



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social

VIGENCIA Y EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS SOBRE ACOSO  
SEXUAL CONTENIDAS EN LA LEY 20.005 A LA LUZ DE LA REFORMA  
LABORAL DE LA LEY 20.087

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales

AUTOR: José Alexis Quezada  
PROFESOR GUÍA: Christian Melis Valencia

Santiago, 2012

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>6</b>
1. Presentación del tema .....	6
2. Hipótesis de trabajo .....	10
3. Metodología .....	12
<b>CAPITULO I.....</b>	<b>13</b>
<b>LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU EFICACIA.....</b>	<b>13</b>
1. La eficacia de los derechos fundamentales: aplicación vertical y horizontal	13
2. Constitución y el efecto expansivo de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico .....	16
3. Doctrinas sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.....	22
4. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en Chile.....	25
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>28</b>
<b>LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES .....</b>	<b>28</b>
1. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.....	28
2. Rasgos fundamentales de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.....	30
3. La vigencia y eficacia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico laboral chileno .....	31
4. Las nuevas herramientas del derecho del trabajo nacional .....	40

<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>43</b>
<b>DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y EL ACOSO SEXUAL LABORAL .....</b>	<b>43</b>
1. Concepto y elementos configuradores del acoso sexual laboral .....	43
2. Clasificación o tipos de acoso sexual laboral.....	48
3. Bienes jurídicos protegidos y acoso sexual laboral.....	49
<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>52</b>
<b>EL ACOSO SEXUAL Y SU REGULACIÓN INTERNACIONAL.....</b>	<b>52</b>
1. El acoso sexual como una violación a los derechos humanos .....	52
2. Convenciones y mecanismos de protección del sistema universal e interamericano de derechos humanos y de la Unión Europea .....	53
2.1 Regulación del acoso sexual en el Sistema de Naciones Unidas .....	53
2.2 Regulación del acoso sexual en la Organización de Estados Americanos .....	55
2.3 Regulación del acoso sexual en la Unión Europea .....	55
3. Estándares de la OIT y de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones de la OIT (CEARC) .....	57
4. Legislación comparada sobre acoso sexual .....	59
4.1 Estados Unidos .....	60
4.2 Reino Unido.....	62
4.3 Canadá.....	64
4.4 España .....	65
4.5 Argentina .....	66

<b>CAPÍTULO V .....</b>	<b>68</b>
<b>NORMATIVA NACIONAL DE PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL</b>	<b>68</b>
1. Antecedentes de la Ley N° 20.005 que Tipifica y Sanciona el Acoso Sexual	68
2. Concepto de acoso sexual y críticas a la definición legal .....	70
3. Obligaciones del empleador.....	74
3.1 Debe mantener un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores que prevenga el acoso sexual en sentido amplio ....	75
3.2 Debe incorporar estipulaciones al Reglamento Interno que prevengan el desarrollo de conductas constitutivas de acoso sexual, ya sea éste acoso sexual <i>quid pro quo</i> o acoso ambiental .....	76
3.3 Debe investigar todas las denuncias formuladas sobre acoso sexual y adoptar las medidas de resguardo que sean pertinentes, con estricta sujeción al procedimiento previsto en la ley, a fin de evitar el aumento judicial de las indemnizaciones .....	80
4. Falsa denuncia de acoso sexual.....	82
<b>CAPÍTULO VI .....</b>	<b>84</b>
<b>MECANISMOS DE PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL: PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DEL ACOSO SEXUAL LABORAL V/S PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....</b>	<b>84</b>
1. Procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual laboral .....	84
1.1 Procedimiento de investigación por el empleador .....	85
1.2 Procedimiento de investigación ante la Dirección del Trabajo .....	87
2. El procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales.....	89

3. Posibilidad de aplicación del procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales a situaciones de acoso sexual.....	94
3.1 Naturaleza del bien jurídico lesionado.....	94
2.3 Ventajas del procedimiento de tutela laboral por sobre el procedimiento de investigación del acoso sexual .....	95
3 Superposición de vías procesales y complementariedad de ambos procedimientos .....	101
<b>CAPITULO VII.....</b>	<b>104</b>
<b>BREVES NOTAS SOBRE JURISPRUDENCIA LABORAL.....</b>	<b>104</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>121</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>126</b>

## INTRODUCCIÓN

### 1. Presentación del tema

La ocurrencia de conductas que perturban la armonía y el buen trato en las relaciones de trabajo son de natural ocurrencia en la empresa. De ahí que, en mérito a la gravedad de las mismas, la legislación laboral, tanto en el derecho comparado como nacional, ha implementado diversas medidas que consisten, por una parte, en consagrar normas básicas de cuidado y salud para quienes laboran en la empresa y, por otra, en establecer procedimientos de investigación y sanción de aquellos comportamientos que violentan la integridad de los sujetos con ocasión de una relación laboral.

En dicho contexto, la Ley 20.005<sup>1</sup> que tipifica y sanciona el acoso sexual tuvo por finalidad, tal como lo señala el primer informe de la Comisión de Trabajo de la Honorable Cámara de Diputados<sup>2</sup>, abordar un problema novedoso para el derecho laboral nacional, pero de larga data en otros países. En ese sentido, la inexistencia en Chile de alguna normativa que sancionara el acoso u hostigamiento sexual imponía la necesidad de regular este tipo de comportamientos ilícitos proveyendo de mecanismos idóneos para proteger el derecho a la integridad física y síquica de los trabajadores.<sup>3</sup> Más aún, si en estrados ya se estaba entregando soluciones al respecto, sobre todo a partir del fallo pronunciado por la Excma. Corte Suprema en la causa “Riveri con

---

<sup>1</sup> Publicada en el Diario Oficial de 18 de marzo de 2005.

<sup>2</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley.

<sup>3</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley. Honorable Cámara de Diputados de Chile, Informe de la Comisión de Trabajo de 3 de noviembre de 2000, Cuenta en Sesión 11, Legislatura 343, p. 14.

FUCOA”, del año 2003 sobre acoso sexual, sin existir norma laboral alguna que hiciera referencia a este tipo de conductas.<sup>4</sup>

La citada Ley 20.005 introduce como novedad en el artículo 2° del Código del Trabajo una definición de acoso sexual, entendiendo 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”*, estimando que dicha conducta es contraria a la dignidad de la persona. Asimismo, se obliga al empleador a introducir en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad *“las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”* (artículo 153 inciso 2° del Código del Trabajo); y acto seguido modifica el artículo 154 del Código del Trabajo, 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”*. Por otra parte, la reforma legal agrega como nueva causal de despido disciplinario y de despido indirecto las *“conductas de acoso sexual”* (artículo 168, letra b, del Código del Trabajo), y permite en el caso del despido indirecto que el trabajador ejerza la acción para reclamar del empleador las otras indemnizaciones a las que tiene derecho (artículo 171, inciso 2° del Código del Trabajo). En el caso que el trabajador haya invocado como causal de despido indirecto conductas de acoso sexual *“con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada y el tribunal hubiese declarado su demanda carente de motivo plausible”*; el trabajador estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause al afectado (artículo 171, inciso final, del Código del Trabajo).

Por último, la Ley 20.005 introduce un procedimiento de *“investigación y sanción del acosos sexual”* (Título IV, Libro II del Código del Trabajo),<sup>5</sup> que sin

---

<sup>4</sup> Corte Suprema, 9 de abril de 2003. Con especial atención en los considerandos 9° y 10°.

alterar el procedimiento normado libremente por el empleador en su Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, permite al empleador beneficiarse de los incentivos pro-investigación que establece la ley al dar cumplimiento a los trámites previstos en este título (artículo 168 del Código del Trabajo).<sup>6</sup> En ese sentido, los trámites que contempla el procedimiento legal se inician con la denuncia por escrito de acoso sexual ante la Dirección del Trabajo o la empresa, la adopción de medidas de resguardo por parte del empleador a favor del denunciante, la investigación cuya realización puede estar a cargo del empleador o de la Dirección del Trabajo en las hipótesis que contempla la ley y, finalmente, se sucede a la aplicación de sanciones.

El año 2006 se dictó la Ley 20.087<sup>7</sup> que modificó el Código del Trabajo agregando un nuevo Párrafo VI, en el Título I, del Libro V, que contiene las reglas que componen el “procedimiento de tutela laboral”, a través del cual se persigue la adopción de una serie de medidas especiales de protección de los derechos fundamentales que resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. Las garantías constitucionales que resguarda este procedimiento son: el derecho a la vida, integridad física y síquica siempre que la violación de este derecho sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, vida privada y honra, inviolabilidad de las comunicaciones privadas, libertad de conciencia y culto, libertad de opinión, la libertad de trabajo y aquellos actos discriminatorios durante la ejecución y término del contrato de trabajo, excluyendo las ofertas de trabajo. Dicho procedimiento, trae aparejada la aplicación íntegra de los resguardos necesarios que permiten mantener incólume los derechos y garantías de los asalariados, pues su efectiva

---

<sup>5</sup> Claudio Palavicino, “El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho de trabajo chileno”, en: Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XIX (I) [online]. 2006, vol.19, n.1 [citado 2012-05-22], pp. 105-123. Disponible en: <http://www.scielo.cl>.

<sup>6</sup> Luis Lizama y José Luis Ugarte, *Nueva ley de acoso sexual*, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 61.

<sup>7</sup> Publicada en el Diario Oficial de 3 de enero de 2006.

aplicación no se encuentra limitada o determinada, por distinciones en razón de su profesión u oficio, ni del lugar en que la ejerce, sino sólo por su condición de persona.

La consagración de ambos procedimientos se circunscriben en una oleada protectora de los derechos fundamentales en la relación laboral que, en conjunto a otras normas,<sup>8</sup> han confirmado la vigencia y proyección de las garantías constitucionales en las relaciones entre privados, así como la presencia del creciente fenómeno de la constitucionalización del derecho chileno.

No obstante las positivas consecuencias de esta tendencia -predominante en nuestra comunidad jurídica- la traducción procesal de dicha defensa ha devenido en una hipertrofia procedimental que, en ciertos casos, a derivado en la primacía de alguno de estos mecanismos en desmedro de otros, la superposición de una vía procesal a otra o, derechamente, en la pérdida de vigencia de los medios procesales que contempla el sistema jurídico para resguardar los derechos fundamentales del trabajador con ocasión de una relación laboral. Es precisamente este diagnóstico, sus implicancias normativas y la razones jurídicas que han motivados a los operadores del sistema para dar

---

<sup>8</sup> En ese sentido, se puede señalar, a modo de ejemplo, la Ley 19.759 cuyo contenido provocó un sinnúmero de reformas en el Código laboral nacional, sobre todo con la incorporación del inciso 1º del art. 5º del Código del Trabajo que reconoce como límite a las poderes del empresario los derechos constitucionales de los trabajadores; el artículo 154 inciso final que dispone los criterios y restricciones a las medidas de control impuestas por el empleador; y el artículo 154 bis que exige reserva al empleador en relación a la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral. Por su parte, la ley 20.123 que regula la subcontratación y el suministro de trabajadores y que reproduce en su artículo 183 – Y respecto de la empresa usuaria, el inciso 1º del artículo 5º del Código del Trabajo. Finalmente la Ley 19.889 reguló las condiciones de trabajo y contratación de los trabajadores de artes y espectáculos, agregando un artículo 145 – A que en su inciso final dispone que el contrato de trabajo no podrá afectar en ningún caso la libertad de creación del artista contratado.

preferencia a un procedimiento sobre otro, las que se intentarán develar en la presente memoria.

## 2. Hipótesis de trabajo

La presente investigación será guiada por las siguientes hipótesis de trabajo.

- a. El pleno reconocimiento de los derechos fundamentales en la relaciones entre particulares corresponde a una oleada progresiva de constitucionalización del derecho. Dicho fenómeno se ha dado con especial énfasis en el derecho del trabajo, consagrando principios, proscribiendo conductas y estableciendo mecanismos de protección idóneos para el resguardo y tutela de los derechos fundamentales en la relación laboral. Bajo dicha estela *garantista* se inscribe la consagración legal del acoso sexual laboral.
- b. El acoso sexual laboral se presenta como una conducta ilícita pluriofensiva. Sin embargo, la descripción típica del acoso sexual en nuestro ordenamiento jurídico laboral se presenta como insuficiente y sólo se limita a determinados supuestos, requiriendo un trabajo interpretativo para abarcar todos los derechos laborales *inespecíficos* involucrados.
- c. En el plano procedimental, es posible reconocer la existencia de mecanismos de protección frente al acoso sexual de índole convencional – administrativos como también judiciales, a saber: el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual

(artículo 211 y ss. del Código del Trabajo) y el procedimiento de aplicación general con reglas especiales para el caso de vulneración de derechos fundamentales (artículo 485 y ss. del Código del Trabajo).

- d. Ante la presencia de ambos procedimientos, se torna necesario dilucidar las posible vías de solución para armonizar los mecanismo de protección judicial ante el acoso sexual, definiendo si uno de los procedimiento pierde vigencia en pos de otro o se complementan de modo de otorgar una eficaz protección a las garantías que deben resguardarse, siendo para ello impostergable la adopción de criterios claros y uniformes al respecto.
- e. Ahora bien, el procedimiento de tutela laboral se ha presentado, dado su diseño procesal, como una mejor alternativa, en aquellos casos en se suscitan conductas lesivas de derechos fundamentales derivadas de una acoso sexual.
- f. La preferencia tanto doctrinaria como judicial de la aplicación del procedimiento de *tutela laboral calificado* de derecho fundamentales del trabajador, responde a una serie de razones normativas respecto a la utilización de otros mecanismos como el establecido por la ley 20.005, tales como: la defensa letrada garantizada por extensión de la garantía constitucional; la formalización (o judicialización) del procedimiento, la traslación de la carga de la prueba en caso de *prueba indiciaria*; y las eventuales indemnizaciones decretadas, al final del proceso judicial, a favor del la víctima, todos supuestos ajenos a los efectos propios del procedimiento de acoso sexual seguido ante el

órgano administrativo o de aquel practicado al interior de la empresa.

En suma, el presente trabajo tiene por objeto vislumbrar la real vigencia y efectividad del procedimiento agregado a nuestro Código del Trabajo mediante la Ley N° 20.005, a la luz de la nueva normativa incorporada al mismo por medio de la Ley N° 20.087, teniendo en cuenta la voluntad de nuestro legislador de concretar la consecución del efectivo resguardo de los derechos fundamentales comprometidos por conductas lesivas de quienes forman parte de una relación laboral.

### **3. Metodología**

Para el desarrollo de la presente tesis se ha utilizado de manera preferente bibliografía nacional y extranjera relativa al acoso sexual laboral, la vigencia de los derechos fundamentales en la relación laboral y los mecanismos procesal para la protección y resguardo de las garantías constitucionales.

Por otra parte, se han estudiado artículos científicos de autores nacionales y extranjeros relativos al tema de esta memoria. Asimismo, se ha analizado jurisprudencia de los últimos diez años de los Tribunales de Justicias, así como de la Dirección del Trabajo relacionada directa o indirectamente con los tópicos centrales de la presente investigación.

Finalmente, se ha tenido a la vista la documentación oficial de instituciones públicas (boletines, órdenes de servicios, estadísticas, etc.).

## CAPITULO I

### LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU EFICACIA

#### 1. La eficacia de los derechos fundamentales: aplicación vertical y horizontal

Sin duda, la teoría de los derechos fundamentales hunde sus raíces con el advenimiento del constitucionalismo en pleno siglo XIX y el surgimiento del Estado moderno. Ambas tendencias configuraron de forma creciente, primero en Europa y luego en el resto de occidente, la primacía de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos.<sup>9</sup> En ese sentido, el constitucionalismo clásico, tributario de las tradiciones racionalistas y iusnaturalistas del derecho, se encargaron de construir, tanto en la teoría como en la práctica, una dogmática de los derechos fundamentales, asentada en los presupuestos de los derechos públicos subjetivos, como garantía de la libertad jurídica de los individuos y, a la vez, como un límite regulador al poder público, en aras de la protección de esas mismas libertades.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Tal como nos señala Jellinek: “La unidad, su organización conforme a la constitución y la autolimitación del Estado frente al individuo, son los caracteres esenciales de los que dominamos el Estado moderno, y lo que lo separa de todas las formas que el Estado ha revestido en el pasado”. Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 314. Antonio Pereira, *Rule of Law o Estado de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 70 – 76. Christian Melis, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 6.

