noción de acoso sexual explícita o implícitamente adoptada como supuesto para su sanción por un ordenamiento jurídico en concreto.

³ Sigo, tomándome algunas libertades, el esquema que trazara Bascuñán Rodríguez, A.: “Acoso Sexual y Derecho Penal”, *Revista de Derecho y Humanidades*, Nº 5, 1997, pp. 7 a 20.

⁴ Conti, A.: *El Acoso Sexual en el Lugar de Trabajo*, Artes Gráficas Unidas, Bogotá, sin fecha, p. 123.

La hipótesis 1 corresponde al concepto de acoso sexual coercitivo, de intercambio o *quid pro quo*, jerárquico, impropriamente llamado “chantaje sexual”.⁵ El sujeto activo condiciona una decisión suya en el ámbito laboral —la contratación, la determinación de las condiciones de trabajo o el despido— a la respuesta que el sujeto pasivo dé en el ámbito sexual.⁶ Por ende, el acoso sexual coercitivo supone siempre un ejercicio de poder o, si se quiere, una relación desigual de poder entre acosador y víctima, que haga verosímil la consecuencia laboral conectada con la proposición sexual.⁷

Las hipótesis 2, 3 y 4 son especificaciones del así llamado “acoso sexual ambiental”. Esta modalidad de acoso se diferencia de la anterior en que la aceptación o el rechazo de la propuesta sexual, o de la conducta de connotación sexual, no está asociada a una promesa o amenaza de consecuencias favorables o desfavorables verificables en condiciones de trabajo específicas del sujeto pasivo. No hay tal promesa o amenaza, o si la hay, es inidónea, porque no se da una relación jerárquica entre victimario y víctima, que sea laboralmente relevante para causar una alteración de las condiciones contractuales (hipótesis 2); se habla en tal caso de acoso sexual “horizontal”;⁸ o bien, porque la conducta de connotación sexual no está dirigida a obtener de quien la padece una contraprestación de la misma naturaleza y, por tanto, resulta innecesario conectarla a una recompensa o a una amenaza (hipótesis 3); o, finalmente, porque los actos de implicancia sexual están dirigidos concretamente a desestabilizar la psique de la víctima y no a la satisfacción de un deseo sexual del victimario (hipótesis 4), en cuyo caso el acoso sexual se superpone con el *mobbing* o acoso moral.⁹

⁵ Como observa Bascuñán Rodríguez, esta denominación es inapropiada: Por “chantaje” se entiende en sentido propio un caso especial de coerción mediante amenaza, caracterizado por la particular naturaleza del medio empleado y el fin perseguido: en el chantaje se amenaza con revelar información confidencial para obtener un provecho patrimonial. Ninguna de estas dos características se cumplen en el acoso sexual. La víctima de chantaje debe pagar dinero para asegurar el silencio; en cambio, la víctima del acoso sexual coercitivo debe realizar un acto sexual para no sufrir un perjuicio relacionado con su actividad laboral. (*Op. cit.*, p. 11, nota 11).

⁶ Del Rey Guanter, S.: *op. cit.*, p. 242.

⁷ Coinciden en ello Pérez del Río, T.: “El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social”, *RL*, tomo II, 1990, p. 184; Del Rey Guanter, S.: *op. cit.*, pp. 235 y 243; Martínez Vivot, J.: *Acoso Sexual en las Relaciones Laborales*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 22; Sánchez, E. y Larrauri, E.: *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 26 y ss.; Caamaño Rojo, E. et al.: *El acoso sexual en la Empresa. Análisis de la Ley 20.005*, Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 12; Lizama Portal, L. y Ugarte Cataldo, J.: *Nueva Ley de Acoso Sexual*, Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 13.

⁸ En contra Pérez del Río, para quien “todo acto de acoso (sea ambiental, sea chantaje) es manifestación de una relación de poder y se encuentra íntimamente relacionado con la situación de inferioridad de las mujeres en el mercado de trabajo. Contrariamente a lo que se cabría suponer, no son las mujeres más atractivas las que corren mayor riesgo de ser acosadas, sino las más vulnerables, y se ejerce normalmente desde posiciones de superioridad (aunque sólo sea física) y en momentos o situaciones caracterizados por la debilidad de la víctima”, *op. cit.*, p. 184.

⁹ También “el paso de uno a otro es frecuente”, como observa Hirigoyen, M.-F.: *El acoso moral en el trabajo*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 32; sobre el acoso moral o *mobbing*, *vid.* Palavecino Cáceres, C.:

En el acoso sexual ambiental lo definitorio es el desarrollo de un comportamiento de naturaleza sexual de cualquier tipo que tiene como consecuencia –querida o no, ello no es relevante a estos efectos– producir un contexto laboral negativo –intimidatorio, hostil, ofensivo, humillante– para un trabajador, lo cual, a su vez, tiene como consecuencia que dicho trabajador no pueda desarrollar su prestación laboral en un ambiente mínimamente adecuado. Estamos ante la creación de un ambiente sexualmente ofensivo.¹⁰

A partir de las cuatro hipótesis expuestas es posible abstraer los elementos comunes a todas ellas, los cuales constituyen las notas esenciales del concepto de acoso sexual. A saber: a) se trata de un comportamiento sexual o de connotación sexual; b) que es indeseado por el sujeto afectado. Dado que nuestro objeto de estudio es el acoso sexual “en el trabajo” cabe agregar un tercer elemento, locativo, conforme al cual el comportamiento sexual, o de implicancias sexuales, indeseado, se desarrolla en el ámbito de organización y dirección del empresario (c).

a) *Una conducta de carácter sexual o de connotación sexual*

En cuanto al primer elemento de la definición, “comportamiento o conducta” debe entenderse en un sentido amplio que comprenda acciones de carácter verbal, escrito, gestual o de contacto físico.

Por conductas de “carácter” sexual, o “conductas sexuales” a secas, entiendo actos de exhibicionismo, tocamientos, roces que involucran los órganos genitales o las zonas del cuerpo comúnmente consideradas erógenas (senos, glúteos, etc.), y por actos de “connotación” o “implicancia” sexual las propuestas, insinuaciones, lenguaje o gestos vulgares, exhibición de material pornográfico, etc.