<sup>10</sup> Eduardo Aldunate, *Derechos Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 54. José María Bilbao, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 234 – 235. Tal como nos recuerda Touraine, al destacar las caras de la modernidad las cuales se ven reflejadas en la *Declaración de derechos del hombre y el ciudadano* del 26 de agosto de 1789: “Esa declaración es el último texto que proclama en el escenario público la doble naturaleza de la modernidad construida a la vez de racionalización y subjetivación [...]”. Alain Touraine, *Crítica a la modernidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 58. Precisamente, serán ambos rasgos definitorios de la modernidad los que permitirán construir la teoría de los derechos públicos subjetivos, cuya vertiente individual

En ese sentido, los derechos fundamentales se conceptualizan como derechos de defensa y omisión oponibles únicamente frente al Estado, en la medida que, por una parte se estatuyen medios de protección frente a la arbitrariedad del poder, y por otros deberes de abstención para el Estado. Como contrapartida, los titulares de estos derechos de defensa no están facultados para exigir actuaciones positivas de los órganos estatales.<sup>11</sup>

Al concepto de “derechos de defensa”, se suma la categoría de “ley”, la cual juega un doble rol, a saber: por una parte, se constituye en el límite formal de las actuaciones de los órganos del estado –especialmente de la administración– y, por otra, se convierte en la garantía de la libertad individual frente a los excesos del poder.<sup>12</sup> Este principio de legalidad se complementa con el principio de autonomía o libertad, el cual es precisamente el fundamento de los intercambios libres entre sujetos iguales cuyo único límite “externo” es la ley.<sup>13</sup> En suma, tanto la defensa ante la agresión estatal como el respeto a la autonomía individual en sus relaciones jurídico-económicas, mediadas por la omnímoda protección de la ley, se articulan como los principales pilares del denominado Estado *liberal* de derecho.<sup>14</sup>

Ahora bien, la construcción normativa e institucional del Estado liberal de Derecho responde, en gran medida, a la lucha de la burguesía europea por el control del poder político y su regulación, así como a la primacía del individuo en las relaciones entre sociedad civil y Estado. Tal como nos recuerda

---

garantiza un espacio de libertad al individuo y, a la vez, hace ejercitable el derecho de defensa frente al Estado como un mero reflejo de la personalidad jurídica de éste.

<sup>11</sup> José María Bilbao, *op. cit.*, p. 235.

<sup>12</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, p. 28. Sobre la relevancia del principio de legalidad en el primer constitucionalismo. Pedro Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9, Nº 25, Enero – Abril, 1989, pp. 49 – 53.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. 28.

<sup>14</sup> Eduardo Aldunate, *op. cit.*, p. 66.

BÖCKENFÖRDE, el Estado de Derecho liberal, asociado a la categoría de Estado *formal* de Derecho, dedicado a la creación de garantías formales y procedimentales para asegurar la libertad legal, en modo alguno era aséptico, sino que se representa más bien “[...] una conformación y objetivación del principio fundamental del desarrollo del Estado de Derecho: seguridad de la libertad y propiedad. Estado de Derecho formal es también en esa medida Estado de Derecho burgués: confirma la distribución de los bienes en vez de transformarla, y a través de sus formas y procedimientos, impide la intervención directa de la propiedad individual con fines de redistribución social”.<sup>15</sup>

De ahí que, al entramado jurídico institucional del Estado liberal, subyace la lógica individualista que, no sólo animó la cultura y praxis burguesa, sino que también otorgo el sustrato básico para la juridificación de los intereses privados frente al Estado, cuyo objetivo principal era el resguardo de un espacio de inmunidad del individuo frente a los poderes estatales.<sup>16</sup>

Sin embargo, dicho espacio de inmunidad y defensa no operaría en las relaciones jurídicas entre particulares, descartándose la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Dichas relaciones, fundadas en la igualdad formal de los individuos –cuyos exponentes positivos eran los códigos modernos-, imprime en los intercambios voluntarios una confirmación de la libertad de acción de los sujetos de derecho, haciendo innecesarios los armazones normativos -como los derechos fundamentales de defensa- imprescindibles en las relaciones jurídicas de subordinación existentes entre el individuo y el leviatán.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Ernest-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, traducción de Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Valencia, 2000, p. 31.

<sup>16</sup> Eduardo Aldunate, *op. cit.*, p. 66.

<sup>17</sup> Christian Melis, *op. cit.*, p. 9. Sin duda, la nula eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, no sólo respondía a una suerte de desajuste operativo entre relaciones de subordinación en que se encontraban los individuos frente al Estado y las relaciones de

## 2. Constitución y el efecto expansivo de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico

A finales del siglo XIX y buena parte del siglo pasado, la complejidad de las sociedades industriales y la creciente racionalización de los procesos de producción, así como la aparición de una pluralidad de organizaciones privadas, desplazaron el eje del poder de lo estatal a una infinidad de poderes privados, fragmentados en la sociedad.<sup>18</sup>

Como bien lo reconoce BÖCKENFÖRDE, los portadores e integrantes de estas organizaciones, no sólo se multiplican sino que acumulan poder capaces de poner en peligro o, derechamente, lesionar derechos fundamentales.<sup>19</sup>

De ahí que, bajo este nuevo contexto no sólo el Estado se encuentra obligado y sometido en su accionar, sino que también el poder privado. Y es que, tal como nos señala BILBAO UBILLOS, *“No resultan admisibles zonas exentas, impermeables a los valores y las garantías constitucionales, zonas en las que las reglas de juego sean completamente distintas. Ambas vertientes, protección frente a los poder públicos y tutela frente a las violaciones imputables a sujetos privados, son indisociables”*.<sup>20</sup>

---

igualdad que inspiraban la actuaciones de los particulares, sino también en una absoluta dicotomía entre derecho público (constitucional) y derecho privado. Tal como lo constata Hesse: “Las constituciones estatales estaban lejos de provocar o programar modificaciones del derecho privado porque no les correspondía una eficacia vinculante frente al legislador de derecho privado. Tampoco podían desplegar una función protectora y preservadora del derecho privado”. Konrad Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 35 – 36.

<sup>18</sup> José María Bilbao, *op. cit.*, p. 249.

<sup>19</sup> Ernest-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden – Baden, Nomos Verl.-Ges., Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menendez, 1993, p. 87.

<sup>20</sup> José María Bilbao, *op. cit.*, p. 266.

En ese sentido, a la sujeción del poder público a la constitución y la ley se suma la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, aumentando la densidad de dichos derechos y su aplicación jurídica en otras ramas del derecho.

Tal como lo constata PIZARRO, la concepción clásica de los derechos fundamentales sufrió una innegable variación “[...] *en consideración a la formación de grandes conglomerados económicos que presentan en el tráfico mercantil una incidencia capital que les permite desmedrar ciertos derechos fundamentales y, además, dicho desmedro no sólo se presenta en las relaciones contractuales, a través por ejemplo de cláusulas abusivas, sino también es posible respecto de otros ámbitos en lo que dicen relación con derechos como la libertad de expresión, los derechos sociales ligados al trabajo, la igualdad y la no discriminación [...]*”.<sup>21</sup>

En definitiva, a la expansión del poder privado se sumó la extensión sin precedentes de la Constitución y un discurso de los derechos que impregna todas las áreas del ordenamiento jurídico. De hecho, como lo recuerda PRIETO SANCHIS: “[...] ya no se trata sólo de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías hasta el etiquetado de chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional”.<sup>22</sup>

Este fenómeno, denominado *constitucionalización del derecho*<sup>23</sup> se transforma en el contexto a partir del cual surgirá una nueva realidad, cuya

---

<sup>21</sup> Carlos Pizarro, “Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la drittwirkung”, en: Gaceta Jurídica (221), p. 11.

<sup>22</sup> Luis Prieto Sanchis, “Constitucionalismo y galantismo”, en: AAVV, *Garantismo, Estudios en homenaje a Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, p. 48.

<sup>23</sup> Sobre el proceso de la constitucionalización del derecho hay una abúndate bibliografía: Riccardo Guastini, *Estudios de Teoría Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas,

tensión más preclara se expresa en el binomio poder privado y libertad, provocando un giro copernicano en la teoría de los derechos fundamentales.

Ahora bien, tras el surgimiento de nuevas estructuras de producción que trajó consigo la revolución industrial, se suscitaron una serie de cambios que no sólo modificaron la fisonomía del poder privado –representados por conglomerados transnacionales, innovadores modos de contratación en masa, el surgimiento de asociaciones privadas, etc.-, sino también el ámbito de las relaciones laborales y el complejo entramado existente entre el mundo del capital y del trabajo. De ahí que, sea precisamente en la fábrica el lugar privilegiado en que opere la nueva concepción de los derechos fundamentales y el proceso de la constitucionalización del derecho que subyace a ella.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones jurídica entre los particulares supone, tal como lo señala MELIS, que éstos rigen inmediatamente como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones iusprivadas.<sup>24</sup> Las diversas teorías de la eficacia hacia terceros intentan fundamentar, precisamente, la vinculación más o menos intensa a los derechos fundamentales por parte de los sujetos de derecho privado, siendo sus consecuencias más relevantes dos: la posición del legislador y el juez civil ante este nuevo concepto de derechos fundamentales, y el influjo de las

---

UNAM, México D. F., 2001, pp. 153 – 183. Guastini menciona las notas características de este proceso, a saber: 1) Constituciones rígidas, 2) garantía jurisdiccional de la Constitución, 3) fuerza vinculante de la Constitución, 4) la “sobreinterpretación” de la Constitución, 5) la aplicación directa de las normas constitucionales, 6) la interpretación conforme las leyes y 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Por su parte, Hesse describe el impacto en la cultura jurídica alemana la influencia decisiva de la Constitución en el ordenamiento jurídico al identificar los derechos fundamentales con un orden objetivo de valores reforzando la fuerza vinculante de los derechos fundamentales: “Este sistema de valores debe regir en todos los ámbitos del Derecho; la legislación, la administración, la jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos.” Konrad Hesse, *op. cit.*, p. 57. También Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 40.

<sup>24</sup> Christian Melis, *op. cit.*, p. 11.

disposiciones constitucionales –especialmente los derechos fundamentales – en las normas de derecho privado y del ordenamiento jurídico en general.<sup>25</sup>

En ese sentido, la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se refiere a la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de sus relaciones, los derechos subjetivos públicos.<sup>26</sup>

Fue en Alemania en que este nuevo ámbito de validez reconocido a los derechos fundamentales tuvo sus primeras aproximaciones y desarrollos. Es lo que la doctrina constitucional ha denominado *eficacia hacia los terceros de los derechos fundamentales o Drittwirkung der Grundrechte*.<sup>27</sup>

La teoría alemana sobre la *Drittwirkung* asienta sus presupuestos en la doctrina del doble carácter de los derechos fundamentales y el efecto de irradiación de dichas normas a todo el ordenamiento jurídico. Dicha teoría sostiene que los derechos fundamentales no sólo se presentan como situaciones jurídicas protegidas por el derecho, sino que componen un sistema de valores objetivo que informa todo el ordenamiento jurídico.<sup>28</sup> Dicho fenómeno, que vendría motivado por el reconocimiento de la dignidad de la

---

<sup>25</sup> Christian Starck, “Derechos fundamentales y derecho privado”, en: Revista Española de Derecho Constitucional, año 22, pp. 65 – 66.

<sup>26</sup> Carlos Peña, “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno”, en: Cuadernos de Análisis Jurídico N° 6: Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, p. 666.

<sup>27</sup> Christian Starck, *op. cit.*, p. 65.

<sup>28</sup> Ernest-Wolfgang Böckenförde, *op. cit.*, p. 106. Humberto Nogueira, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, UNAM, México D.F., 2003, pp. 83 – 86. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 163 – 164. Häberle, a partir del presupuesto teórico de la doble naturaleza de los derechos fundamentales, distingue, por una parte, un “aspecto de derecho individual” cuyos titulares son personas, grupos o colectividades, y, por otra parte, el “aspecto institucional” integrante de un orden objetivo de valores constitucionales. Este contenido constitucional bifronte de los derechos fundamentales le permiten sostener la expansión de éstos derechos más allá de las relaciones Estado-individuo, constituyéndose en un presupuesto institucional para toda la vida de la comunidad.

persona y la preocupación por ella en todos los ámbitos de la vida humana, implicaría que la eficacia de los derechos fundamentales fuera más allá de la relación Estado-ciudadano, e incidiera en las relaciones jurídicas de derecho privado<sup>29</sup>. A partir de dichos presupuesto se ha construido la tesis del efecto de irradiación de los derechos fundamentales, que precisamente reconoce no sólo la centralidad de la norma fundamental, al informar el ordenamiento jurídico infraconstitucional, sino que también complementa su interpretación.<sup>30</sup>

A partir de dicho presupuesto, H.C. NIPPERDEY desarrolló la doctrina de la *Drittwirkung* cuya tesis central señala que, junto con una serie de derechos que sólo vinculan a los poderes públicos, existen normas de derechos fundamentales destinadas a proteger ámbitos de libertad eventualmente expuestos a la lesión de poderes sociales, organizaciones y grupos privados.

El 15 de enero de 1958, el Tribunal Constitucional Federal emite su fallo en el caso *Luth* La sentencia *Luth* del Tribunal Constitucional Federal se presenta como el primer reconocimiento al mencionado efecto de irradiación y el doble concepto de derecho fundamental. En esta famosa sentencia, el Tribunal Constitucional Federal alemán aseveró:

“Por otro lado, también es cierto que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral[...], sino que ha establecido -en su capítulo sobre los derechos fundamentales- un orden de valores objetivo [...] La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual a la vez constituye, a su vez, una decisión jurídico-

---

<sup>29</sup> José Ignacio Martínez Estay, “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, número especial, 1998, p. 1.

<sup>30</sup> Eduardo Aldunate, “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en: *La constitucionalización del derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 13 – 17.

constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho [...]. Éste influye, por supuesto, también al derecho civil: ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu. El contenido legal de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el derecho privado a través de las disposiciones que predominan directamente en medio de ese campo del derecho. Al igual que el nuevo derecho debe estar en concordancia con el sistema de valores fundamental; el viejo derecho ya existente debe orientarse en cuanto al contenido, en ese sistema de valores [...].<sup>31</sup>

A partir de la sentencia *Luth*, cuyas repercusiones en el derecho alemán fueron diversas, se construye el efecto de irradiación de los derechos fundamentales y, con ella, la garantía de los derechos individuales deja de ser la defensa de la libertad jurídica de los individuos frente al Estado, se extiende - al constituirse en un principio que gobierna todo el sistema jurídico- de manera indirecta, hacia las relaciones entre terceros.<sup>32</sup>

Asentada la teoría, no han sido pocas las críticas que se le han hecho a la dogmática de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Por una parte, desde una perspectiva histórico-jurídica, se ha sostenido que los derechos fundamentales surgen en el devenir jurídico moderno como una respuesta al poder omnímodo del Estado, y no frente a los privados cuya libertad está asegurada y limitada por la libertad de los demás. Por otra parte, y desde un punto de vista dogmático, se sostiene la impertinencia y el riesgo que cabe extender los derechos fundamentales a los conflictos suscitados entre

---

<sup>31</sup> BVerfGE, 7, 198. en: Jürgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán* Extractos de sentencias más relevantes, trad. Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México D.F., Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 204.

<sup>32</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 464-468. Asimismo, Andrés Jana, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales.", en: SELA 2001, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2003.

particulares, pues, el derecho privado no sólo contendría de forma detallada y exhaustiva sus propias soluciones, haciendo innecesario acudir a las garantías constitucionales, sino que también, se degradaría de forma irreversible el principio de autonomía de la voluntad. En consecuencia, la “Drittwirkung” pone en peligro la libertad contractual y la seguridad jurídica que funda las relaciones privadas.<sup>33</sup>

### **3. Doctrinas sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales**

En la doctrina comparada se presentan a lo menos tres variantes de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, a saber: la eficacia inmediata, la eficacia mediata de los derechos fundamentales y la teoría del deber de protección.<sup>34</sup>

Quienes aceptan una eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, reconocen el valor de los derechos fundamentales como principios aplicables a litigios privados, antes que como derechos subjetivos propiamente tales.<sup>35</sup> En ese sentido, al venir revestidas de la generalidad propia de los principios, los derechos fundamentales son considerados cláusulas generales, cuya invocación viene necesariamente mediada por parte de los órganos del Estado. De ahí que, la eficacia de los derechos viene determinada por la posibilidad de reprochar a un órgano público la lesión de un derecho fundamental.<sup>36</sup> O sea, se requiere la intervención del legislador o el juez al momento de decidir el conflicto.

---

<sup>33</sup> José María Bilbao, *op. cit.*, pp. 278 – 283.

<sup>34</sup> Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 469 – 471.

<sup>35</sup> Andrés Jana, *op. cit.*, p. 13.

<sup>36</sup> Eduardo Aldunate, “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en: *La constitucionalización del derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 22.