Coincido con Del Rey Guanter, en que el término “sexual” debe ser interpretado en sentido estricto –esto es, como comportamientos que estén directa o indirectamente referidos a los órganos sexuales y con sus condiciones anatómicas y fisiológicas, muy especialmente en lo relacionado con el placer carnal– y no en la intelección más amplia que identifica sexo con género.¹¹

De ahí que, en mi opinión, no queden comprendidas dentro del concepto de acoso sexual otras formas de hostigamiento que no son sexuales en sentido estricto, vale decir, que no involucran ni conllevan una alusión, siquiera implícita, a los genitales, a las zonas erógenas del cuerpo, al acto sexual u otras modalidades de obtención de satisfacción sexual u opciones sexuales, aunque manifiestan ciertamente una discriminación de género. Frases misóginas, vale decir, sexistas, pero no sexuales, tales como “usted debería estar en la casa cuidando los niños”; “una mujer

“La protección contra el acoso psíquico-laboral en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen XVII, diciembre 2004, pp. 63-89.

¹⁰ Del Rey Guanter, S.: *op. cit.*, pp. 243 y 244.

¹¹ *Op. cit.*, pp. 235 y 248.

no debería aceptar esta responsabilidad”; “este es un trabajo para hombres”, no serían, por tanto, constitutivas de acoso sexual desde esta perspectiva.¹²

b) *Una conducta indeseada por el afectado*

Los pensamientos y las pulsiones sexuales forman parte innegable del mundo psíquico de toda persona y determinan una parte relevante de las conductas humanas. El ímpetu biológico de lo sexual se ve potenciado, en nuestros días, por un pansexualismo cultural del que los medios de comunicación proporcionan múltiples ejemplos que, por evidentes, resulta innecesario citar. En este contexto, es prácticamente imposible extirpar todo componente erótico de las relaciones laborales, que son, al fin y al cabo, relaciones humanas.

Por consiguiente, surge la necesidad de un elemento que permita distinguir la “conducta interpersonal de connotación sexual socialmente aceptable” (Martínez Estrada)¹³ del acoso sexual. El elemento que permite tal diferenciación es la indeseabilidad de la conducta sexual para el afectado. La persistencia en el comportamiento sexual después que la persona objeto de ella ha manifestado que le resulta indeseable es lo que transforma dicha conducta en acoso.

Por tanto, no constituyen propiamente acoso las acciones de naturaleza sexual queridas por el sujeto al cual se dirigen, aunque den lugar en el trabajo a una suerte de “favoritismo sexual”.¹⁴

Ahora bien, la manera en que ha de manifestarse tal rechazo es una cuestión problemática. 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. Ha de tenerse en cuenta que en el acoso sexual coercitivo (hipótesis 1) el sujeto activo está en una posición de poder en relación con el sujeto pasivo, posición desde la cual puede adoptar decisiones desfavorables en relación con las condiciones de trabajo de la víctima. Un justificable temor de represalias laborales

¹² En contra, Schultz, V., para quien “las formas de acoso son muy numerosas. Incluyen definir el trabajo como apto sólo para hombres; denigrar la forma cómo la mujer lo hace y cuestionar su habilidad; ayudar de forma paternalista; no ofrecer toda la información, oportunidades o entrenamiento necesario para hacer bien el trabajo; actos conscientes de sabotaje; evaluar de forma sexista; no ascender de cargo a las mujeres; aislar a las mujeres de las redes informales que son las que dan un sentimiento de pertenencia; negar a las mujeres determinados privilegios; ordenar trabajos basados en estereotipos sexuales y que no están dentro de sus funciones (como servir café); bromas, mofas, tomaduras de pelo diseñadas para recordar a las mujeres que son distintas y que este no es su sitio; y abordando físicamente o amenazando con hacerlo si la mujer se atreve a enfrentarlo” (“Reconceptualizing sexual harassment” [1998], citado por Sánchez, E. y Larrauri, E.: *op. cit.*, p. 27).

¹³ *Op. cit.*, p. 93.

¹⁴ En contra, Del Rey Guanter, S.: “En cuanto indeseado, hay que incluir como acoso sexual el de carácter indirecto: cuando se favorece la promoción o las mejores condiciones de trabajo de aquellos trabajadores que conceden sus “favores sexuales” a sus superiores, siendo relegados los criterios de méritos o antigüedad” (*op. cit.*, p. 238).

puede inhibir al acosado de adoptar una conducta activa, de rotundo e instantáneo rechazo, ante los avances o requerimientos del superior. En tales circunstancias la indeseabilidad puede también manifestarse a través de un comportamiento evasivo o dilatorio de la víctima.

No se debería, pues, hacer recaer todo el peso de la determinación de este elemento en la actitud que adopte el acosado, en contra de lo que parece desprenderse del citado Código de Conducta, donde se señala que “*corresponde a cada individuo determinar el comportamiento que le resulta aceptable y el que le resulta ofensivo*”. En mi opinión, 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.¹⁵

Por otra parte, es preciso distinguir claramente la indeseabilidad de las proposiciones sexuales, constitutiva del acoso, de la eventual participación del sujeto pasivo de las acciones propuestas, circunstancia esta última a la que, todo lo más, se le debería atribuir un valor de indicio de aceptación de la conducta.¹⁶ Pero lo que no se puede hacer es inducir, sin más, de tal participación la ausencia de indeseabilidad de la conducta en el afectado, por cuanto ello conduciría en muchos casos al absurdo de negar el carácter de acoso sexual al hostigamiento que consigue su objetivo. La situación de vulnerabilidad económica, física y/o emocional de la víctima, que es precisamente aprovechada por el acosador, puede conducirla a ceder aun en contra de su deseo ante los avances o requerimientos de éste.

c) *Una conducta desarrollada en el ámbito de la relación de trabajo*

Si bien el acoso sexual aparece como un problema eminentemente laboral, concebido en un sentido amplio el fenómeno puede producirse también en otras esferas distintas de la relación de trabajo, tales como la universidad, en los medios de transporte público o incluso en la calle. De ahí que sea pertinente añadir un elemento locativo a fin de perfilar el objeto de nuestro estudio: la conducta sexual indeseada debe desarrollarse dentro del ámbito de organización y dirección del empresario.¹⁷

No configuran acoso sexual laboral las conductas de carácter sexual o de implicancias sexuales indeseadas por el sujeto pasivo, aun cuando fueran ejecutadas por

¹⁵ El Tribunal Constitucional español parece inclinarse por una valoración más objetiva de este elemento: “En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso”. (STC 224/1999, de 13 de diciembre de 1999).