En ese sentido, la operatividad de la eficacia de los derechos fundamentales frente a tercero viene dada por la intervención del legislador o del juez, cuyas notas características son:

- a) Mediación del legislador: la cual se produce a través de conceptos jurídicos abiertos o cláusulas generales, en cuya interpretación deben ser tomados en cuenta los derechos fundamentales.<sup>37</sup> A su vez, corresponde al legislador “acomodar” los derechos fundamentales a las relaciones de derecho privado, con el objetivo de minimizar el impacto de la extensión de los primeros en los segundos.<sup>38</sup>
  
- b) Mediación del juez: esta variante de la tesis del efecto mediata, apela a la labor integradora del juez al momento de conocer de conflictos de orden privado de relevancia constitucional. En ese sentido, el juez deberá utilizar los derechos fundamentales como principios integradores del ordenamiento jurídico privado de modo que se ajusten a las normas constitucionales.<sup>39</sup>

Por otra parte, los sostenedores de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales frente a terceros, afirman una aplicación directa de las disposiciones constitucionales a los casos en que se provoquen conflictos normativos suscitados por la colisión entre titulares de derechos fundamentales, sin mediación alguna de la ley.<sup>40</sup> Las razones normativas para dicha aplicación se sostienen principalmente, en los siguientes argumentos:

---

<sup>37</sup> Pablo Marshall, “El efecto horizontal de los derechos humanos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, en: Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 8, N° 1, 2010, p. 56.

<sup>38</sup> Christian Melis, *op. cit.*, p. 21.

<sup>39</sup> *Ibíd.*, p. 22.

<sup>40</sup> José María Bilbao, *op. cit.*, pp. 283 y 325.

- a) El carácter normativo de la Constitución, cuyas disposiciones no sólo limitan el poder público sino también el poder privado.<sup>41</sup>
- b) Las normas de derechos fundamentales, fundadas en la dignidad de las personas, revisten un doble carácter de principios objetivos por un lado y derechos públicos subjetivos por el otro.<sup>42</sup>
- c) La existencia de poderes privados que no sólo amenazan sino que pueden perturbar y violentan derechos constitucionales, de forma incluso más intensa que los poderes públicos.<sup>43</sup>

Para esta tesis, la determinación de la doble naturaleza de los derechos fundamentales requiere de un *test* o “control de admisibilidad” a la hora de evaluar la aplicación de los derechos fundamentales en una relación jurídico privada. En ese sentido, el tribunal deberá definir, en primer término, si el derecho no es de aquellos oponibles únicamente al Estado y, en segundo lugar, circunscribir el ámbito de protección del derecho fundamental así como la finalidad de la norma objetiva, atendiendo al mismo tiempo la naturaleza jurídica del derecho subjetivo privado y su relación con la autonomía de la voluntad.<sup>44</sup>

Finalmente, y tal como lo señala ALEXY, se presenta una tercera variante de la teoría de la eficacia ante terceros de los derechos fundamentales.<sup>45</sup> Para esta tesis la relación ciudadano/ciudadano es consecuencia de la sujeción del Estado a los derechos fundamentales en cuantos derechos subjetivos públicos. En ese sentido, a partir del deber de protección que se imputa al Estado es

---

<sup>41</sup> Christian Melis, *op.cit.*, p. 25.

<sup>42</sup> Pablo Marshall, *op. cit.*, p. 55.

<sup>43</sup> Andrés Jana, *op.cit.*, pp. 10 – 11.

<sup>44</sup> Pablo Marshal, *op. cit.*, p. 55.

<sup>45</sup> Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 470 – 472.

posible implicar la obligación de los órganos estatales de tomar las medidas necesario para dar a los individuos la protección frente a los demás miembros de la comunidad.<sup>46</sup>

#### 4. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en Chile

Para una parte importante de la doctrina nacional, en nuestro medio, la distinción entre aplicación directa e indirecta de los derechos fundamentales no juega un rol significativo en la medida que se reconocería una eficacia directa de la Constitución.<sup>47</sup> Dicha afirmación se sustenta en la positivización constitucional de la eficacia directa de los derechos fundamentales ante los poderes públicos y entre los particulares, como bien lo señala el artículo 6º de la Constitución,<sup>48</sup> y tal como lo hacen las constituciones española y portuguesa. De igual forma se presentaría en el ámbito laboral con normas legales tales como el artículo 5º Código del Trabajo, que señala: *“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”*. Sin desmerecer de que incluso antes de dicha consagración legal, la aplicación directa de los derechos fundamentales era recurrente en la jurisprudencia administrativa.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Eduardo Aldunate, *op. cit.*, p. 23.

<sup>47</sup> Carlos Peña, *op.cit.*, p. 668.

<sup>48</sup> José Ignacio Martínez Estay, “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos”, en: Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, número especial, 1998, p. 62

<sup>49</sup> De forma reiterada, la Dirección del Trabajo admitió no sólo el deber del Estado de dar protección a los derechos fundamentales de los trabajadores frente al abuso de poder privado, sino también la colisión de los derechos fundamentales entre particulares y la existencia de derechos fundamentales inespecíficos, v.gr. Dictamen N° 4541/319 de 22 de septiembre de 1998, Dictamen N° 2875/72 de 22 de julio de 2003, Dictamen N° 3448/168 de 12 de septiembre de 2001, entre otros.

Tal como lo manifiesta UGARTE, en Chile la eficacia horizontal ha sido plenamente recepcionada en su versión más radical: la eficacia directa e inmediata.<sup>50</sup> De igual opinión es MARTÍNEZ ESTAY, quien, eso sí, aspira a una aplicación con mayor sentido común, dado que es práctica recurrente en nuestro país, transformar –vía recurso de protección o amparo- muchas situaciones que deberían ser resueltas por el derecho común o penal, en asuntos constitucionales. De ahí que, se debería privilegiar la eficacia directa de los derechos fundamentales, pero sin trastocar los cimientos de los ordenamientos jurídicos infraconstitucionales.<sup>51</sup>

Ahora bien, la adopción del efecto frente a terceros de los derechos fundamentales por el ordenamiento constitucional nacional y de nuestra práctica jurisprudencial, no ha estado exenta de críticas, las cuales han sido formuladas a partir de las erradas concepciones y pobres desarrollos argumentales elaborados por nuestros tribunales.<sup>52</sup>

De hecho, tal como lo constata PIZARRO, nuestros tribunales en aras de proteger determinados derechos –principalmente el derecho de propiedad- han descuidado e incluso desprotegido otros derechos fundamentales, olvidado el efecto de irradiación de todos los derechos fundamentales en las relaciones jurídico privadas. De ahí que, lo idóneo para PIZARRO es encauzar los

---

<sup>50</sup> José Luis Ugarte, “La tutela de los Derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro”, en: Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile, Vol. XX Nº 2 – Diciembre 2007, p. 58. Por su parte, y desde la perspectiva del derecho del trabajo, Melis también admite la eficacia inmediata de los derechos fundamentales entre privados, pero con la consideración al caso a caso. Christian Melis, *op.cit.*, p. 25. En una similar línea de argumentación Eduardo Caamaño, “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección de Trabajo”, en: Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVIII, Semestre I, 2006, pp. 19 y ss.

<sup>51</sup> José Ignacio Martínez Estay, *op. cit.*, p. 63-64

<sup>52</sup> Carlos Peña, *op. cit.*, p. 668. Para Peña el pobre entendimiento de nuestros tribunales al aplicar los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, viene dada por la omisión que hacen los mismos al efecto de irradiación que revisten todos los derechos fundamentales, los cual les impide ponderar bienes jurídicos igualmente importantes, pero que en el caso a caso, pueden tener una validez diferenciada.

derechos fundamentales como elementos interpretativos de los cuales pueda echar mano el juez para resolver conflictos entre particulares, de modo tal de no desconocer la eficacia de los mismo y ajustar los derechos privados a las normas constitucionales.<sup>53</sup>

Finalmente, hay posturas que sostienen el efecto nocivo de la tesis de la aplicación directa de los derechos fundamentales frente a terceros, tal como se ha practicado en nuestro país.<sup>54</sup> En ese sentido, ALDUNATE ha denunciado las consecuencias nocivas que esta práctica tendría, representadas, principalmente, por el desplazamiento que sufre el legislador a favor del juez respecto a la creación de criterios de solución en los conflictos entre privados, la aplicación de dichos criterio al caso particular –escapando de los efectos de generalidad que otorga la solución legal- y finalmente reforzando el carácter de la Constitución como norma de igual nivel que la ley, pero con una menor densidad normativa dejando a merced del juez la determinación de su contenido.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Carlos Pizarro, *op. cit.*, p. 20.

<sup>54</sup> Pablo Marshall, *op. cit.*, pp. 73 – 75.

<sup>55</sup> Eduardo Aldunate, “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en: *La constitucionalización del derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 29.

## CAPÍTULO II

### LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES

#### 1. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales

La plena vigencia de los derechos fundamentales en determinadas parcelas de los ordenamientos jurídicos ha sido paulatina y no siempre exenta de tensiones. De hecho, a las ya mencionadas posturas sobre la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales, se suman una oleada protectora en la cual los derechos fundamentales serán la punta de lanza, irrumpiendo en diversos sectores jurídicos. Y sin duda, uno de los primeros ordenamientos que sintió dicha irrupción fue el derecho del trabajo.

La historia del derecho del trabajo ha estado íntimamente enlazada con la corrección de los desequilibrios entre las partes que celebran el contrato de trabajo y el encauzamiento de los conflictos laborales.<sup>56</sup> De ahí que, durante todo el siglo XX, las normas laborales no sólo buscarán integrar a amplios sectores marginados –como los trabajadores- al sistema institucional que sustentaba a la economía capitalista, sino que también formuló normas protectoras con la finalidad de resguardar derechos laborales básicos. Los pasos posteriores del derecho laboral, fueron dados precisamente, en la dirección de aumentar el espacio de influencia de los trabajadores, en un principio asimilados como sujetos activos de las prestaciones laborales, pasaron a ser considerados como verdaderos sujetos políticos, gracias a la

---

<sup>56</sup> José Luis Ugarte, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 1 – 6.

aparición de las organizaciones sindicales cuya actuación influyó decididamente en la representación de los intereses de los trabajadores en el espacio público.

Lo anterior dio paso, y como lo constata MELIS, a un ingente proceso de garantismo iusfundamental de las relaciones laborales lo cual ha impregnado en su totalidad a las normas laborales, reconociendo la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa.<sup>57</sup> Es la denominada “ciudadanía laboral.”<sup>58</sup>

El ímpetu con el cual los derechos fundamentales hicieron su irrupción en las relaciones laborales, se explica por la lógica de subordinación que se presenta entre empresario y trabajador. La admisión por parte del sistema jurídico de un poder privado capaz de modificar y alterar ciertas condiciones del trabajador, que a su vez pueden conllevar lesiones a sus derechos, ha propiciado precisamente, la utilización operativa de los derechos fundamentales como medios de defensa ante el poder del empresario.<sup>59</sup>

Bajo esta premisa, surgen los textos centrales en los cuales se plasmarán los ejes de esta tendencia garantista, como lo fueron el *Statuto dei Lavoratori* fundamentales (1970) o el *Informe Auroux* (1981) los cuales reafirman tanto la condición de ciudadano del trabajador como la plena vigencia de los derechos fundamentales en la fábrica.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Christian Melis, *op. cit.*, p. 34.

<sup>58</sup> Gonzalo Aguilar y Cristian Contreras, “El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile”. *Ius et Praxis* [online], 2007, vol.13, n.1, pp. 205-243. Disponible en: [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl).

<sup>59</sup> *Ibíd.*, p. 59.

<sup>60</sup> Christian Melis, *op. cit.*, p. 34.

## 2. Rasgos fundamentales de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales

A principios del siglo XX, la afirmación del Estado social de Derecho en hitos constitucionales trascendentales como la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar en 1919, inician el proceso de influencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.<sup>61</sup>

El poderoso efecto de irradiación de la Constitución en todos los ámbitos del derecho, los cuales desbordan el marco constitucional, produce a su vez dos consecuencias de suma relevancia: por una parte, se desplaza la ley como técnica jurídica predominante para regular y solucionar los conflictos entre los individuos<sup>62</sup> y, por otra, se otorga plena eficacia vinculante a los derechos fundamentales en toda relación jurídica, y especialmente en las posiciones jurídicas que ocupa el trabajador y el empresario en el contrato de trabajo.<sup>63</sup>

Este proceso se ha presentado en diversas etapas. Así, un primer hito lo constituye la protección de los derechos propiamente laborales, como el salario mínimo, la jornada de trabajo o el régimen indemnizatorio. Luego, bajo el influjo de la positivización de una serie de derechos colectivos, el derecho del trabajo extendió su campo de influencia a los denominados derechos laborales específicos como la libertad sindical o el derecho a negociación colectiva.<sup>64</sup> Finalmente, y como una última estación en el proceso de constitucionalización

---

<sup>61</sup> *Ibíd.*, p. 35.

<sup>62</sup> José Luis Ugarte, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 9.

<sup>63</sup> Ángel Arias y Francisco Rubio, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 34.

<sup>64</sup> José Luis Ugarte, "La tutela de los Derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro", en: *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, Vol. XX Nº 2 – Diciembre 2007, p. 52.

del derecho de trabajo, la doctrina comparada ha reconocido la protección de los denominados “derechos laborales inespecíficos”, tales como la intimidad, la no discriminación, la integridad física y síquica, la privacidad y la libertad de expresión; todos los cuales son atribuidos al trabajador, no como tal, sino como ciudadano, oponibles tanto al empleador como frente a otros particulares.<sup>65</sup> Lo anterior ha provocado una “impregnación laboral” de derechos fundamentales cuya extensión va más allá de la relación jurídico-laboral<sup>66</sup> vinculando los derechos específicamente laborales con los demás derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución a todos los ciudadanos.<sup>67</sup>

### **3. La vigencia y eficacia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico laboral chileno**

En Chile, una serie de reformas legales han reconocido y extendido la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. En dicha oleada iusfundamental destacan, como hitos fundamentales, entre otros, la aprobación de la Ley 19.759 del año 2001 que consagró el artículo 5º del Código del Trabajo, cuya redacción destaca por reconocer, como límites de los poderes empresariales, los derechos fundamentales. Bajo el mismo espíritu se aprobó la Ley. 20.005 sobre acoso sexual el año 2005, tema central de esta memoria, y finalmente la aprobación de la Ley 20.087 del año 2006, que regula un nuevo procedimiento laboral destinado a tutelar el respeto y garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Los cambios presentados hacen que en la actualidad, no se discuta en nuestro país la plena vigencia del conjunto de derechos inherentes de la

---

<sup>65</sup> Sergio Gamonal, *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, p. 7.

<sup>66</sup> Christian Melis, *op.cit.*, p. 37.

<sup>67</sup> Ángel Arias y Francisco Rubio, *op. cit.*, p. 31.

persona en el Derecho del Trabajo, lo cual ha traído como consecuencia tanto, el reconocimiento de la plena titularidad de la persona, irrumpiendo dicha condición en el vínculo jurídico laboral, y a su vez, al establecimiento de una serie de límites al conjunto de poderes normativos y de dirección con que cuenta el empleador.

Tal como lo adelantábamos, el efecto de los derechos fundamentales referido –horizontal- ha sido recogido infraconstitucionalmente en materia de derecho laboral en el artículo 5° del Código de Trabajo, en los siguientes términos: *“el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieren afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éste”*.

La mencionada eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, se hace mucho más patente, en la medida que se presenta en dicha relación un sujeto premunido de poderes capaces de violentar el derecho. De ahí que, el ordenamiento jurídico nacional haya dotado al trabajador de un amplio espectro de derechos que ceden en beneficio de una persona, así como de un procedimiento tutelar que otorga una efectiva protección a los derechos fundamentales del trabajador.<sup>68</sup>

Ahora bien, a la par de esta irrupción de los derechos fundamentales del trabajador, es posible identificar aquellas facultades que corresponden legítimamente al empleador. Dichos poderes que comprenden tanto la iniciativa de desarrollar una actividad de carácter económico y ejercer la actividad

---

<sup>68</sup> Según Ugarte, “...a pesar de la existencia de diversas normas que apuntan en la línea de reconocer la plena vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral, nuestro orden jurídico presentaba un evidente déficit en la existencia de mecanismos de tutela efectiva de dichos derechos, lo que se expresaba, precisamente, en la falta de cauces procesales idóneos y específicos...”. José Luis Ugarte, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 18.

empresarial, así como la propiedad del establecimiento empresarial, las cuales se ven plasmadas en las libertades aseguradas en los números 23 y 24 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. A su vez, ambas se subsumen en la garantía constitucional de la libertad económica, cuyo ámbito de protección comprende precisamente aquellas prerrogativas o facultades empresariales que integran la libertad de los particulares para desarrollar cualquier actividad económica, cuyos límites constitucionales son la moral, el orden público y la ley.

MONTOYA nos define dichas prerrogativas –poderes empresariales- como el “[...] *haz de poderes destinados a la organización general de la empresa y a la ordenación de las prestaciones laborales (poder de dirección) y a la represión de las conductas naturalmente ilícitas del personal de la empresa (poder disciplinario)*”.<sup>69</sup>

Entre dichas facultades o prerrogativas del poder empresarial, la doctrina laboral más tradicional ha distinguido las siguientes:<sup>70</sup>

- a) Potestad de mando. MONTOYA ha definido dicha potestad como “...el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo de la empresa.”<sup>71</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico laboral, dicha potestad se desprende del artículo 3º del Código del Trabajo, el cual señala en su inciso final: “Para los efectos de la legislación laboral y de

---

<sup>69</sup> Christian Melis, *op. cit.*, p. 130.