¹⁶ Vid. Del Rey Guanter, S.: *op. cit.*, p. 238.

¹⁷ Del Rey Guanter, S.: *op. cit.*, p. 240.

compañeros de trabajo, si se producen fuera del ámbito espacial en que el empleador organiza y dirige los factores productivos.

Para concluir este acápite podemos definir el acoso sexual en el trabajo como un *comportamiento de carácter o connotación sexual, que es indeseado por el sujeto afectado y que se desarrolla en el ámbito de organización y control del empresario.*

2. BIENES JURÍDICOS QUE RESULTAN LESIONADOS POR EL ACOSO SEXUAL LABORAL

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales del sujeto afectado, el acoso sexual es un comportamiento pluriofensivo. Como observa Pérez del Río, “pocas actuaciones en el ámbito de la relación de trabajo implican una violación simultánea de tantos derechos fundamentales constitucional y legalmente reconocidos”.¹⁸

Y como esos derechos hallan su fuente material en las exigencias que impone a la recta razón la aceptación de la dignidad de la persona humana —como petición de principio—,¹⁹ de manera tal que los derechos fundamentales son lógicas proyecciones de aquella premisa incuestionable, el acoso sexual constituye en última instancia un agravio contra la dignidad de la persona. Conviene detenerse a examinar qué derechos fundamentales son vulnerados por esta conducta y de qué manera se configura la lesión.

2.1. *El acoso sexual es ante todo un atentado contra el derecho a la intimidad*

Por su propia naturaleza, el acoso sexual laboral constituye una intromisión indeseada en la sexualidad de una persona, y la sexualidad es, por antonomasia, un espacio comprendido dentro de la esfera íntima de cada individuo. Así, pues, el acoso sexual significa siempre un atentado contra el derecho a la intimidad, sea varón o mujer la víctima del mismo,²⁰ derecho garantizado de manera un tanto difusa, aunque inequívocamente, por la CPR.

También se ve comprometida la intimidad por el acoso sexual en su modalidad coercitiva, en cuanto esa conducta se manifiesta como una interferencia externa,

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 181 y 184. En el mismo sentido, Sánchez, E. y Larrauri, E.: *op. cit.*, p. 35.

¹⁹ Safranski se pregunta: “¿Nace el hombre dotado de dignidad tal como nace dotado de miembros corporales? Es evidente que no. La dignidad es “reconocida”, pero ¿qué instancia la reconoce? Hoy decimos que esa instancia es la sociedad. La sociedad se figura y hace obligatorio el principio de que hay que tratar al hombre y, por cierto, a todos los hombres, como seres que tienen “dignidad” [...] Cuando la Ley Fundamental de la antigua República Federal de Alemania califica de “inviolable” la dignidad del hombre y la sustrae explícitamente a la decisión de una mayoría democrática, sin duda, hace el intento de erigir un tabú sagrado en un mundo secularizado”. (Safranski, R.: *El Mal o el drama de la libertad*, Tusquets, Barcelona, 2000, pp. 245 y 246).

²⁰ En el mismo sentido, vid. Rojas Miño, I.: “¿Por qué se debe legislar sobre el acoso sexual en el trabajo?”, *Revista Laboral Chilena*, mayo de 1998, p. 68; también Del Rey Guanter, quien señala que “el acoso sexual siempre y en todo caso es un atentado a la intimidad personal” (*op. cit.*, p. 248).

agresiva e ilegítima en el ámbito de las decisiones individuales, lo que admite, además, enfocar al acoso sexual como un atentado contra la intimidad decisoria de la persona, entendida como posibilidad de autodeterminación²¹ (en especial, aunque no exclusivamente, la autodeterminación sexual). Pues el acosador persigue a través de su hostigamiento doblegar la voluntad del acosado y determinarla a realizar o tolerar una conducta indeseada, conducta que la víctima no está jurídicamente obligada a realizar ni a tolerar.

2.2. *El acoso sexual suele afectar también el derecho a la no discriminación*

Ahora bien, en la gran mayoría de los casos, el acoso sexual entraña, además, un agravio contra el derecho a la no discriminación en el trabajo (19 Nº 16 inc. 3º CPR).²²

En efecto, en los hechos, el acoso sexual laboral afecta a un número infinitamente superior de mujeres que de hombres, siendo evidente que la mayor parte de esos hostigamientos no hubiese tenido lugar, si la víctima no hubiera pertenecido al sexo femenino.²³ Resulta claro que muchas veces el móvil de la conducta es discriminatorio y no sexual. Advierte al respecto Vicky Schultz que el acoso sexual persigue incomodar y alejar a mujeres de trabajos considerados normalmente masculinos, en especial, en áreas como la policía o ejército, y seguir manteniendo estos trabajos como “*cosa de hombres*” [...] el acoso ambiental es una forma de retener los mejores trabajos en manos de los hombres; de persistir en la definición de estos como trabajos masculinos; y, en últimas, de perpetuar la desigualdad económica, relacionada con la desigualdad de poder, de influencia y de representación política.²⁴

2.3. *El acoso sexual puede afectar el derecho a la integridad física y psíquica*

Por último, el acoso sexual puede comprometer también el derecho a la integridad física y psíquica (art. 19 Nº 1 CPR) al constituirse en fuente de deterioro psicológico para la víctima –produciendo efectos tales como ansiedad, tensión, irritabilidad, incapacidad de concentración, insomnio, fatiga, dolores de cabeza y otras manifestaciones de estrés– e inclusive en causa de lesiones corporales.²⁵

²¹ En el derecho comparado, particularmente de raíz anglosajona, la expresión “intimidad” (*privacy*) se viene asociando cada vez con más frecuencia a la noción de autonomía. Problemas como el aborto y el control de la natalidad, así como los relativos a la libertad de conciencia, que se refieren claramente a la autonomía individual, son enfocados como cuestiones de intimidad (*Vid.* Sánchez-Caro, Javier y Jesús Sánchez-Caro, Jesús: “Evolución y fundamentos del concepto de intimidad. Aspectos bioéticos y jurídicos”, en *VVAA: Gen-Ética*, 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2003, p. 207 y ss.).

²² Del Rey Guanter, S.: *op. cit.*, p. 248.

²³ Pérez del Río, T.: *op. cit.*, p. 187.

²⁴ Citada por Sánchez, E. y Larrauri, E.: *op. cit.*, p. 26 y 27.

²⁵ *Vid.* Pérez del Río, Teresa: *op. cit.*, p. 190 y ss.

3. EL NUEVO ILÍCITO DE ACOSO SEXUAL EN LA LEGISLACIÓN LABORAL CHILENA

La figura del acoso sexual aparece por vez primera en el ámbito del derecho chileno con la Ley 20.005, de 18 de marzo de 2005, la cual “*tipifica y sanciona el acoso sexual*”, según reza su título.

La citada ley introduce en el art. 2° CT una definición de acoso sexual, señalando de paso que dicha conducta es contraria a la dignidad de la persona; obliga al empleador a introducir en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad “*las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores*” (art. 153 inc. 2° CT); modifica el art. 154 CT, prescribiendo que dicho reglamento deberá contener “*el procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual*”; agrega como nueva causal de despido disciplinario y de despido indirecto las “*conductas de acoso sexual*” (arts. 168, letra b, y 171, inc. 2°, CT), abriendo, en el caso del despido indirecto, al trabajador afectado, la posibilidad de reclamar del empleador “*las otras indemnizaciones a que tenga derecho*” (art. 171, inc. 3°, CT) y haciéndolo responsable, a su vez, de los perjuicios que cause al afectado si “*hubiese invocado la causal [...] falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada*” (art. 171, inc. final, CT); y, por último, introduce un procedimiento de “*investigación y sanción del acoso sexual*” (Título IV, Libro II CT).

Cabe destacar, en primer término, que la nueva normativa configura a favor del trabajador un derecho subjetivo de protección contra el acoso sexual en el ámbito de la relación de trabajo. Tal derecho es exigible frente al empleador, a quien la ley le impone como contrapartida tres obligaciones básicas: a) la incorporación de normas preventivas contra el acoso sexual; b) la regulación del procedimiento frente a dicha conducta, incluyendo las medidas de resguardo y el régimen de sanciones, y c) la comunicación a la Inspección del Trabajo de la denuncia o, en su caso, de las conclusiones de la investigación interna que hubiere efectuado. Tales obligaciones son corroboradas y reforzadas por las normas de procedimiento que introduce la propia ley, conforme a las cuales, “*recibida la denuncia, el empleador deberá adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados*” (art. 211-B, inc. 1°, CT); “*dispondrá la realización de una investigación interna de los hechos o, en el plazo de cinco días, remitirá los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva*” (art. 211-C, inc. 1° CT); y, finalmente, deberá “*disponer y aplicar las medidas o sanciones que correspondan*” (art. 211-E CT).

De manera que no sólo resulta sancionable y genera responsabilidad para el empleador su participación activa en conductas de hostigamiento sexual, sino que también la omisión de cumplimiento de las obligaciones de prevención, denuncia, protección y represión frente al acoso sexual realizado por sus dependientes dentro del ámbito espacial que aquél organiza y dirige. La ley intensifica la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior de la empresa colocando al empleador en una posición de garante de “*un ambiente laboral digno y de mutuo respeto de los trabajadores*” (art. 153, inc. 2°, CT).

3.1. *El déficit de tipificación legal*

De conformidad al art. 2º, inc. 2º, CT se entiende por acoso sexual “*el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentido por quien lo recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo*”.

El tipo parece dirigirse únicamente a la protección del bien jurídico de la libertad sexual, entendida como “aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo”.²⁶ A esta conclusión lleva, por una parte, el que la acción típica consista en realizar “*requerimientos de carácter sexual*”, vale decir, solicitar favores de tal naturaleza y, por otra, la exigencia que tales requerimientos no sean consentidos por su destinatario. Insisto, pues, en que, tal como está redactado, el tipo aparece estructurado claramente como un atentado contra un bien jurídico específico: la libertad sexual de la víctima. Por tanto, no veo cómo se pueda extraer de la norma el pródigo listado de bienes jurídicos que ofrecen los comentaristas nacionales.²⁷ El tipo exige, además, la producción de un resultado típico, el perjuicio de la situación laboral o de las oportunidades en el empleo de la víctima o, cuando menos, la creación de un peligro o de una amenaza de tal perjuicio. Resultado que parece remitirnos al acoso coercitivo o *quid pro quo* y a la existencia de un sujeto agente idóneo para producir aquellas consecuencias. De modo que el acoso sexual exigiría un sujeto activo calificado, a saber: el empleador o sus representantes en la empresa.

No obstante, se ha dicho, acaso impensadamente, que “en el caso chileno la ley no deja margen de duda: el acoso sexual puede ser cometido por el empleador (acoso vertical) o un compañero de trabajo, ya sea uno del mismo o inferior plano jerárquico (acoso horizontal o ambiental)”.²⁸ Tal afirmación resulta asaz sorprendente, puesto que no se compadece con la recién examinada redacción del tipo del art. 2º inc. 2º CT que sólo tipifica el acoso sexual coercitivo o de intercambio, dejando, en principio, como conductas atípicas el requerimiento sexual efectuado por quien no tiene poder de influir en las condiciones u oportunidades de trabajo de la víctima –acoso sexual horizontal– y aquellas otras formas de acoso que no buscan la obtención de favores sexuales.