<sup>70</sup> Cfr. William Thayer y Patricio Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980.

<sup>71</sup> Citado por Christian Melis, *op. cit.*, p. 130.

seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada".

De esta manera, acorde con la disposición legal antes citada, es posible desprender que corresponde al empleador la dirección, orientación y estructuración de la empresa, organizando el trabajo en sus múltiples aspectos -económico, técnico, personal, etc.-, lo que se traduce en una facultad de mando esencialmente funcional, para los efectos de que la empresa cumpla sus fines, la cual, en caso alguno, será absoluta, toda vez que, debe ser ejercida por el empleador con la responsabilidad que le atañe en la realización del trabajo, reconociendo, como límite a su facultad las normas contenidas en el artículo 12 del Código del Trabajo.

- b) La potestad disciplinaria. A la par de los derechos fundamentales del trabajador la garantía constitucional de la libertad otorga al empresario la facultad de disciplinar la actividad interna de la empresa a efectos de dar cumplimiento a los fines propuestos por el empleador al momento de emprender su proyecto, así como a los que él y el trabajador hayan definido al momento de celebrar el contrato de trabajo. Lo anterior hace absolutamente necesario entregar al empleador las herramientas que permitan conseguir aquel orden interno imprescindible para la consecución de los objetivos plantados. En palabras de la Dirección del Trabajo:

“De las disposiciones arriba citadas se sigue la existencia de diversos bienes valiosos para el sistema jurídico, como son, por

una parte, las garantías constitucionales en orden al derecho a la integridad síquica y al respeto a la honra y vida privada, y, por otra, el orden y seguridad de la empresa y la facultad del empleador de regular la disciplina dentro de la empresa (...).<sup>72</sup>

- c) Poder de variación o *ius variandi*. Se entiende como la facultad legal de que dispone el empleador para modificar algunos aspectos o cláusulas del contrato de trabajo, en forma unilateral y sin previo acuerdo con el trabajador. En razón de ella, el empleador puede, sin caer en una infracción contractual, realizar acciones de gestión empresarial.

Esta prerrogativa comprende la facultad que tiene el empleador de alterar la función que desarrolle un trabajador dentro de la empresa; cambiar el sitio o lugar en que deban realizarse las funciones; modificar o alterar la jornada de trabajo. Todo lo cual ha de encuadrarse dentro de los márgenes que el propio legislador a dispuesto para el ejercicio de ésta prerrogativa.

Sin embargo, las prerrogativas que nuestro legislador ha establecido a favor del empleador, a efectos de que consiga o logre la concreción de su proyecto empresarial, no operan de manera absoluta y sin restricción, sino que reconocen como límite el respeto a los derechos fundamentales. Baste citar a este respecto el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo.

Ahora bien, el reconocimiento de las prerrogativas del empleador, no implica de modo alguno la morigeración o privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce en cuanto persona, más aún si se constata que

---

<sup>72</sup> Dictamen Ord. N° 8273/337 de 1995.

eventualmente se pueden presentar conductas lesivas para los derechos fundamentales en virtud del despliegue de la organización empresarial. De ahí que, sea preciso consignar y destacar el necesario equilibrio que ha de imperar entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad reconocida constitucionalmente pues, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales, la modulación derivada del contrato de trabajo sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el logro del legítimo interés empresarial.<sup>73</sup>

En ese sentido, las potestades antes mencionadas se integran a la relación jurídica laboral, y se despliegan en la ejecución del contrato de trabajo. Desde la celebración de un contrato de trabajo y durante todo su desarrollo se despliegan con menor o mayor intensidad los poderes empresariales, en sus tres vertientes de dirección, disciplina y *ius variandi*. Un primer patrón encargado de morigerar la tensión que irrumpe entre derechos del trabajador y potestad empresarial, es el principio de buena fe. La buena fe se erige como un canon apreciativo del ejercicio de los derechos por parte de los antagonistas laborales.<sup>74</sup>

Por otra parte, los constantes conflictos entre los derechos fundamentales del empleador y trabajadores, o de otros particulares, que se suscitan en una relación laboral, o más allá de ella, lo cual ha implicado someter los intereses en juego al parámetro de ponderación.

Con relación a lo mismo, MELIS ha destacado que:

---

<sup>73</sup> Ángel Arias y Francisco Rubio, *op. cit.*, p. 12. Ambos autores reconocen "...el vínculo contractual genera, por su propia existencia, un complejo entramado de derechos y obligaciones recíprocas que modula no sólo los derechos estrictamente laborales, circunstancia del todo lógica sino también, y esta circunstancia es la ahora queremos destacar, el ejercicio del cúmulo de derechos no estrictamente relacionados con la actividad laboral, esencialmente los derechos fundamentales [...]".

<sup>74</sup> *Ibíd.*, p. 15.

“Los derechos fundamentales de los trabajadores no pueden verse modulados por la ‘lógica contractual’ o la ‘lógica organizativa’. De esta forma, ni una cláusula contractual, por su carácter infraconstitucional, ni los poderes empresariales, por ser parte sólo del ámbito delimitado del derecho a la libertad de empresa, pueden actuar como elementos delimitadores del derecho fundamental del trabajador; en el mejor de los casos, este último puede actuar como elemento limitante en la medida que se cumpla a su respecto los requisitos ya vistos de toda limitación.”<sup>75</sup>

De igual forma, lo reconoce la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, que advierte:

“[...] mientras el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, la facultad del empleador para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es la manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha garantía se encuentra limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y honra de las personas.”<sup>76</sup>

La Dirección del Trabajo, cuya jurisprudencia administrativa ha sido un verdadero impulso en Chile para la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en el trabajo, ha enunciado una serie de principios interpretativos, haciéndose cargo de la existencia y protección constitucional de dos o más derechos fundamentales.

- a) El reconocimiento explícito de un conflicto de valores y bienes jurídicos valiosos para el sistema jurídico nacional, aunque

---

<sup>75</sup> Christian Melis, *op. cit.*, p. 136.

<sup>76</sup> Dictamen Ord. N° 287/14 de 1996.

estableciendo de manera categórica la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador.

“[...] la solución al caso planteado debe necesariamente importar la armonización de los bienes jurídicos en juego con el respeto a los derecho subjetivos públicos que reconoce la Constitución.”<sup>77</sup> Asimismo, “[...] sobre la base de la idea recién expuesta, nuestro legislador ha venido en explicitar el especial equilibrio entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de mando del empleador”.<sup>78</sup> En consecuencia “El reconocimiento del carácter de límites infranqueables que los derechos fundamentales, en particular del derecho a la intimidad, vida privada u honra de los trabajadores, poseen respecto de los poderes empresariales (inciso primero, del artículo 5 del Código del Trabajo), así como la prevalencia que la dignidad de los trabajadores tiene respecto de los mecanismos de control empresarial (inciso final, del artículo 154 del Código del Trabajo [...]).”<sup>79</sup>

- b) En ese sentido, se establece por parte de la Dirección del Trabajo un test de razonabilidad de la medida de control por parte del empleador (las cuales puede versar desde la revisión de lockers o casilleros hasta la implementación de circuitos cerrados de televisión en el lugar de trabajo), asentada en una relación medio/fin, es decir, si el medio de control empresarial y los fines por los cuales ha sido implementado, afectan o no la dignidad y el ejercicio de garantías constitucionales, y por lo tanto decidir su idoneidad.

---

<sup>77</sup> Dictamen Ord. N° 8273/337 de 1995.

<sup>78</sup> Dictamen Ord. N° 195/8 de 2002.

<sup>79</sup> Dictamen Ord. N° N° 2328/130 de 2002.

“Ahora bien, en el caso que nos ocupa, esto es, el ejercicio de los poderes empresariales manifestados en la implementación y utilización de sistemas de control audiovisual, la procedencia o improcedencia de dichos mecanismos como formas de control empresarial, debe determinarse a la luz de los objetivos o finalidades tenidas en vista para su implementación, antecedentes que permitirán en definitiva establecer si dicho control afecta o no la dignidad y el libre ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores.”<sup>80</sup>

Lo anterior se ve sintetizado en el Dictamen Ord. N° 2856/162 de 2002, que concretiza los ejes centrales de la interpretación del órgano administrativo, reconociendo, como principal herramienta jurídica para la resolución de conflictos, el denominado principio de proporcionalidad.

En ese sentido, el test de proporcionalidad cobra utilidad al someter a examen las decisiones del empresario, que en un primer término, se encuentran comprendidas en su derecho constitucional de la libertad de empresa, pero que en ciertas ocasiones puede devenir en riesgos inminentes a la indemnidad de los derechos fundamentales del trabajador. De ahí que, este juicio se aboca a entender el modo en que se ve mesurada el ejercicio de los poderes empresariales respecto el disfrute de los derechos de los trabajadores a tres pasos o momentos intelectivos que integran la proporcionalidad.<sup>81</sup> Los subprincipios son:

- a) Idoneidad. Toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo;

---

<sup>80</sup> *Ibíd.*

<sup>81</sup> *Ibíd.*, p.19.

- b) Necesidad: De todas las medidas consideradas aptas para la satisfacción del fin perseguido deberá ser elegida aquella que resulte menos lesiva para el derecho fundamental limitado; y
- c) Proporcionalidad en sentido estricto: Las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

Por consiguiente, cualquier limitación de los derechos fundamentales ha de ser sometida a este test, a efectos de determinar la legitimidad o ilegitimidad de la misma.

#### **4. Las nuevas herramientas del derecho del trabajo nacional**

La elaboración doctrinal y jurisprudencial antes señalada, configuró el escenario que luego dio pasos a incesantes cambios en el derecho del trabajo nacional y su relación con los derechos fundamentales. De hecho, tal como la hace una parte importante de la doctrina, se identifica la aprobación de la Ley 20.087 de 3 de enero de 2006, como un avance importante, un hito para el reconocimiento de la protección y vigencia de los derechos fundamentales.<sup>82</sup>

A partir de la incorporación en el inciso primero de art. 5º del Código del Trabajo que estipula a los derechos fundamentales como límites al poder empresarial; la mencionada disposición se constituye en una verdadera *vis expansiva* que sirve como puerta de entrada para todo el elenco de los derechos fundamentales en la relación laboral. Asimismo, y también bajo la

---

<sup>82</sup> José Luis Ugarte, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 20.

influencia del mencionado artículo, se ha iniciado un proceso de reconocimiento intensivo de *derecho laborales inespecíficos*: el derecho a la integridad física y psíquica (art. 19 N° 1); derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 19 N° 2 y 16); libertad de conciencia y de religión (art. 19 N° 6); derecho al honor y a la intimidad persona (art. 19 N° 4); inviolabilidad de las comunicaciones (art. 19 N° 5); libertad de opinión (art. 19 N° 12); derecho de reunión (art. 19 N° 13); y libertad económica (art. 19 N° 21 y 22).

Todo lo anterior completa un cuadro reformista que tiene en su núcleo la valoración de la dignidad de la persona, cuya protección debe ser ampliada a todos los ámbitos de la vida. El mencionado énfasis de nuestra legislación laboral se ve precisamente concretado en el reconocimiento y sanción de conductas lesivas para la dignidad humana tales como el acoso sexual laboral. En ese sentido, la Ley 20.005 se erige como una concreta manifestación del pleno reconocimiento de los derechos fundamentales en las relaciones laboral. De hecho, y como lo ha expresado la Dirección del Trabajo: “el acoso sexual corresponde en lo fundamental a una conducta ilícita que lesiona diversos bienes jurídicos del trabajador afectado tales como la integridad física y síquica, la igualdad de oportunidades, la intimidad y la libertad sexual, todos derechos derivados de la dignidad de la persona.”<sup>83</sup>

De igual forma se presenta el art. 485 del Código del Trabajo que dispone que “el procedimiento contenido en este párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19”. Este procedimiento, destinado a tutelar el respeto y garantía de los derechos fundamentales se ha presentado como una vía

---

<sup>83</sup> Dictamen Ord. N° 1133/36 de 2005.

idónea para asegurar la vigencia de dichos derechos en las relaciones de trabajo. De ahí que, y a modo de síntesis –nos extenderemos más adelante sobre las particularidades del procedimiento de tutela laboral- es posible enumerar las siguientes garantías que presenta el mencionado procedimiento en nuestro país: desde un punto de vista de la legitimación activa, la acción puede ser ejercida no sólo por el trabajador, sino que también por la organización sindical a la que pertenezca; en segundo término, las causas de tutela laboral goza de preferencia ante todas las demás causas que se tramitan ante el mismo tribunal, preferencia que se extiende a la resolución de los recursos procesales; en tercer lugar, el juez de la causa cuenta con la facultad de decretar medidas precautorias suspensivas, en el caso de que aparezcan antecedentes que den cuenta de que estamos en presencia de lesiones a derechos esenciales de especial gravedad; y finalmente el art. 493 del Código del Trabajo consagra la denominada *prueba indiciaria*, disposición que señala: “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de la medida adoptada y su proporcionalidad”.

En conclusión, los cambios legislativos esbozados, fundamentados en la protección y promoción de los derechos fundamentales, no sólo han permitido dar un primer paso en el aseguramiento de las libertades fundamentales en el trabajo, sino que se han constituido en la primera piedra en el incesante proceso de constitucionalización del derecho nacional.

## CAPÍTULO III

### DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y EL ACOSO SEXUAL LABORAL

#### 1. Concepto y elementos configuradores del acoso sexual laboral

Desde el año 2005, con la entrada en vigencia de la Ley 20.005, nuestro país cuenta con una regulación especial dedicada al recurrente fenómeno del acoso sexual en las relaciones de trabajo. Sin embargo, dicho fenómeno es de larga data en el derecho comparado –como tendremos oportunidad de revisar- y se inscribe en una de las conductas lesivas más recurrentes en las relaciones laborales.

Las mencionadas conductas se traducen en comportamientos de naturaleza sexual u otras conductas basadas en el sexo. La OIT ha definido el acoso sexual como “un comportamiento de carácter sexual no deseado por la persona afectada que incide negativamente en su situación laboral provocando un perjuicio”.<sup>84</sup>

DEL REY, define el acoso sexual como: “La 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

---

<sup>84</sup> Pamela Farias y Marcela Gómez, “Acoso sexual en el trabajo: de la impunidad a la acción”, en: Aporte al Debate Laboral N° 7, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago, 1999, p. 3.

condiciones de trabajo de éste o que, en todo caso, tiene como objetivo o como consecuencia crearle un entorno laboral ofensivo, hostil o intimidatorio”.<sup>85</sup>

PALAVACINO entiende 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”.<sup>86</sup>

Por su parte, el artículo 2º de la Código del Trabajo, define el acoso sexual laboral como aquel en 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”.

A partir de los presupuestos conceptuales ya esbozados, es posible describir los elementos definitorios del acoso sexual en las relaciones laborales, los cuales son plenamente operativos en nuestra legislación.

- a) **Los sujetos del acoso sexual.** El sujeto pasivo del acoso sexual es el trabajador, independiente de su sexo y el vínculo jurídico que lo ate al empresario.<sup>87</sup> Por su parte, el sujeto activo del acoso sexual puede ser el empleador, cuya obligación no se restringe a no acosar, sino que también a evitar que sus trabajadores comenten dichos actos contra sus compañeros de labores.<sup>88</sup> De igual manera, pueden ser sujetos activos causante del acoso un compañero de trabajo, e incluso un tercero.

---

<sup>85</sup> José Fernando Lousada, *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Editorial Comares, Granada, 1996, p. 94.

<sup>86</sup> Claudio Palavicino, *op. cit.*

<sup>87</sup> José Fernando Lousada, *op. cit.*, pp. 95 – 96.

<sup>88</sup> Dictamen Ord. N° 1133/36 de 2005.

b) **La conducta lesiva o el acto de acoso.** Tal como lo señala LOUSADA, el acto del acoso no se reduce a lo verbal o lo físico, sino que también comprende conductas no verbales insinuatorias o el acoso ambiental. De igual forma lo reconoce la Dirección del Trabajo:

“[...] cabe precisar que 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 recién transcrito, cuando señala que el acoso sexual puede producirse ‘por cualquier medio’, incluyendo en ese sentido, propuestas verbales, correos electrónicos, cartas o misivas personales, etc.”<sup>89</sup>

c) **La connotación sexual de la conducta.** La conducta de acoso sexual se circunscribe a comportamientos directa o indirectamente encaminados a la consecución de una satisfacción de carácter carnal.<sup>90</sup> En ese sentido, como lo señala PALAVECINO entre las conductas de carácter sexual, podemos señalar:

“[...] 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.”<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> *Ibíd.*

<sup>90</sup> José Fernando Lousada, *op. cit.*, p. 103.

<sup>91</sup> Claudio Palavicino, *op. cit.*

La doctrina comparada, por su parte, ha identificado distintos niveles de acoso sexual, entre los cuales es posible identificar:<sup>92</sup>

1. Acoso sexual: Conducta y/o comentarios generalizados de carácter sexual.
2. Conducta seductora: Insinuaciones sexuales de carácter ofensivo.
3. Chantaje sexual: Solicitud de actividad sexual u otra conducta ligada al sexo con promesa de recompensa.
4. Coacción sexual: Imposición de actividad sexual bajo amenaza de castigo.
5. Ataque o asalto sexual: Imposición o ataque sexual intenso.

El énfasis respecto a la fenomenología de acoso sexual reviste de importancia para distinguirla del acoso por razón de sexo, que evoca actos discriminatorios en razón del sexo del trabajador, afectando sus legítimas expectativas laborales. Por su parte, el acoso sexual laboral, tiene como motivación la afirmación de poder sobre otro, la cual se traduce en sexualización del trabajo, reduciendo a la víctima a un objeto sometido a la dominación de quien comete el acoso sexual.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Hugo Veliz y Karla Carmona, *Discriminación laboral. Aportes doctrinarios y situación en Chile*, Tesis para optar al título de Ingeniería Comercial, Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios, Santiago, Chile, 2005, p. 17.

<sup>93</sup> José Fernando Lousada, *op. cit.*, pp. 104 – 105.

d) **El carácter ofensivo e indeseado, y no consentido de la conducta de acoso sexual.** La ofensividad de la conducta puede ser analizada desde un doble aspecto: uno objetivo, en que el acoso sexual resulta ofensivo al ser atentatorio a la dignidad de la persona, y por otra parte, un sentido subjetivo, que atiende a lo indeseado para la víctima. Precisamente, es este último elemento, asociado a la reiteración del comportamiento sexual –luego de que la persona objeto de ella ha manifestado que le resulta indeseable- lo que transforma dicha conducta en acoso.<sup>94</sup> En el caso de nuestro ordenamiento laboral, el carácter ofensivo de la conducta asume una consecuencia bastante laxa, en la medida que debe amenazar o perjudicar su situación laboral o sus oportunidades de empleo. O bien, como lo señala la Dirección del Trabajo:

“[...] .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(a), no consentidos por éste, amenazándolo en su situación y entorno laboral o perjudicándolo en sus oportunidades en el empleo”.<sup>95</sup>

Tal como lo ha señalado UGARTE, y como tendremos ocasión de revisar más adelante, esta imprevisión del legislador ha implicado que los esfuerzos se sitúen en la descripción del tipo, más que en la protección de la víctima a partir de la dilucidación de las conductas lesivas.<sup>96</sup>

Por otra parte, tanto en el derecho comparado como en nuestro país la conducta de acoso sexual laboral no debe ser consentida por la víctima.

---

<sup>94</sup> Claudio Palavicino, *op. cit.*

<sup>95</sup> Dictamen Ord. N° 1133/36 de 2005.

<sup>96</sup> José Luis Ugarte, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 38.

En ese sentido, el consentimiento operaría como una causal de justificación, siempre que concurren los siguientes requisitos:<sup>97</sup>

- Que sea emitido libremente.
- Que se manifieste claramente.

e) **Una conducta desarrollada en el ámbito de trabajo.** El comportamiento del acoso sexual debe desarrollarse dentro del ámbito de la empresa y bajo la dirección del empresario. Este elemento locativo permite no sólo realizar una conexión entre el acoso sexual y la relación laboral propiamente tal, sino que también puede extenderse a aquellas relaciones indirectas conectadas con la relación laboral provocadas con ocasión del servicio u empleo que ejerce el trabajador (el caso más paradigmático es el de los clientes de la empresa). PALAVECINO, excluye como actos de acoso sexual laboral: “las conductas de carácter sexual o de implicancias sexuales indeseadas por el sujeto pasivo, aun cuando fueran ejecutadas por compañeros de trabajo, si se producen fuera del ámbito espacial en que el empleador organiza y dirige los factores productivos”.<sup>98</sup>

## 2. Clasificación o tipos de acoso sexual laboral

Tradicionalmente se han distinguido diversos tipos de acoso sexual laboral. Nosotros sólo apelaremos a los más relevantes.

a) Chantaje Sexual o acoso de intercambio o *quid pro quo*. Este tipo de acoso se produce cuando el sujeto activo del acoso sexual condiciona el acceso al empleo, a una condición laboral o el cese del trabajador, a la realización de un acto de contenido sexual. Esta categoría de acoso

---

<sup>97</sup> José Fernando Lousada, *op. cit.*, pp.111 – 112.

<sup>98</sup> Claudio Palavicino, *op. cit.*

asume el carácter de un abuso de poder y se puede manifestar en propuestas de aumento de salario, ascensos, traslados o la permanencia en un puesto de trabajo.<sup>99</sup>

De ahí que, este tipo de acoso siempre suponga un ejercicio de poder y la influencia de la posición jerárquica que hace verosímil la consecuencia laboral conectada con la proposición sexual.<sup>100</sup> Por otra parte, la conducta del victimario entraña una acción eminentemente discriminatoria, en la medida que se utiliza el poder jerárquico, para degradar al individuo y reducirlo a un objeto de dominación.

- b) El acoso ambiental. Esta categoría de acoso se produce cuando el sujeto activo del acoso sexual crea un ambiente laboral intimidatorio, hostil y humillante para el trabajador. A diferencia del acoso de intercambio o chantaje sexual, el acoso ambiental puede ser tanto vertical como horizontal, es decir, puede ser provocado por compañeros de trabajo de la víctima o terceros relacionados de cualquier modo con la empresa (acoso horizontal).<sup>101</sup>

### **3. Bienes jurídicos protegidos y acoso sexual laboral**

Sin lugar a dudas, el acoso sexual laboral, tal como ha sido caracterizado, se constituye en uno de los comportamientos que mayor impacto puede producir en los derechos fundamentales de un trabajador.

---

<sup>99</sup> Pamela Farias y Marcela Gómez, *op. cit.*, p. 4.

<sup>100</sup> Claudio Palavicino, *op. Cit.*

<sup>101</sup> José Fernando Lousada, *op. cit.*, pp. 117 – 118.

De ahí que, el fundamento de toda protección legal y judicial ante el acoso sexual laboral sea la primacía y resguardo de la dignidad humana. Tal como lo reconoce el artículo 2º del Código del Trabajo:

“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.

Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.”

Ahora bien, a partir del reconocimiento del respeto del individuo en tanto que persona, el comportamiento de acoso sexual afecta a distintos derechos fundamentales, principalmente de los denominados *inespecíficos*, a saber: el derecho a la intimidad, el derecho a la no discriminación y el derecho a la integridad física y síquica. Tal como lo denomina PALAVECINO, el acoso sexual es un comportamiento pluriofensivo.<sup>102</sup>

El acoso sexual atenta contra el derecho a la intimidad en la medida que dicha protección constitucional abarca la vida sexual, la cual puede ser afectada por dicho comportamiento ilícito, pues es posible adscribir al derecho a la intimidad la prohibición a toda persona de perturbar sexualmente a otra a través de comportamiento de hostigamiento sexual.<sup>103</sup> Asimismo, el derecho a la intimidad reviste de un componente positivo toda vez que protege un ámbito infranqueable de la persona, vedado para cualquier individuo. Finalmente, el derecho a la intimidad protege la libertad a la autodeterminación sexual de la

---

<sup>102</sup> Claudio Palavicino, *op. cit.*

<sup>103</sup> José Fernando Lousada, *op. cit.*, pp. 131 – 132.

persona, la cual se podría ver amagada ante las conductas de acoso sexual inferidas por un superior u otra persona, que intente doblegar su voluntad para obtener el resultado sexual buscado.<sup>104</sup>

En segundo término, el acoso sexual puede implicar una grave lesión al derecho a la no discriminación. Como bien lo señala LOUSADA “el acoso sexual reúne las notas básicas definitorias del acto discriminatorio, esto es, en perjuicio no justificado de un determinado grupo de trabajadores delimitados por su sexo”<sup>105</sup>. De igual modo, se puede sostener que el comportamiento de acoso sexual comporta rasgos de un acto discriminatorio si se fundamenta en la condición derivada del sexo del individuo víctima, lo cual permite extender los casos de acoso más allá del chantaje sexual y admitirlos en hipótesis de acoso ambiental.

Finalmente, el acoso sexual puede revestir consecuencias perjudiciales para el derecho a la integridad física y síquica, en la medida puede provocar lesiones corporales en la víctima, así como también daños morales importantes.

---

<sup>104</sup> Ángel Arias y Francisco Rubio, *op. cit.*, pp. 49 – 50.

<sup>105</sup> José Fernando Lousada, *op. cit.*, p. 142.

## CAPÍTULO IV

### EL ACOSO SEXUAL Y SU REGULACIÓN INTERNACIONAL

#### 1. El acoso sexual como una violación a los derechos humanos

Se ha considerado al acoso sexual como una violación a los derechos humanos, en particular en contra de las mujeres, por ser una manifestación de violencia en contra de éstas que también podría extrapolarse a otros grupos de la sociedad, como hombres jóvenes u homosexuales. Como un ilícito pluriofensivo, transgrede el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad sexual. Pero, además de estos derechos, por ser una forma de violencia contra la mujer también se le considera una discriminación en contra de ellas.

El aspecto más interesante en cuanto violación a los derechos humanos es la discriminación contra la mujer, pues de esta forma el acoso sexual ha sido tratado en diversas convenciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto ha sido así porque, como señala TOLEDO, “aunque los derechos a la igualdad y no discriminación, a la integridad física y psíquica de las personas, entre otros, han sido reconocidos universalmente, tratándose del respeto y garantía de estos derechos a las mujeres, se ha requerido de una mayor tenacidad por parte de quienes los promueven”,<sup>106</sup> y se ha requerido de mayor tenacidad y desarrollo, pues la discriminación a la mujer ha sido y sigue siendo una violación estructural a los derechos de éstas, justificándose en convenciones culturales de las sociedades.

---

<sup>106</sup> Patsilí Toledo, “Ley 20.005 sobre acoso sexual en Chile”, en: Anuario de Derechos Humanos, pp. 203 y 204.

En el caso particular del acoso sexual laboral (y también en otros ámbitos, como el académico), éste puede considerarse como “una forma de excluir veladamente a las mujeres de los espacios públicos, haciendo primar su rol sexual y reforzando su adscripción al espacio doméstico, en contraposición a un espacio público amenazante”,<sup>107</sup> es decir, se justifica socialmente la conducta de quienes hostigan sexualmente a las mujeres, pues el rol histórico y cultural de la mujer ha sido subordinado al del hombre, en las labores domésticas y, en muchos casos, también como un objeto sexual.

## **2. Convenciones y mecanismos de protección del sistema universal e interamericano de derechos humanos y de la Unión Europea**

### **2.1 Regulación del acoso sexual en el Sistema de Naciones Unidas**

En la década de los setenta comienzan a dictarse normas específicas sobre el acoso sexual como manifestación de la infracción al principio de igualdad. Al efecto, en el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) se señala que *“Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, (...)”*.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, creado para asegurar el cumplimiento de la CEDAW, ha señalado que el acoso sexual es una forma de violencia contra la mujer presente en el trabajo. En su

---

<sup>107</sup> *Ibíd.*, p. 204.

Recomendación General N° 19, adoptada el año 1992, hizo las siguientes observaciones respecto al artículo 11 de la CEDAW:

“17. La igualdad en el empleo puede verse seriamente perjudicada cuando se las somete a violencia, por su condición de mujeres, por ejemplo, el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo.

18. El hostigamiento sexual incluye un comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho. (...) es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil.”

El acto de discriminación se configuraría cuando el acoso sexual afecta a las mujeres por el sólo hecho de ser tales.<sup>108</sup>

El procedimiento que debe seguirse para recoger las comunicaciones o quejas contra los Estados que hayan violado la CEDAW se encuentra establecido en el Protocolo Facultativo de la CEDAW, del año 1999.

Además de esta regulación, la ONU ha tratado el acoso sexual laboral como una manifestación de la violencia contra la mujer en diversas conferencias, reportes e instancias de estudio y reflexión, como la IV Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995), la Asamblea General titulada “Mujer 2000, igualdad de género, desarrollo y paz para el siglo veintiuno” (2000) o la Declaración sobre

---

<sup>108</sup> *Ibíd.*, p. 204.

Violencia contra las Mujeres, aprobada por el Consejo Económico y Social (1992).<sup>109</sup>

## **2.2 Regulación del acoso sexual en la Organización de Estados Americanos**

La OEA adoptó en 1994 la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención Belem do Pará”), que se refiere expresamente al acoso sexual como violencia contra la mujer en su artículo 2º, de la siguiente manera:

“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, (...) acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.”

## **2.3 Regulación del acoso sexual en la Unión Europea**

En 1987 se presentó el Informe Rubinstein sobre el Problema del Hostigamiento Sexual en los Estados Miembros de las Comunidades Europeas. En éste se definió al acoso sexual como “una conducta verbal o física de naturaleza sexual, cuyo autor sabe o debería saber que es ofensiva para la víctima’. Ésta es considerada ilícita en los siguientes supuestos:

---

<sup>109</sup> Jennifer Lambeth V., *Ley 20.005 sobre prevención y sanción del acoso sexual: análisis de su contenido positivo y doctrinario*, Tesis para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2006, pp. 47 y ss.

- a) Cuando el rechazo o la aceptación de tal conducta por la víctima sea utilizada o invocada como amenaza para fundamentar una decisión que afecte su empleo o condiciones de trabajo, o
- b) Cuando la víctima no esté en condiciones de denunciar que tal conducta ha ocasionado perjuicio a su ambiente de trabajo.”<sup>110</sup>

En 1991 la Comisión Europea presentó un “Código de Conducta sobre las medidas para combatir el Acoso Sexual”, en el marco de una recomendación sobre la protección de la dignidad de las personas en el trabajo. Se recoge este Código, pues se considera que el acoso sexual es un tipo de discriminación sexual, porque el sexo de la persona afectada determina quién será objeto del acoso.

El Código de Conducta tiene dos objetivos:

- a) Prevenir el acoso sexual, entregando recomendaciones que orientan a empresarios, sindicatos y trabajadores, para crear conciencia de la necesidad de estimular la protección de la dignidad del trabajo.
- b) Señala las directrices por las cuales se debe regir un procedimiento de denuncia e investigación de acoso sexual.<sup>111</sup>

En la Directiva 2000/78/CE del Consejo (2000), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se establece que el acoso constituye discriminación cuando “se produce un

---

<sup>110</sup> *Ibíd.*, p. 58.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, pp. 63 y 64.

comportamiento no deseado (...) que tenga como objeto o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo” (artículo 2.3)<sup>112</sup>

Como puede notarse, en el Informe Rubinstein se recoge una definición de acoso sexual *quid pro quo*, y en la Directiva del año 2000 se amplía la noción al acoso sexual ambiental.

En la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea (2002), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, nuevamente se señala que el acoso sexual es contrario a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, y que dicha forma de discriminación no sólo se produce en el lugar de trabajo, sino también en el acceso al empleo y a la formación profesional y durante el empleo y la ocupación (considerando de la Directiva). Al mismo tiempo, en el artículo 2.2 define acoso sexual como “la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.”<sup>113</sup>

### **3. Estándares de la OIT y de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones de la OIT (CEARC)**

En 1985 la Conferencia Internacional del Trabajo se refirió por primera vez al acoso sexual, como un factor que deteriora las condiciones laborales de los

---

<sup>112</sup> *Ibíd.*, p. 60

<sup>113</sup> *Ibíd.*, pp. 61 y ss.

empleados y sus perspectivas de empleo y promoción, constituyendo una violación de los derechos fundamentales de los trabajadores, además de una forma de violencia, principalmente contra las mujeres. El año 1991 volvió a referirse a este tema, condenando la existencia del acoso sexual.

A pesar de lo anterior, la OIT no ha dedicado Convenio o Recomendación alguna al acoso sexual laboral, pero sí se ha referido a éste en el artículo 20 del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, estableciendo que, para evitar cualquier discriminación a los trabajadores de los pueblos interesados y a los demás trabajadores, los gobiernos deberán garantizar que “los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.”<sup>114</sup>

Junto con esto, en el año 1997 la CEARC señaló que el acoso sexual laboral constituye una forma de discriminación basada en el sexo, por lo que éste contravendría el Convenio 111 de 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Con anterioridad a esto, ya en el año 1988 había señalado al acoso sexual como una amenaza para los trabajadores y también para la empresa.<sup>115</sup>

En una observación general emanada de la CEARC el año 2003 se define el acoso sexual como “un comportamiento de naturaleza sexual u otro comportamiento basado en el sexo, no deseado y ofensivo para el destinatario.”<sup>116</sup> Esta definición ha sido criticada, pues no distingue si el acoso sexual se produce por una conducta del acosador que la víctima acepta

---

<sup>114</sup> *Ibíd.*, pp. 54 y 55.

<sup>115</sup> *Ibíd.*, p. 56.