Por tanto, para ampliar la extensión del tipo a otros sujetos activos, distintos del empleador y de sus representantes, es preciso un esfuerzo hermenéutico. En primer lugar, hay que concordar el art. 2º inc. 2º CT con el art. 160 Nº 1 letra b) CT; esta última disposición permite sancionar con el despido disciplinario al trabajador que incurre en “conductas de acoso sexual”. Aquí hay un primer indicio de que tales conductas pueden ser cometidas por sujetos distintos del empleador. Con

²⁶ Muñoz Conde *et al.* (citados por Del Rey: *op. cit.*, p. 247, nota 73).

²⁷ Cfr. Caamaño Rojo, E. *et al.*: *op. cit.*, pp. 21 y ss.

²⁸ Lizama, L. y Ugarte, J. L.: *op. cit.*, p. 14. Aunque más adelante (p. 16) los autores reconocen “las dudas que podría generar” la “redacción literal” del art. 2º inc. 2º CT.

todo, esta norma nos reconduce a la definición del art. 2° inc. 2° CT y a la exigencia del tipo en orden a que la víctima vea amenazada o perjudicada “*su situación laboral o sus oportunidades en el empleo*”. Volvemos, pues, al punto de inicio: habría acoso sexual laboral sólo cuando el sujeto activo tiene el poder de generar el efecto que pide la norma, vale decir, cuando el acosador es el empleador o un trabajador que, en su nombre, ejerce facultades de organización, de control o de disciplina dentro de la empresa. ¿Cómo se rompe este círculo vicioso? Entendiendo que el resultado de “perjuicio de la situación laboral” de la víctima no se refiere sólo al menoscabo de las condiciones de trabajo que son resorte del empleador o de sus representantes, sino que la exigencia del tipo se satisface también con un resultado más difuso: el sentimiento de incomodidad que provoca en la víctima la reiteración de propuestas sexuales indeseables de uno de sus pares, lo cual vendría a deteriorar su “situación laboral”, en sentido amplio.²⁹

Ahora bien, lo que no encaja de ningún modo dentro del tipo del art. 2° CT es el acoso no vinculado a un requerimiento o solicitud sexual. La circunstancia de que un trabajador se vea confrontado, sin consentir ni poder sustraerse, a un ambiente laboral cargado de obscenidad verbal o gráfica no configura acoso sexual en Chile, porque la mera obscenidad no está tipificada como acoso sexual en el precepto citado. Por tanto, las expresiones o gestos soeces reiterados contra la víctima, la exposición de material pornográfico o incluso la realización de actos de exhibicionismo, por poner algunos ejemplos, no configuran el ilícito específico de acoso sexual, si no conllevan una invitación dirigida a quien los padece de satisfacer una pretensión o un deseo sexual. Por más que el art. 2° inc. 2° CT hable de amenaza o perjuicio “de la situación laboral” de la víctima y por más que la doctrina científica y administrativa incluya en esta expresión “la creación de un ambiente hostil y humillante de trabajo”,³⁰ la vinculación causal que hace el tipo con una solicitud previa torna atípicas buena parte de las conductas que configuran el acoso sexual ambiental.

La tipificación del acoso sexual en el ámbito laboral efectuada por la Ley 20.005 es, por tanto, deficiente.

3.2. Sanciones

El empleador puede ser sancionado administrativamente, tanto por acción como por omisión. En el primer caso, por ejercer o promover conductas de acoso sexual, ya personalmente, ya a través de sus representantes en la empresa.³¹ Asimismo, el empleador puede ser sancionado por incumplimiento de su obligación de

²⁹ En igual sentido, Lizama, L. y Ugarte, J. L.: *op. cit.*, p. 16. *Vid.*, también, Dictamen D.T. N° 1133/36 de 21 de marzo de 2005.

³⁰ *Ídem.*

³¹ Recuérdense a este efecto lo dispuesto en el art. 4°, inc. 1°, CT: “*Para los efectos previstos en este Código, se presume de derecho que representa al empleador y que en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica*”.

prevención (art. 153, inc. 2°, CT); por omisiones relativas a la regulación del procedimiento ante denuncias por acoso sexual, de las medidas de resguardo y de las sanciones (art. 154 N° 12 CT); por no adoptar las medidas de resguardo (art. 211-B CT); por no comunicar a la Inspección del Trabajo la denuncia o, en su caso, las conclusiones de su investigación (art. 211-C CT); y, finalmente, por no adoptar las medidas o sanciones que procedan dentro del plazo legal (art. 211-E CT). La nueva legislación no introdujo ninguna sanción administrativa especial, de manera que estas infracciones serán sancionadas con multa, de acuerdo al régimen general del art. 506 CT.

En lo que respecta al trabajador que comete acoso sexual, la Ley 20.005 introdujo una nueva causal de despido disciplinario, a saber, “*conductas de acoso sexual*” (art. 160 N° 1 letra b, CT) la cual autoriza al empleador para poner término al contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna para el acosador.

El trabajador que es despedido por “*conductas de acoso sexual*” puede impugnar judicialmente la causal (art. 168 CT). El despido será declarado justificado cuando el empleador consiga probar los hechos que fundamentaron la causal en su comunicación escrita³² y la culpabilidad del trabajador. En caso contrario, el despido será declarado injustificado o, más propiamente, “indebido”.