<sup>116</sup> Patricio Varela P., *La solución chilena al problema del acoso sexual en la empresa*, Tesis para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2007, p. 16.

pasivamente –por ejemplo, tocar a la víctima-, o si el acoso sexual consiste en requerimientos que realiza el acosador a la víctima, para que ésta realice ciertas conductas de carácter sexual.<sup>117</sup>

Otras instancias de estudio también han tratado el acoso sexual como una manifestación de desigualdad entre hombres y mujeres y de violencia en contra de éstas últimas. Entre estas instancias se puede señalar el Encuentro de Expertos sobre Medidas Especiales de Protección para Mujeres y para la Igualdad de Oportunidades y Tratamiento (1989), el Simposium Tripartito sobre Igualdad de Oportunidades y Tratamiento de Hombres y Mujeres en el empleo en los Países Industrializados (1990) y el Informe Global “La Hora de la Igualdad en el Trabajo” (2003).<sup>118</sup>

#### **4. Legislación comparada sobre acoso sexual**

La discusión y regulación del acoso sexual laboral surgió sólo hace algunas décadas atrás, siendo Estados Unidos el país pionero en este ámbito. Actualmente el acoso sexual es tratado en las distintas legislaciones a través de cuatro tipos de normas, a saber: a) Normas de igualdad de oportunidades, que prohíben la discriminación en el trabajo; b) normas que protegen contra el despido; c) normas que regulan la reparación mediante el pago de una indemnización; y, d) normas generales.<sup>119</sup>

A continuación se realizará una breve mención a las legislaciones comparadas más importantes en el mundo.

---

<sup>117</sup> *Ibíd.*, pp. 17 y 18.

<sup>118</sup> Jennifer Lambeth V., *op. cit.*, pp. 56 y 57.

<sup>119</sup> Manuela Tomei y María Vega-Ruiz, “La discriminación de la mujer en el lugar de trabajo. Nuevas tendencias en materia de discriminación por motivos basados en la maternidad y el acoso sexual”, en: *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, p. 167.

## 4.1 Estados Unidos

Se considera a Estados Unidos como el país pionero en la regulación y sanción del acoso sexual. Desde la sentencia *Barnes v/s Costle* de 1977 los tribunales federales reconocieron este tipo de conductas como forma de discriminación por sexo, y en 1981 calificaron dichas conductas como “acoso sexual”, desde la sentencia *Bundy v/s Jackson*.<sup>120</sup> En 1986, en el caso Banco de Ahorros *Meritor v/s Vinson*, la Suprema Corte establece que el acoso sexual es una conducta discriminatoria que viola el Título VII de la *Civil Rigths Act* de 1964.<sup>121</sup>

El Título VII de la *Civil Rigths Act* sanciona los casos de discriminación que se produzcan en el ámbito laboral, pero no se refiere de forma expresa al acoso sexual. La labor de conceptualizar el acoso sexual recayó en la *Equal Employment Opportunities Commision* (Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo, EEOC, por sus siglas en inglés), organismo creado por la *Civil Rigths Act* para fiscalizar el cumplimiento de la legislación anti-discriminación. En 1980 la EEOC creó un concepto de acoso sexual, entendido como “Los avances sexuales no deseados, peticiones de favores sexuales u otras conductas físicas o verbales de naturaleza sexual, cuando:

1. La sumisión o el rechazo de tales conductas se transforma, ya sea explícita o implícitamente, en una condición de la relación laboral.
2. La sumisión o el rechazo de tales conductas se usa como antecedente para la adopción de decisiones administrativas que afectan la situación de

---

<sup>120</sup> *Ibíd.*, p. 167.

<sup>121</sup> Luís Lizama y José Luis Ugarte, *op. cit.*, p. 3.

la persona que se negó a acceder a los requerimientos que se le formularon.

3. La conducta tiene el propósito o el efecto de interferir de manera irrazonable en el desempeño laboral de una persona, o bien, de crear un medioambiente laboral intimidante, hostil y ofensivo para el afectado.”<sup>122</sup>

El desarrollo de EE.UU. en esta materia, realizado mediante los precedentes sentados por sus tribunales y el trabajo de la EEOC, ha influenciado a muchos países y constituye el marco de prevención y sanción con el cual se guían los otros países para regular el acoso sexual laboral. Dentro de las contribuciones de la doctrina estadounidense se destaca<sup>123</sup>:

- a) La clasificación de los tipos de acoso sexual: *quid pro quo* y acoso sexual ambiental.
- b) La discusión entre criterios objetivos y subjetivos para determinar la efectividad del acoso (“persona o mujer razonable”).
- c) No se exige que la víctima acredite la pérdida de beneficios laborales o la existencia de un daño efectivo a su integridad psíquica para sancionar las conductas de acoso sexual.

Ante una denuncia por acoso sexual, la víctima debe presentar su denuncia ante la EEOC, notificándose la denuncia al empleador e iniciándose la investigación. La EEOC solo realizará gestiones de conciliación. Una vez

---

<sup>122</sup> Patricio Varela P., *op. cit.*, pp. 6 y 7.

<sup>123</sup> Jennifer Lambeth V., *op. cit.*, pp. 67 y 68.

agotada esta instancia las partes pueden acudir a tribunales, ante los cuales pueden invocarse las normas de la *Civil Rights Act*.

La Sección 706 letra g) del Título VII de la *Civil Rights Act* faculta a los jueces para determinar que el demandado se abstenga de seguir realizando la conducta denunciada y también pueden ordenar que se realicen ciertas acciones, como reincorporar empleados despedidos o contratar obligatoriamente a trabajadores, así como también puede ordenar el pago de una indemnización.<sup>124</sup>

## 4.2 Reino Unido

En las situaciones de acoso sexual se aplica la *Sex Discrimination Act* (1975), norma que tiene como objetivo proteger a las mujeres de la discriminación en el trabajo.

El año 2005 se modificó la *Sex Discrimination Act*, y entre las modificaciones realizadas se agregó un concepto de acoso, el que establece que “una persona somete a otra a hostigamiento si:

- a) En razón de su sexo, el infractor incurre en una conducta al margen de la voluntad de la víctima cuando dicha conducta tiene el propósito o el efecto (i) de violar la dignidad de ella, o (ii) de crear un medioambiente hostil, degradante, humillante u ofensivo para ella.
  
- b) El infractor incurre en cualquier tipo de conducta de naturaleza sexual al margen de la voluntad de la víctima, ya sea verbal, no

---

<sup>124</sup> Patricio Varela P., *op. cit.*, pp. 110 y ss.

verbal o física cuando dicha conducta tiene el propósito o el efecto (i) de violar la dignidad de ella, o (ii) de crear un medioambiente hostil, degradante, humillante u ofensivo para ella.

- c) En razón del rechazo de la víctima o de su negativa a someterse a los tipos de conducta descritos en las letras a) o b) precedentes, el infractor le da un tratamiento menos favorable que el que le habría dado de no haber existido dicho rechazo y haberse producido el sometimiento.”<sup>125</sup>

Es muy importante destacar que solo se configurará la situación de acoso, “si teniendo en consideración todas las circunstancias, incluyendo en particular la percepción de la afectada, fuera razonable estimar que se han producido dichos efectos.”<sup>126</sup>

Como no existe un procedimiento especial de denuncia, éstas serán conocidas por los tribunales ordinarios, los que podrán:

- a) Declarar cuáles son los derechos de las partes en relación con el hecho contra el cual se reclama.
- b) Ordenar al demandado pagar una compensación económica al demandante.
- c) Recomendar medidas que el demandado deberá adoptar para eliminar o reducir los efectos adversos del acto discriminatorio demandado.

---

<sup>125</sup> *Ibíd.*, pp. 117 y 118.

<sup>126</sup> *Ibíd.*

d) Si el demandado no adopta las medidas, podrá decretarse en contra de éste una compensación económica a favor del demandante, y si ésta ya fue ordenada, podrá aumentarse su monto.<sup>127</sup>

### 4.3 Canadá

Destaca en la legislación de Canadá el que este Estado contempla el acoso sexual en sus normas laborales y en su legislación de derechos humanos *Canadian Human Rights Act*, de 1977.<sup>128</sup>

En su Código del Trabajo define acoso sexual como “toda conducta, comentario, gesto o contacto de naturaleza sexual (a) cuando sea probable que vaya a provocar un sentimiento de ofensa o humillación a un empleado; o (b) cuando, existiendo razonables fundamentos para así estimarlo, pudiere ser percibido por un empleado como condicionante respecto del empleo o de las oportunidades de promoción o capacitación.”<sup>129</sup>

Ante una denuncia de acoso sexual, el encargado de realizar la investigación es un órgano administrativo similar a nuestra Inspección del Trabajo, mientras que la única obligación del empleador es dar publicidad a los procedimientos de denuncia de acoso sexual. No existen sanciones específicas por conductas de acoso sexual, pero si se acredita dicha conducta y se violan otras normas del Código del Trabajo el demandado puede ser sancionado con una multa. En

---

<sup>127</sup> *Ibíd.*, pp. 120 y 121.

<sup>128</sup> Ver Patricio Varela P., *op. cit.*, p. 121, y Jennifer Lambeth V., *op. cit.*, p. 68.

<sup>129</sup> Patricio Varela P., *op. cit.*, pp. 122 y 123.

cuanto a la responsabilidad del empleador, éste será responsable sólo si no dio cumplimiento a su obligación de publicidad.<sup>130</sup>

#### 4.4 España

En España, por su parte, si el acoso sexual es cometido por un compañero de trabajo, puede considerarse como una falta grave, al sancionarse como tal en la mayoría de los convenios colectivos, entre otras, las siguientes actuaciones: los malos tratos de palabra y de obra, la falta de respeto y consideración, las coacciones y amenazas y la realización de actos que atenten contra la moral.

El acoso sexual en el trabajo puede entenderse también como una violación del derecho a la no discriminación, del artículo 4.2.c del Estatuto de los Trabajadores, siempre que la negativa de la persona acosada a aceptar una determinada iniciativa de naturaleza sexual haya tenido consecuencias en la relación laboral. Frente a la situación de acoso sexual en el trabajo, la trabajadora puede solicitar la rescisión del contrato por causa justificada, con derecho a indemnización, con independencia de reclamar, si cabe, indemnización por daños morales derivados de la falta de respeto a la intimidad y dignidad del trabajador.

Por otro lado, cabe destacar que el acoso sexual en el ámbito laboral puede ser considerado un delito, contemplado en el artículo 184 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de la siguiente forma:

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación

---

<sup>130</sup> Jennifer Lambeth V., *op. cit.*, p. 69.

de servicios, continuada o habitual y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho valiéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.
3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2.

No podrán sancionarse en sede laboral los casos que sean conocidos mediante el procedimiento penal, por lo que la investigación administrativa debe suspenderse hasta que se dicte sentencia en el procedimiento penal.

#### **4.5 Argentina**

Resulta interesante señalar la normativa de Argentina en esta materia, por ser nuestro país vecino. En este país solo se regula el acoso sexual en el ámbito de la administración pública nacional y cuando la conducta es cometida

por un superior jerárquico, mediante el Decreto N° 2.385 de 18 de noviembre de 1993. Para investigar y sancionar las conductas eventualmente constitutivas de acoso sexual se aplica el procedimiento general contemplado en la administración pública.

Sólo tres distritos tienen regulación en materia de acoso sexual, la que tampoco es acabada, por lo que las personas afectadas por acoso sexual no tienen medios directos para defenderse o parar el acoso en el ámbito laboral y en otros ámbitos sociales en que puede producirse esta conducta. A pesar de esto, hay ciertas situaciones que pueden configurar delitos, como la violación, pero no es la regla general en los casos de acoso sexual laboral. Tampoco ha existido un desarrollo jurisprudencial en el país vecino que permita la protección de los y las trabajadoras ante situaciones de acoso sexual.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> *Ibíd.*, pp. 71 y 72.

## CAPÍTULO V

### NORMATIVA NACIONAL DE PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL

#### 1. Antecedentes de la Ley N° 20.005 que Tipifica y Sanciona el Acoso Sexual

Según hemos tenido oportunidad de destacar, la realidad de nuestro país y especialmente aquella que vivían las trabajadoras, hacían urgente la necesidad de establecer sanciones para los casos de acoso sexual en el ámbito de las relaciones laborales. Esto, sumado al desarrollo y experiencia que existía sobre la materia a nivel internacional y a la regulación de la misma por parte de organismos internacionales, se constituye en la antesala del proyecto que dio origen a la Ley 20.005.<sup>132</sup>

Entre los antecedentes directos emanados de organismos internacionales que influyeron en la normativa nacional deben mencionarse dos recomendaciones hechas por organismos del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos: en primer lugar, las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos respecto del cuarto informe periódico de Chile de 1999, en las que se señaló la preocupación por “el elevado número

---

<sup>132</sup> La Ley N° 20.005, que Tipifica y Sanciona el Acoso Sexual fue discutida por largo tiempo en el Congreso Nacional. El origen de esta ley fue la moción presentada el 24 de octubre de 1994 por los honorables diputados Sergio Aguiló, Gabriel Ascencio, María Angélica Cristi, Iván De la Maza, Ramón Elizalde, Maximiano Errazuriz, Juan Pablo Letelier, Fanny Pollarolo, Prochelle Aguilar y Exequiel Silva. En 1995 el Gobierno, con la intervención del Servicio Nacional de la Mujer y el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, presentó otro Proyecto de Ley ante el Congreso Nacional. Eduardo Caamaño R., “Acoso sexual: concepto, clases y bien jurídico protegido”, en su: *El acoso sexual en la empresa: análisis de la ley 20.005*, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 6.

de casos de hostigamiento sexual en el lugar de trabajo”, recomendando a Chile que “promulgue una ley tipificando el delito de hostigamiento sexual en el lugar de trabajo.”<sup>133</sup>

En segundo lugar, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer solicitó a Chile que en su próximo informe incluyera información respecto a “la condición de las mujeres trabajadoras y el avance en sus condiciones de vida, y acerca (...) [d]el problema del acoso sexual en el trabajo.”<sup>134</sup>

Además de estos antecedentes normativos, es imperativo destacar la sentencia de la Corte Suprema de 9 de abril de 2003, caso “Riveri con Fucoa”, pues fue la primera vez que dicha Corte se pronunció sobre un caso de acoso sexual laboral. En este caso, el tribunal consideró justificado el despido indirecto de la demandante, habiéndose acreditado que el empleador incurrió en las causales de término de contrato establecidas en el artículo 160 N° 5 (omisión temeraria que afectó a la salud de la trabajadora) y N° 7 (incumplimiento grave de las obligaciones que le imponía el contrato). En el considerando 10 de este fallo los sentenciadores establecieron:

“Que al amparo de las normas legales y constitucionales, es obligación del empleador tutelar la salud del trabajador, y siendo un hecho de la causa el conocimiento de la situación de acoso que la demandante denunciaba, debe necesariamente concluirse que éste no adoptó con prontitud y eficiencia medida alguna para evitar el comportamiento del jefe directo de la actora (...).”<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> Citado por Patsilí Toledo, *op. cit.*, p. 205.

<sup>134</sup> *Ibíd.*

<sup>135</sup> Citado por Luis Lizama y José Luis Ugarte, *op. cit.*, p. 9.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario consignar la opinión de CARVAJAL, quien sostiene que la Corte “no resolvió derechamente el acoso sexual” porque la demandante también fundó su acción por despido indirecto en la causal “del N° 1 del mismo artículo [160], esto es, alguna de las conductas indebidas de carácter grave” enumeradas en dicho artículo. Así, la actora sostuvo que el demandado incurrió en falta de probidad y en conducta inmoral grave; sin embargo, la Corte desestimó la existencia de acoso sexual en sí, por falta de pruebas contundentes al respecto. Por esto se ha sostenido que la Corte no se hace cargo del acoso sexual laboral ni de su naturaleza.<sup>136</sup>

## **2. Concepto de acoso sexual y críticas a la definición legal**

La Ley N° 20.005 agregó un nuevo inciso 2° al artículo 2° del Código del Trabajo. En su primera parte el nuevo inciso reafirma la idea de respetar la dignidad de las personas en las relaciones laborales y, en su segunda parte, señala que el acoso sexual es contrario a un trato acorde con la dignidad humana y entrega un concepto de acoso sexual. El inciso textualmente señala lo siguiente:

“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.”

---

<sup>136</sup> Gabriela Carvajal G., “Antecedentes de la legislación sobre acoso sexual: jurisprudencia y tramitación legislativa”, en su: *El acoso sexual en la empresa: análisis de la ley 20.005*. Santiago, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 47.

Siguiendo a PALAVECINO, una definición de acoso sexual laboral debe contener 3 elementos, a saber: “a) se trata de un comportamiento sexual o de connotación sexual; b) que es indeseado por el sujeto afectado” y c) “se desarrolla en el ámbito de organización y dirección del empresario”<sup>137</sup>

Analizando la definición legal a la luz de estos tres elementos, vemos que ésta contiene el primer elemento, al recogerse la noción de “requerimientos de carácter sexual”. Dichos requerimientos “no se encuentran limitados a acercamientos o contactos físicos, sino que incluye cualquier acción del acosador sobre la víctima”,<sup>138</sup> al establecerse en el tipo legal que éstos pueden ser “por cualquier medio”.

Sin perjuicio de lo anterior, PALAVECINO critica el que sólo se recojan los “requerimientos” de carácter sexual en la definición legal y no otras conductas o comportamientos de índole sexual. El citado autor señala que *“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”*.<sup>139</sup>

El segundo elemento que debiese contener una definición de acoso sexual es que las conductas que lo constituyen sean indeseadas por el sujeto afectado. Éste elemento está contenido en nuestra legislación, al señalarse que estos deben ser “no consentidos por quien los recibe”.

Por último, el tercer elemento implica la necesidad de señalar que las conductas constitutivas de acoso sexual deben ser realizadas en el lugar donde

---

<sup>137</sup> Claudio Palavicino, *op. cit.*

<sup>138</sup> Dictamen Ord. N° 1133/36 de 2005.

<sup>139</sup> Claudio Palavicino, *op. cit.* . En el mismo sentido, Patricio Varela P., *op. cit.*, pp. 156 y ss.

las personas desempeñan sus funciones laborales. La definición legal no recoge este elemento, pero sí se entiende que se está refiriendo a él al señalarse, al inicio del nuevo inciso segundo del artículo 2º del Código del Trabajo que “*Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona.*”

Ahora bien, en cuanto al tipo de acoso sexual recogido por nuestro legislador, puede compararse la definición definitiva con aquella recogida en el Proyecto de Ley de 1995, el que contemplaba una definición distinta de acoso sexual, que se incluía en el artículo 160 N° 1 del Código del Trabajo. Aquel proyecto definía el acoso sexual como “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.”<sup>140</sup>

La diferencia que salta a la vista entre ambos conceptos es que en el proyecto primitivo se establecía expresamente que las conductas ilícitas configuraban acoso sexual si había perjuicio o amenaza en el “normal desenvolvimiento laboral”, situación que configuraría el acoso sexual horizontal. En cambio, el concepto recogido finalmente por la ley no contiene esta última consecuencia, mencionándose sólo la amenaza o perjuicio en la situación laboral u oportunidades de empleo.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> Citado por Eduardo Caamaño, *op. cit.*, p. 9.

<sup>141</sup> José Luis Ugarte, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 38. Ugarte crítica ácidamente el tipo de acoso sexual consagrado en la Ley. 20.005, en la medida que configura un tipo de conducta y no un tipo de resultado, lo cual implica concentrarse en la realización u omisión de un comportamiento determinado, y no en el resultado lesivo y la producción de un estado de cosas atentatorio contra los derechos fundamentales. Lo anterior puede explicar los motivos por los cuales los operadores jurídicos se asilan en la tutela laboral. Pues, dada la menguada elaboración del ilícito de acoso sexual preocupada por la descripción de la conducta más que por resultado lesivo, en el procedimiento de tutela laboral lo relevante es la conducta lesiva de los derechos fundamentales la cual puede adoptar cualquier forma, pero con un resultado específico: la restricción ilegítimamente de los derechos fundamentales.

La omisión en recoger la mencionada consecuencia ha dado pie para criticar la noción de acoso sexual de la ley. Al respecto, PALAVECINO critica el concepto de la ley porque “para ampliar la extensión del tipo a otros sujetos activos distintos del empleador y de sus representantes, es preciso un esfuerzo hermenéutico”, que consistiría en concordar la definición contenida en el artículo 2º con el artículo 160 Nº 1 letra b), el cual permite despedir a un trabajador que incurra en conductas de acoso sexual –en contra de otro compañero de trabajo. Pero, entonces, el trabajador denunciado sólo podría ser sancionado si su conducta produce los efectos señalados en el tipo, es decir, que amenace o perjudique la situación laboral u oportunidades en el empleo de la víctima. Para que la conducta del denunciado pueda subsumirse en el tipo, habrá que interpretarlo ampliamente, entendiendo como “amenaza o perjuicio a la situación laboral” una incomodidad en el ambiente de trabajo, por ejemplo.<sup>142</sup>

La Inspección del Trabajo, en Dictamen Ord. 1133/36 de 21 de marzo de 2005, refuerza la interpretación amplia del concepto legal de acoso sexual, señalando 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.”

---

<sup>142</sup> Claudio Palavicino, *op. cit.*

### 3. Obligaciones del empleador

Como bien señala VERGARA, “el modelo adoptado por el legislador atribuye un papel significativo a la prevención y a las facultades del empleador para garantizar un ambiente de trabajo que garantice la dignidad de las personas.”<sup>143</sup>

Siguiendo a LIZAMA y UGARTE, las cuatro obligaciones generales del empleador son las siguientes:<sup>144</sup>

- a) Debe mantener un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores, que prevenga el acoso sexual en sentido amplio.
- b) Debe incorporar estipulaciones al Reglamento Interno que prevengan el desarrollo de conductas constitutivas de acoso sexual, ya sea éste acoso sexual *quid pro quo* o acoso ambiental.
- c) Debe dictar normas que regulen el procedimiento al que debe someterse la investigación por conductas constitutivas de acoso sexual en el centro de trabajo, así como la aplicación de medidas de resguardo a favor de la víctima y de sanciones a los responsables.
- d) Debe investigar todas las denuncias formuladas sobre acoso sexual y adoptar las medidas de resguardo que sean pertinentes,

---

<sup>143</sup> Mónica Vergara Del Río, “Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo. El trabajo asalariado y las mujeres en Chile”, en: Revista Latinoamericana de Derecho Social.(4): 212.

<sup>144</sup> Luis Lizama y José Luis Ugarte, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

con estricta sujeción al procedimiento previsto en la ley, a fin de evitar el aumento judicial de las indemnizaciones.

Estas obligaciones, y en particular el establecimiento de normas de prevención e investigación de conductas de acoso sexual, se plasman en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad. La Ley N° 20.005 agregó un nuevo número 12 al artículo 154, estableciendo que “El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones: (...) 12. El procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual.”

A continuación se analizarán las obligaciones a), b) y d), dejando la letra c) – obligación de dictar normas de investigación, resguardo y sanción- para el capítulo siguiente. Finalmente se analizará la obligación del empleador de modificar su Reglamento Interno para introducir las normas de prevención e investigación en caso de denuncias por acoso sexual.

### **3.1 Debe mantener un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores que prevenga el acoso sexual en sentido amplio**

La primera obligación del empleador es la más general y de ella derivan las demás obligaciones. Este deber está contenido en el actual inciso segundo del artículo 153 del Código del Trabajo, agregado por la Ley N° 20.005, y que señala: *“Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores.”*

Se trata de una emanación de la obligación general de protección contenida en el inciso primero del artículo 184, a saber: *“El empleador estará obligado a*

*tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, (...)*”.

Dándole contenido a esta obligación, en cuanto al acoso sexual, ella implica prevenir que el ambiente de trabajo resulte hostil y humillante para los trabajadores en razón del sexo.<sup>145</sup> Este mandato se traduce en dos obligaciones para el empleador:

1. Establecer disposiciones de prevención del acoso sexual en el Reglamento Interno.
2. Evitar la existencia de conductas que sean constitutivas de acoso sexual.

### **3.2 Debe incorporar estipulaciones al Reglamento Interno que prevengan el desarrollo de conductas constitutivas de acoso sexual, ya sea éste acoso sexual *quid pro quo* o acoso ambiental**

El empleador debe velar por el mantenimiento de un ambiente laboral grato y de mutuo respeto entre los trabajadores, y una forma de llevar esto a cabo es mediante la prevención de conductas constitutivas de acoso sexual.

En este sentido, podemos recurrir al Código de Conducta sobre las medidas para combatir el Acoso Sexual de la Unión Europea<sup>146</sup> que contiene una serie de orientaciones que los empleadores deben seguir para prevenir el acoso sexual en sus empresas. Las orientaciones son las siguientes:

- a) Declaración de principios.

---

<sup>145</sup> *Ibíd.*, p. 19.

<sup>146</sup> Citado por Patricio Jiménez T., “Las obligaciones del empleador frente al acoso sexual”, en su: *El acoso sexual en la empresa: análisis de la ley 20.005*, Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 54 y ss.

En este punto el empleador debe ser claro en señalar que no permitirá ni tolerará conductas de acoso sexual en la empresa.

b) Definición de acoso sexual.

La empresa puede recoger la definición de acoso sexual del Código del Trabajo. Según LIZAMA y UGARTE, es obligación del empleador señalar las hipótesis que configuran el acoso sexual, las que ellos caracterizan de la siguiente manera:

“a) La proposición sexual asociada a consecuencias relacionadas con el desempeño laboral del destinatario de la proposición, que son favorables para el caso de la aceptación o desfavorable para el caso del rechazo.

“b) La proposición sexual reiterada, que tiene lugar en el medio laboral y que es realizada a pesar de la negativa manifiesta de la persona solicitada de modo que demuestra un menosprecio de su dignidad personal;

“c) La realización reiterada de acciones, comentarios o alusiones de carácter sexual en el medio laboral, efectuada a sabiendas de su ofensividad para otro, demostrando con ellos un menosprecio de la dignidad del ofendido, y

“d) La hostilización de una persona en su medio laboral, mediante las acciones descritas en los casos b) y c), ejecutada con el propósito

adicional de determinar a la persona hostilizada a abandonar su medio laboral.”<sup>147</sup>

- c) La explicitación del procedimiento a seguir por las víctimas.

Esta orientación configura la tercera obligación que tiene el empleador según la Ley N° 20.005 (contenida en el artículo 154 N° 12 del Código del Trabajo), pero, a su vez, el que el procedimiento esté contenido en el Reglamento Interno sirve como elemento de prevención, pues, los trabajadores tendrán conocimiento respecto a que el acoso sexual es una conducta prohibida y que existen efectivamente medios para investigarlo y sancionarlo, lo que produciría la disuasión de dichas conductas, previniendo el que se cometan.

- d) La garantía a los trabajadores de la política de la empresa frente al acoso sexual.

Para dar cumplimiento a esta orientación el empleador debe poner en conocimiento de sus trabajadores las normas de prevención, investigación y sanción del acoso sexual, además de poner énfasis en la libertad de los trabajadores para denunciar posibles conductas de acoso sexual y en que no existirán represalias para aquellos que denuncien.

Junto con esto, el Reglamento Interno también debe contener las sanciones a las que será sometida la persona que, siendo acusada de acoso sexual, dichas conductas resulten probadas mediante el procedimiento de investigación. Por supuesto que el establecimiento de sanciones conocidas por todos también constituye una forma de prevención del acoso sexual, pues pone

---

<sup>147</sup> Luis Lizama y José Luis Ugarte, *op. cit.*, pp. 34 y 35.

de antemano en conocimiento de los trabajadores que la empresa no tolera el acoso sexual y por eso éste lleva aparejado consecuencias negativas.<sup>148</sup>

- e) La garantía de un ambiente de trabajo respetuoso e instruir a los mandos medios y trabajadores en igual sentido.

Esta orientación implica llevar a la práctica el deber general del empleador de mantener un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores, incentivando a todos ellos a que, en el día a día, se mantenga un buen trato entre ellos.

Asimismo, el empleador debe promover medidas formativas entre sus trabajadores, “para que comprendan el problema [del acoso sexual] y estén conscientes de las políticas y medidas para evitar los actos de acoso sexual.”<sup>149</sup>

- f) La capacitación de los mandos medios como posibles receptores de denuncias de acoso sexual.

Esta orientación es básica si existe un procedimiento de investigación llevado a cabo por la propia empresa. Quienes instruyan la investigación deben ser capacitados, especialmente en las normas legales sobre acoso sexual y otras formas de hostigamiento laboral, habilidades sociales para enfrentar casos en que se denuncian estas conductas, entre otras.

---

<sup>148</sup> *Ibíd.*, p. 34.

<sup>149</sup> *Ibíd.*, p. 34.

### **3.3 Debe investigar todas las denuncias formuladas sobre acoso sexual y adoptar las medidas de resguardo que sean pertinentes, con estricta sujeción al procedimiento previsto en la ley, a fin de evitar el aumento judicial de las indemnizaciones**

Para lograr una eficaz sanción de las conductas de acoso sexual, el empleador tiene la obligación de investigar las denuncias que lleguen a él, así como tomar las medidas de resguardo pertinentes para evitar que estas situaciones sigan escalando. Si el empleador no tuviese una obligación clara de investigar, resguardar y sancionar, las normas sobre acoso sexual serían totalmente inútiles.

La Ley N° 20.005 ha establecido un mecanismo para promover tanto la investigación del acoso sexual como el establecimiento en el Reglamento Interno de normas de prevención y procedimiento. Este mecanismo es conocido como “Incentivo Pro Investigación” y está contenido en el nuevo inciso tercero del artículo 168, que señala:

“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.”

También el inciso segundo del nuevo número 12 del artículo 154 contiene esta norma, señalando que:

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

Para contextualizar esta norma es preciso tener presente que la Ley N° 20.005 agregó una nueva causal de término de contrato de trabajo en el número 1 del artículo 160, que establece:

“El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

1. alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:

b) Acoso sexual”

Si se denuncia una conducta constitutiva de acoso sexual y luego de la investigación seguida según el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II se estima culpable al denunciado, éste puede ser sancionado con el término de su contrato de trabajo, cuya causal está establecida en el artículo transcrito. Si éste trabajador luego acude a tribunales y su despido es declarado indebido, el empleador no estará afecto al recargo de indemnizaciones establecido en la letra c) del inciso primero del artículo 168.<sup>150</sup> Además de seguirse el procedimiento del Título IV del Libro II del Código del Trabajo, en el Reglamento Interno deben contenerse las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores (cumplimiento de la obligación del nuevo inciso segundo del artículo 153).

---

<sup>150</sup> Se discute si el incentivo pro investigación sólo opera cuando la causal por la cual se pone término al contrato de trabajo es la del artículo 160 número 1 letra b) –y, por lo tanto, judicialmente puede ser declarado como indebido- o si también se aplica cuando, a pesar de haberse realizado la investigación y haberse acreditado la conducta de acoso sexual, se invoca otra causal para terminar el contrato –caso en el cual el juez puede declarar el despido improcedente o injustificado. Para más detalles, ver Luis Lizama y José Luis Ugarte, *op. cit.*, p. 25.

Asimismo, el Incentivo Pro Investigación está plasmado en el nuevo inciso tercero del artículo 171 del Código del Trabajo, el cual señala:

“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.”

Esta norma tiene aplicación en los casos de despido indirecto del trabajador que fue víctima de las conductas de acoso sexual.

#### **4. Falsa denuncia de acoso sexual**

La Ley N° 20.005 incorporó un nuevo inciso final al artículo 171, el que señala, en relación con el despido indirecto de un trabajador:

“Si el trabajador hubiese invocado la causal de la letra b) del número 1 del artículo 160, 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.”

Esta norma ha sido agregada para precaver demandas temerarias por acoso sexual y deben cumplirse dos requisitos copulativos para que sea procedente la indemnización por parte del demandante:<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup> Luis Lizama y José Luis Ugarte, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

1. Debe haberse invocado la causal falsamente o con ánimo de lesionar la honra de la persona acusada de acoso sexual.
2. El tribunal debe desestimar la demanda por despido indirecto por carecer de motivo plausible.

Se critica esta norma, pues puede desincentivar a los trabajadores a denunciar los casos de acoso sexual, puesto que, por la propia naturaleza de las conductas constitutivas de hostigamiento sexual, éstas resultan de difícil comprobación. En el capítulo siguiente tendremos la oportunidad de referirnos con algún grado de detalle a la prueba del hecho ilícito que configura el acoso sexual, con motivo del estudio de las ventajas que representa para la víctima el ejercicio de la acción de tutela laboral, especialmente porque ello constituye un elemento paliativo al desincentivo que significa la norma del inciso final del artículo 171.

## **CAPÍTULO VI**

### **MECANISMOS DE PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL: PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DEL ACOSO SEXUAL LABORAL V/S PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

#### **1. Procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual laboral**

La Ley N° 20.005 incorporó al Código del Trabajo un nuevo título IV en su libro II, titulado “De la investigación y sanción del acoso sexual”, fijando el procedimiento aplicable para el caso en que se produzca una denuncia de acoso sexual que pueda fundamentar la aplicación de una sanción. Este procedimiento es de carácter administrativo y puede llevarse a efecto por el propio empleador o por la Dirección del Trabajo.