En términos generales, el efecto del despido indebido es que el empleador queda obligado al pago de la indemnización sustitutiva del preaviso a favor del trabajador, equivalente a la última remuneración mensual devengada. Esto, porque la ley entiende que el término del contrato de trabajo se ha producido por necesidades de la empresa (art. 168 inc. 3° CT).³³ Como se trata de una ficción legal y, obviamente, el empleador no dio el aviso con treinta días de anticipación a que lo obliga el art. 162 inc. 4° CT, procede este pago. En virtud de la misma ficción legal, bajo el supuesto de que el contrato hubiese estado vigente un año o más, procede la indemnización por años de servicio convencional o, en su defecto, la legal.³⁴ Además, esta última indemnización deberá pagarse con un recargo del 80%, según lo prescribe el art. 168 inc. 1° letra c) CT. Si el empleador hubiere invocado causales de los números 1, 5 y 6 del art. 160 CT y el despido es declarado, además de injustificado, “*carente de motivo plausible*” por el tribunal, la indemnización por años de servicio se incrementará en un 100% (art. 168 inc. 2° CT).

³² De acuerdo al art. 454, inc. 2°, CT, en los juicios por despido, corresponderá al empleador “*acreditar la veracidad de los hechos imputados en las comunicaciones [...] sin que pueda alegar en el juicio hechos distintos como justificativos del despido*”.

³³ El precepto señala que si el juez estableciere que la aplicación de la causal no ha sido acreditada se entenderá que el término del contrato se ha producido por la causal necesidades de la empresa, que es una forma lícita de poner fin al contrato de trabajo. Esta ficción legal genera una incongruencia dentro del régimen de terminación causada del contrato de trabajo. En efecto, al sanear la antijuridicidad del despido injustificado, indebido o improcedente destruye el fundamento de las indemnizaciones por término de contrato.

³⁴ Equivalente a 30 días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a 6 meses prestados continuamente y con el tope de 11 meses.

Pues bien, la Ley 20.005 introdujo una modificación a los efectos generales del despido injustificado. En efecto, en el caso de denuncias de acoso sexual, el empleador que haya cumplido con su obligación de estipular en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores (art. 153, inc. 2º, CT) y haya tramitado la denuncia sobre acoso sexual, de conformidad al procedimiento establecido en el Título IV del Libro II CT (*“De la investigación y sanción del acoso sexual”*), no estará afecto al recargo de indemnización a que hubiere lugar, en caso de que el despido sea declarado injusto, indebido o improcedente (art. 168 inc. 3º CT).

Esta exención del recargo hallaría justificación sistémica en el art. 211-E CT, de cuya redacción parece desprenderse la obligación de sancionar para el empleador si, en conformidad al mérito del informe que emita la Inspección del Trabajo, aparecieran comprobadas las conductas de acoso sexual. Si las conclusiones del informe fueran desvirtuadas luego, en sede judicial, por el trabajador, parece justo atenuar el juicio de reprochabilidad contra el empleador, y sus consecuencias patrimoniales, toda vez que el despido disciplinario vino, en cierto modo, determinado normativamente por la exigencia del art. 211-E CT y avalado, en su fundamento, por el informe de la autoridad administrativa.

Con todo, existe el riesgo de que esta atenuación de responsabilidad estimule fraudes por colusión entre un empleador y uno o varios trabajadores para despedir a otro; vale decir, que la imputación de conductas de acoso sexual se use como estrategia de mobbing o acoso psíquico laboral.

3.3. *Despido indirecto*

El contrato de trabajo puede terminar por voluntad del trabajador fundamentada en incumplimiento legal o contractual del empleador con las mismas consecuencias en orden a las indemnizaciones que el despido indebido (art. 171 CT). Esta figura se conoce en doctrina como “despido indirecto”.

Las causales que justifican la resolución unilateral del contrato a instancia del trabajador vienen señaladas en el art. 171 inc. 1º CT, aunque indirectamente, por remisión las causales 1, 5 y 7 del art. 160 CT. En virtud de esta remisión legal, la causal de despido disciplinario *“conductas de acoso sexual”* configura también una causal de despido indirecto, cuando quien incurre en ella es el empleador o alguna de las personas que lo representan a efectos laborales.

La infracción, por omisión, de cualquiera de las obligaciones que emanan de la posición de garante que la ley impone al empleador frente a denuncias de acoso sexual puede, asimismo, fundar el despido indirecto, pero ya no como acoso sexual, sino bajo la causal de *“incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato”*.

En ambos casos, el trabajador tiene un plazo de 60 días hábiles, contado desde la terminación, para recurrir al juzgado respectivo, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones y recargos legales. Tratándose de la aplicación de la causal de acoso sexual, el trabajador afectado podrá reclamar del empleador, simultáneamente

con el ejercicio de la acción aludida en el párrafo anterior, “*las otras indemnizaciones a que tenga derecho*” (art. 171 inc. 2º CT).

Por consiguiente:

- a) Si el tribunal acoge la pretensión del trabajador, ordenará el pago de la indemnización sustitutiva del preaviso y la indemnización por años de servicios legal o convencional, según corresponda, aumentada en un 50% en el caso de la causal del número 7 del art. 160 CT o hasta en un 80%, en el caso de la causal de acoso sexual (art. 171 inc. 1º CT).

Tratándose de la aplicación de la causal de acoso sexual, junto con condenar al pago de las indemnizaciones por término de contrato y el recargo correspondiente, el juez deberá condenar al empleador a las otras indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador (daño emergente, lucro cesante, daño físico, psíquico y moral), fijando su monto y siempre y cuando el trabajador las haya hecho valer en la demanda.

- b) Si el tribunal rechazare el reclamo del trabajador, se entenderá que el contrato ha terminado por renuncia de éste (art. 171 inc. quinto CT) y, por tanto, no tiene derecho a indemnizaciones.

Si el trabajador hubiere invocado la causal “*conductas de acoso sexual*”, falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada, y el tribunal hubiese declarado su demanda carente de motivo plausible, estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause al afectado. En el evento que la causal haya sido invocada maliciosamente, además de la indemnización de los perjuicios, quedará sujeto a las otras acciones legales que procedan (art. 171 inc. final CT).

Esta “advertencia” del legislador es desafortunada, en cuanto puede inhibir de accionar a la víctima cuando no disponga de medios probatorios completos y precisos, lo cual ocurrirá, desafortunadamente, en buena parte de los casos, atendidas las dificultades probatorias que plantea el acoso sexual. Con lo cual, “las modificaciones legales podrían tener escasa incidencia práctica ante los Tribunales, en orden a poner fin al asedio sexual en los lugares de trabajo, a proteger los bienes jurídicos afectados por este ilícito laboral y, en último término, atendida nuestra realidad, a garantizar una participación digna y justa de la mujer en el mercado de trabajo”.³⁵

3.4. Acceso al procedimiento de tutela laboral de los derechos fundamentales³⁶

La víctima, por su parte, puede recabar la tutela judicial de los derechos fundamentales lesionados por las conductas de acoso sexual, que, en el ámbito de las

³⁵ Caamaño, E. *et. al.*: *op. cit.*, p. 71.

³⁶ Cabe advertir que, de acuerdo a su art.1º transitorio, la Ley N°20.087, publicada en el Diario Oficial de 3 de enero de 2006, que introdujo este procedimiento, comenzará a regir a contar del 1º de marzo de 2007.

relaciones laborales, instrumentan el artículo 485 y ss. del CT. Siguiendo este procedimiento, la víctima podrá solicitar al tribunal, si cabe, “*la suspensión de los efectos del acto impugnado*” (art. 492 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 CT).

En el supuesto específico de despido como represalia por no acceder a los requerimientos sexuales del empleador, el trabajador podrá solicitar al tribunal, dentro del 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 seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual*” (art. 489 inc. 3° CT). El fundamento de tal reclamación deberá ser, naturalmente, la vulneración de alguno de los derechos señalados en el art. 485 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 (art. 489 inc. 4° CT).

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

Con todo, la posibilidad de accionar dentro del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, 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. En efecto, el art. 485 CT, 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 de derechos fundamentales causada por los pares de la víctima y que pudiera ser imputable al empleador por su responsabilidad *in eligendo, vel vigilando*.

3.5. *Procedencia de las indemnizaciones civiles*

Finalmente, cabe referirse a la apertura indemnizatoria que se habría introducido en CT, por medio de las Leyes N° 20.005 (acoso sexual) y N° 20.087 (nuevo procedimiento laboral).

La Ley 20.005 introdujo un nuevo inciso segundo al art. 171 CT, conforme al cual el trabajador que se haya autodespedido por la causal “*conductas de acoso sexual*” en que incurra su empleador podrá reclamar de éste, *simultáneamente con el ejercicio de la acción que le concede el inciso anterior, las otras indemnizaciones a que tenga derecho*”.

Por su parte, la Ley 20.087 introdujo un nuevo art. 495 CT, conforme al cual la sentencia que se dicte en el procedimiento de tutela de los derechos fundamenta-

les deberá contener, en su parte resolutive: “3. *La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de los derechos fundamentales [...] incluidas las indemnizaciones que procedan*”.

Cabe preguntarse, en primer término, si el trabajador víctima de acoso sexual podrá reclamar la satisfacción del daño moral que se le haya causado, ya a través de la acción por despido indirecto, ya a través del procedimiento de tutela de sus derechos fundamentales.

En relación con la acción por despido indirecto se podría objetar la reparación del daño moral con un argumento de carácter histórico fundado en que durante la tramitación de la ley el Senado suprimió la frase “incluido el daño moral” que contenía el proyecto.³⁷ En el caso de la ley sobre nuevo procedimiento laboral sucedió algo similar. “Se quiso colocar en el artículo 420, en el cual se regula la competencia de los tribunales del trabajo, la facultad para conocer del daño moral. Sin embargo, esa norma no prosperó”.³⁸

Lo cierto es que no existe ninguna buena razón que impida la satisfacción del daño moral, cuando los perjuicios provocados al trabajador por la conducta empresarial son de tal magnitud, que las sumas a que tenga derecho en virtud de la ley laboral resulten insuficientes para darle una satisfacción completa. De una parte, porque el artículo 2329 CC establece un principio general conforme al cual todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Y de otra, porque la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, agregando que “*en Chile no hay persona ni grupo privilegiados*” y prohibiendo al legislador y a cualquier otra autoridad establecer diferencias arbitrarias (art. 19 Nº 2º CPR). Por ende, toda interpretación de la ley que tuviese como resultado excluir a los trabajadores del derecho a reclamar la reparación cabal es inadmisiblemente constitucionalmente.

De modo que el asalariado que ha sido víctima de una lesión de sus derechos fundamentales no tiene por qué contentarse con las exiguas indemnizaciones tarifadas del Código del Trabajo y debería poder siempre exigir una satisfacción total de los perjuicios sufridos, tanto en su ser como en su tener, como cualquier persona puede hacerlo cuando sufre un daño injusto en otro ámbito de sus relaciones inter-subjetivas. El único límite, por lo demás, perfectamente conciliable con lo dicho, es que de la acumulación de indemnizaciones no resulte un enriquecimiento ilícito para el trabajador.

Considero que la admisibilidad de la indemnización del daño moral es crucial para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales vulnerados y esto con independencia de la vía procedimental transitada por el trabajador a fin de

³⁷ Lizama L. y Ugarte, J.L.: *op. cit.*, p. 55.

³⁸ Humeres, H. y Halpern, C.: *La nueva justicia laboral*, Colegio de Abogados de Chile, Santiago, 2005, p. 53.

obtener protección ante conductas constitutivas de acoso sexual. Si no se acepta que la reparación debe ser completa, ¿cómo se actualizaría entonces la garantía, el aseguramiento constitucional de los derechos fundamentales? De ningún modo o, en cualquier caso, de un modo insatisfactorio. Quedaría, por tanto, incumplida la Constitución, vulnerado el derecho y triunfante la injusticia.

Una segunda cuestión que plantea la apertura indemnizatoria introducida por los arts. 171 y 495 CT es si podría concluirse, *sensu contrario*, que todo reclamo indemnizatorio adicional o complementario a las indemnizaciones legales tarifadas del CT exige previsión legal expresa.

Esta es una conclusión perversa que no puede admitirse conforme una interpretación de la nueva normativa legal desde la Constitución. En efecto, la alta posición valórica de los derechos fundamentales dentro del sistema jurídico, como su íntima y entrañable vinculación con la dignidad de la persona, parecen exigir con especial fuerza la integral reparación de los daños que pudiera ocasionarse a su titular mediante actos u omisiones violatorios de tales derechos. Y esa misma conexión esencial de los derechos fundamentales con la dignidad de la persona, la cual hace que los atentados contra aquellos sean atentados contra ésta, permite establecer, incluso apriorísticamente, que esas agresiones son intensamente dañosas en cuanto importan un desprecio de dicha dignidad y que, por ende, las indemnizaciones tasadas legalmente no permiten una plenitud resarcitoria, vale decir, son insuficientes para restaurar a la víctima al estado de satisfacción anterior a la trasgresión de sus derechos fundamentales, de manera que resulta justo y necesario completarlas.

4. CONCLUSIONES

Las conductas constitutivas de acoso sexual lesionan el derecho a la intimidad, en muchos casos también otros derechos fundamentales y, en última instancia, constituyen un atentado contra la dignidad de la persona.

Tanto la dignidad de la persona como los derechos que le son inherentes ocupan una posición preeminente dentro del ordenamiento jurídico chileno, toda vez que la propia Constitución los valora como “bases de la institucionalidad”.

La CPR, además, vincula a sus preceptos tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos particulares, de manera que aquellos derechos no tienen un puro carácter programático, cuya operatividad quede condicionada a posteriores desarrollos normativos, sino que están dotados de eficacia directa e inmediata tanto en la relación Estado-ciudadano como para las relaciones entre privados.

Sin perjuicio de su eficacia directa y general, la vinculación activa de los poderes públicos a tales derechos les impone, en especial al legislador, la tarea de establecer instrumentos jurídicos específicos de protección de los trabajadores frente al acoso sexual en su medio laboral.

El ordenamiento jurídico chileno se ha hecho cargo de este mandato constitucional y ha tipificado el acoso sexual como ilícito administrativo-laboral.

Sin embargo, el actual desarrollo normativo es todavía insuficiente e imperfecto.

Como aspecto positivo, cabe destacar que el legislador ha intensificado la eficacia, en el interior de la empresa, de los derechos fundamentales potencialmente vulnerables por el acoso sexual, al imponer al empleador no sólo una obligación de no participar directamente en conductas de acoso, sino, además, haciéndolo responsable administrativamente del acoso sexual cometido por cualquier persona dentro del ámbito en que ejerce sus facultades de organización y dirección. Así, entonces, el empleador asume un papel de garante de los derechos fundamentales al interior de la empresa.

Pero, por otra parte, la tipificación del acoso sexual como ilícito laboral es defectuosa, por cuanto excluye buena parte de lo que la doctrina denomina “acoso sexual ambiental”. Ello podría llevar a los tribunales a concebir la figura en términos excesivamente restrictivos y exigentes, haciendo inoperantes las sanciones. Urge, por tanto, una verdadera descripción del ilícito laboral que permita una amplia comprensión de la fenomenología del acoso sexual.

También resulta criticable la multiplicidad y heterogeneidad de las vías procesales posibles de iniciar frente al ilícito, pues conlleva, a su vez, una variedad de jurisdicciones competentes, la posibilidad de la preclusión de accionar en una al haber instado previa y equivocadamente en otra o por haber transcurrido en el ínterin los plazos fatales de actuación. Se hace necesario, pues, uniformar el camino procesal que debe seguir el trabajador víctima de acoso sexual.

Finalmente, pese al intento de apertura indemnizatoria realizado por el legislador en el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y de extinción provocada por el propio trabajador, persisten dudas sobre la admisibilidad de indemnizaciones complementarias, sobre todo, la del daño moral, lo cual podría reforzar, antes que erradicar, la tenencia injustificadamente restrictiva de nuestros tribunales sobre estas materias.

BIBLIOGRAFÍA

- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., “Acoso Sexual y Derecho Penal”, *Revista de Derecho y Humanidades*, Nº 5, 1997, pp. 7-20.
- CAAMAÑO ROJO, E. et al. *El acoso sexual en la Empresa. Análisis de la Ley 20.005*, Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005.
- CONTI, A., *El Acoso Sexual en el Lugar de Trabajo*, Artes Gráficas Unidas, Bogotá, sin fecha.
- DEL REY GUANTER, S., “Acoso sexual y relación laboral”, en *Relaciones Laborales*, tomo I, 1993, p. 223 y ss.
- HIRIGOYEN, M.-F., *El acoso moral en el trabajo*, Paidós, Barcelona, 2001.
- HUMERES, H. Y HALPERN, C., *La nueva justicia laboral*, Colegio de Abogados de Chile, Santiago, 2005.
- LIZAMA PORTAL, L. Y UGARTE CATALDO, J., *Nueva Ley de Acoso Sexual*, Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005.

- MARTÍNEZ ESTRADA, E., "Acoso sexual en el trabajo", en *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, Universidad San Sebastián, N° 3, 2001, pp. 91-99.
- MARTÍNEZ VIVOT, J., *Acoso Sexual en las Relaciones Laborales*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- PALAVECINO CÁCERES, C., "La protección contra el acoso psíquico laboral en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen XVII, diciembre 2004, pp. 63-89.
- PÉREZ DEL RÍO, T., "El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social", *Relaciones Laborales*, tomo II, 1990, p. 184 y ss.
- ROJAS MIÑO, I., "¿Por qué se debe legislar sobre el acoso sexual en el trabajo?", *Revista Laboral Chilena*, mayo de 1998, pp. 66-78.
- SAFRANSKI, R., *El Mal o el drama de la libertad*, Tusquets, Barcelona, 2000.
- SÁNCHEZ, E. Y LARRAURI, E., *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- SÁNCHEZ-CARO, JAVIER Y JESÚS SÁNCHEZ-CARO, JESÚS, "Evolución y fundamentos del concepto de intimidad. Aspectos bioéticos y jurídicos", en *VVAA: Gen-Ética*, 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2003, pp. 207-233.