El legitimado activo para iniciar el procedimiento administrativo contemplado en la ley es la propia víctima del acoso, en cuanto sujeto titular de la acción, pudiendo optar entre formular la denuncia ante la dirección de la empresa, establecimiento o servicio en que desarrolla sus funciones; o bien, directamente ante la Inspección del Trabajo. Está legitimado también el sindicato al cual esté afiliado el trabajador denunciante, cuando sea requerido expresamente por dicho trabajador.<sup>152</sup> Para iniciar una investigación el o la afectada debe presentar la denuncia por escrito, en la cual debe individualizar al

---

<sup>152</sup> Ord. N° 1133/36 de 2005.

afectado, describir los hechos denunciados y hacer referencia al o los responsables de los hechos.<sup>153</sup>

### **1.1 Procedimiento de investigación por el empleador**

La investigación deberá realizarla el propio empleador en las siguientes hipótesis:

- Cuando el trabajador denuncia ante la dirección de la empresa, establecimiento o servicio en que desarrolla sus funciones la circunstancia de verse sometido a conductas de acoso sexual de parte de un superior o un par y dicha empresa decide realizar la investigación a nivel interno.
- Cuando la empresa, dentro del plazo de 5 días de recibida por escrito la denuncia del trabajador o trabajadora afectada, no hace uso del derecho a optar que tal investigación sea realizada por la Inspección del Trabajo del domicilio del empleador.

No podemos dejar de consignar en este punto lo peligroso que resulta para la víctima del acoso, el que sea la misma empresa, establecimiento o servicio en que desarrolla sus labores, quien esté encargado de la investigación, dado que carece de la experticia suficiente para desarrollarla. Para salvar este punto, será necesario que el empleador designe a un empleado capacitado para realizar la investigación, como el gerente de recursos humanos o el jefe de personal.

---

<sup>153</sup> Luis Lizama y José Luis Ugarte, *op. cit.*, p. 38.

Una vez recibida la denuncia, el empleador deberá adoptar las medidas de resguardo necesarias para evitar que continúen produciéndose los hechos denunciados. El artículo 211-B del Código del Trabajo señala como medidas de resguardo la separación de los espacios físicos y la redistribución del tiempo de la jornada, pero el empleador puede adoptar otras medidas en virtud de su potestad de variación o *ius variandi*, sin perjuicio de lo cual todas las medidas de resguardo que el empleador puede adoptar deben estar establecidas en el Reglamento Interno.

El empleador, para fijar las medidas de resguardo, deberá considerar la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo, pero, además, las medidas de resguardo no podrán afectar los derechos fundamentales ni los derechos irrenunciables del trabajador a quien se le imponen, ni tampoco un menoscabo material o moral.<sup>154</sup> El trabajador afectado puede reclamar de las medidas ante la Dirección del Trabajo, a fin que determine si existe un menoscabo o vulneración a derechos fundamentales.

El artículo 211-C establece que la investigación deberá constar por escrito y se realizará en un plazo máximo de 30 días. El procedimiento se realiza bajo secreto relativo, es decir, deberá llevarse bajo reserva de terceros. Y es plenamente aplicable el principio de bilateralidad de la audiencia, pues pesa la obligación legal de que ambas partes sean oídas.

Una vez concluida la investigación deberán enviarse las conclusiones a la Dirección del Trabajo respectiva, la que deberá revisar la investigación interna y formular sus observaciones. En opinión de LIZAMA y UGARTE, las observaciones deberán ser netamente jurídicas y referirse sólo “al cumplimiento

---

<sup>154</sup> Luis Lizama y José Luis Ugarte, *op. cit.*, p. 39.

de los principios de bilateralidad, escrituración y secreto, y a la calificación jurídica de los hechos constitutivos de acoso sexual.”, con el objeto de evitar que las eventuales sanciones “no estén fundadas en el respeto al debido proceso ni se ajusten a la ilicitud de las conductas tal como lo establece la ley laboral.”<sup>155</sup>

## **1.2 Procedimiento de investigación ante la Dirección del Trabajo**

La investigación será llevada a cabo por la Dirección del Trabajo en los siguientes casos:

- Cuando la denuncia sea interpuesta por la presunta víctima ante la Dirección del Trabajo respectiva.
- Cuando el empleador, en el plazo de cinco días contados desde que recibe la denuncia, decide remitirla a la Dirección del Trabajo.
- Cuando la persona a quien se le imputa la conducta de acoso sexual es el empleador.
- Cuando la empresa no tiene la obligación de contar con un Reglamento Interno.

Una vez iniciada la investigación por la Dirección del Trabajo, debe notificarse al empleador para que éste, en un plazo de 48 horas, tome las medidas de resguardo necesarias y acredite su cumplimiento. Las medidas de resguardo son tomadas por el empleador, por lo que se aplican las mismas

---

<sup>155</sup> *Ibíd.*, p. 43.

reglas que en las medidas de resguardo adoptadas cuando la investigación es realizada dentro de la misma empresa.

Las normas contenidas en el Título IV del Libro II del Código del Trabajo también son aplicables a la investigación realizada por la Dirección del Trabajo, a saber: la investigación debe ser realizada en un plazo máximo de 30 días, dejando constancia escrita de todas y cada una de las actuaciones, guardando estricta reserva y oyendo a ambas partes.

En la práctica, reunidos todos los antecedentes, se realiza una visita inspectiva a la empresa, donde se revisan los documentos que acreditan la relación laboral y se toma testimonio a los eventuales testigos. Para evitar que los testigos teman futuras represalias se les otorga garantía absoluta de reserva, individualizándolos genéricamente.<sup>156</sup>

JIMENEZ señala que la investigación de la Dirección del Trabajo es una “indagación de plausibilidad”, porque en la visita inspectiva que realiza se dedica a constatar “si los hechos denunciados aparecen corroborados por personas responsables, determinadas y ubicables o por las consecuencias de tipo laboral que constituyan un perjuicio para la trabajadora.”<sup>157</sup>

El informe de fiscalización debe contener: a) aplicación de medidas de resguardo; b) metodología utilizada en la investigación; c) gestiones realizadas y, d) conclusiones.<sup>158</sup> En las conclusiones se deben contener los resultados arrojados por la investigación, señalando las circunstancias en que se ha producido el ilícito, su frecuencia, la relación del acosado con el acosador, las características de la conducta reprochable, las implicancias que esta situación

---

<sup>156</sup> PULSO, Dirección del Trabajo, Santiago, Chile. (4). Marzo 2007, p. 3.

<sup>157</sup> Patricio Jiménez T., *op. cit.*, p. 72.

<sup>158</sup> PULSO, Dirección del Trabajo, *op. cit.*, p. 3.

ha tenido en el trabajo, en la salud o en la persona del denunciante, la detección de amenazas, la posible existencia de otras personas acosadas en la empresa y la consignación de testigos.<sup>159</sup> Este informe debe comunicarse al empleador, al denunciante y al denunciado.

Una vez recibido el informe de la Dirección del Trabajo, sea que ésta haya realizado la investigación o haya sido realizada por el empleador, este último tiene 15 días para decretar las sanciones que correspondan.

## **2. El procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales**

Este procedimiento se aplicará cuando los derechos fundamentales establecidos expresamente en el artículo 485 resulten lesionados en la relación laboral.

Los derechos fundamentales contenidos en el artículo 485 son los siguientes:

1. Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral.
2. Vida privada y honra.
3. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas.
4. Libertad de conciencia y culto.

---

<sup>159</sup> Patricio Jiménez T., *op. cit.*, pp. 72 y 73.

5. Libertad de opinión.
6. Libertad de trabajo.
7. Actos discriminatorios durante la ejecución y término del contrato de trabajo.
8. Libertad sindical.

Según el inciso tercero del artículo 485, los derechos y garantías mencionados se entenderán lesionados *“(...) cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.”*

Los legitimados activos para iniciar este procedimiento, según el artículo 486, son el trabajador que considere vulnerados sus derechos fundamentales, la organización a la cual se encuentre afiliado y la Dirección del Trabajo.

En cuanto al sujeto pasivo de la acción de tutela laboral, son legitimados pasivos el empleador y la empresa usuaria. Se discute si la empresa principal puede ser sujeto pasivo de la acción de tutela. En principio, no puede serlo, porque no se encuentra en la situación legal de ejercer las facultades propias del empleador, sin embargo, y siguiendo a UGARTE, lo podría ser en dos situaciones:

1. Cuando existan restricciones a los derechos fundamentales de los trabajadores que vengan impuestas por la empresa principal en materia de higiene y seguridad.
2. Cuando la empresa principal haga ejercicio ilegal de facultades propias del empleador.<sup>160</sup>

Las denuncias deberán interponerse ante el Juzgado de Letras del Trabajo en el plazo de sesenta días contados desde que se produce la vulneración de derechos fundamentales. El plazo se suspenderá cuando, dentro de los sesenta días, el trabajador interponga un reclamo ante la Inspección del Trabajo respectiva. Dicho plazo seguirá corriendo una vez concluido el trámite ante la Inspección del Trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, en ningún caso podrá recurrirse al tribunal transcurridos noventa días hábiles desde que ha ocurrido la vulneración del derecho.

Se empleará el procedimiento de aplicación general contemplado en la Ley N° 20.087, es decir, será un procedimiento oral. La diferencia con el procedimiento de aplicación general es que el de tutela laboral gozará de preferencia respecto de todas las demás causas del tribunal, así también gozarán de preferencia los recursos que se interpongan (artículo 488 del Código del Trabajo).

En el artículo 492 se contempla la facultad del juez de decretar medidas cautelares, resoluciones contra las cuales no cabe recurso alguno. El artículo señala lo siguiente:

---

<sup>160</sup> José Luis Ugarte, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 32.

“El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa...”

En materia probatoria se reconoce la denominada “prueba indiciaria”. Al efecto, el artículo 493 dispone:

“Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”

Si la sentencia establece la existencia de una vulneración a derechos fundamentales del trabajador, puede disponer las siguientes medidas de tutela:

“(i) Ordenará, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato bajo apercibimiento de multa (...)

“(ii) Indicará en forma concreta las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el mismo apercibimiento anterior, incluidas las indemnizaciones que procedan.

“(iii) Aplicará las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas del Código del Trabajo.

“(iv) El juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior al producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.”<sup>161</sup>

Es muy importante señalar también lo establecido en el artículo 489 del Código del Trabajo, el que trata el caso en que se produce la vulneración de derechos con ocasión del despido. La primera particularidad que tiene esta situación es que el único legitimado activo es el trabajador despedido. El inciso tercero de este artículo señala:

“En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a 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.”

Para explicar este inciso, en palabras de GAMONAL, *“decretado el despido como atentatorio de derechos fundamentales, el legislador lo considera por una parte como un despido injustificado según las reglas generales del artículo 168 y, además, se lo sanciona con una indemnización extra (...), fijada incidentalmente por el juez laboral. Esta indemnización es por el daño material y moral causado al afectado, en especial por este último rubro dado que se trata de derechos fundamentales con una importante incidencia en los intereses extrapatrimoniales del trabajador.”*<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> Sergio Gamonal, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

<sup>162</sup> *Ibíd.*, p. 26.

### **3. Posibilidad de aplicación del procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales a situaciones de acoso sexual**

#### **3.1 Naturaleza del bien jurídico lesionado**

Como ya se mencionó, el acoso sexual constituye una conducta pluriofensiva, toda vez que son varios los bienes jurídicos afectados por él, entre ellos, el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a la honra y el derecho a la libertad sexual.

De esta forma, el acoso sexual cabe dentro de las hipótesis del artículo 485 del Código del Trabajo, el que contempla expresamente la procedencia del procedimiento de tutela laboral por lesión a los derechos a la integridad física y psíquica y la vida privada y honra.

UGARTE señala respecto al procedimiento de tutela que “(...) *en vez de entremeterse por el sinuoso y confuso camino de las definiciones doctrinales respecto del tipo, como ocurrió con la inofensiva ley de acoso sexual (...), [el procedimiento de tutela] siguió la ruta correcta: no es relevante el tipo de conducta sino su resultado, porque acá lo central es la protección efectiva de uno o varios derechos.*”<sup>163</sup>

De esta manera, si una conducta de índole sexual (puede ser requerimiento o no) vulnera los derechos protegidos mediante el procedimiento de tutela, puede incoarse éste para lograr que cese la vulneración.

---

<sup>163</sup> José Luis Ugarte, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 38.

Sin embargo, se ha señalado que esto sólo puede ser posible cuando es el empleador quien realiza el acoso sexual, porque, según el artículo 485, “la vulneración de los derechos debe tener su causa en actos o en el ejercicio de las facultades del empleador”<sup>164</sup>

Este punto puede ser salvado, según UGARTE, si el trabajador impetra “del empleador protección ante la conducta lesiva del o de los otros trabajadores, y en dicho caso, ante la ausencia de la protección debida, imputara a dicha omisión la lesión de sus derechos fundamentales y, en dicho caso, hiciera ejercicio de la acción de tutela laboral.”<sup>165</sup>

### **3.2 Ventajas del procedimiento de tutela laboral por sobre el procedimiento de investigación del acoso sexual**

#### a) Legitimación activa más amplia.

El artículo 486 del Código del Trabajo permite que no sólo el trabajador afectado interponga la acción de tutela laboral, sino también la organización sindical a la que pertenece, así como la Inspección del Trabajo en el desempeño de sus funciones pueden incoar la acción de tutela. Por esto, el procedimiento de tutela laboral adquiere amplitud, y es natural que así sea, pues a la luz de este procedimiento debe darse la disputa respecto a la existencia o inexistencia de una vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores.

Por su parte, según lo establecido en el artículo 211-A del mismo cuerpo normativo, “En caso de acoso sexual, la persona afectada deberá hacer llegar

---

<sup>164</sup> Claudio Palavicino, *op. cit.*

<sup>165</sup> José Luis Ugarte, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 39.

su reclamo a la dirección de la empresa, establecimiento o servicio o a la respectiva Inspección del Trabajo.”

Pues bien, si comparamos una y otra norma, vemos inmediatamente la diferencia en cuanto a la amplitud de legitimados que la acción de tutela adquiere, versus la limitación del sujeto activo propia del procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual incorporado a nuestro sistema en virtud de la Ley N° 20.005. Esto no hace sino sembrar una disyuntiva entre uno y otro procedimiento, la que claramente cede en beneficio del procedimiento de tutela, como procedimiento base y único a aplicar para el caso de vulneración de derechos fundamentales, y más aún en caso de transgresión a la autodeterminación sexual del trabajador, dado que, al ampliar el número de titulares de la acción, aumenta también las posibilidades de protección del bien jurídico, lo que obviamente desequilibra la balanza a favor del procedimiento contemplado en la Ley N° 20.087.

#### b) Celeridad en el procedimiento de tutela

El artículo 488 del Código del ramo otorga a las causas que se tramiten conforme al procedimiento de tutela laboral preferencia en su vista en relación a cualquier otra materia que deba ser tratada en el tribunal, lo que trae consigo una celeridad mayor en el análisis y resolución del conflicto denunciado.

A diferencia de esto, en el procedimiento establecido por la Ley N° 20.005 la investigación de los hechos denunciados puede significar hasta un mayor perjuicio para la víctima en razón del tiempo que dicha investigación puede llegar a demorar, porque debe llevarse a cabo todo el procedimiento de investigación, ya sea por la empresa o por la Inspección del Trabajo, el que según la ley debe demorar 30 días, y en caso que existan sanciones para el

culpable, el empleador tiene un plazo de 15 días para hacerlas efectivas. Si sumamos que la víctima podría no quedar conforme con la investigación y sanción y se autodespide, el proceso se alargará aún más, porque deberá recurrir a sede judicial para obtener las indemnizaciones respectivas.

c) Sanciones.

En el procedimiento de acoso sexual la víctima logrará que la mayor sanción que se imponga al responsable será solo ver separado al victimario de ella en el desarrollo diario de sus funciones y, en el mejor de los casos, el despido de dicho acosador, pero nada más; todo lo cual debe ocurrir en el término de 15 días de entregadas las observaciones de la Inspección del Trabajo al empleador, ya sea que la investigación haya sido efectuada por aquélla o por éste. Además, en caso que sea el propio empleador quien ha incurrido en las conductas de acoso sexual será casi imposible lograr el término del contrato de trabajo, situación que generará un ambiente hostil para la víctima, la que probablemente terminará acogiéndose al despido indirecto, teniendo que acudir a sede judicial (una vez realizado todo el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual) para obtener las indemnizaciones correspondientes.

En el caso del procedimiento de tutela el juez puede ordenar el cese inmediato del comportamiento antijurídico, además de establecer medidas de reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos, incluidas indemnizaciones. Las medidas de reparación no se encuentran contempladas en el procedimiento de la Ley N° 20.005, por lo que la aplicación del procedimiento de tutela laboral sería mucho más beneficioso para la víctima.

A mayor abundamiento, si la víctima es despedida por actos de acoso sexual en contra de ella o por actos de amedrentamiento, mediante el procedimiento

de tutela podrá solicitar que se declare el despido como lesivo de derechos fundamentales y podrá obtener la indemnización establecida en el artículo 489 inciso tercero del Código del Trabajo.

d) Resarcimiento de perjuicios.

En el procedimiento de tutela es posible destacar la posibilidad cierta que tiene la víctima de ser resarcida en los perjuicios ocasionados a consecuencia de la vulneración de derechos sufrida; en este sentido, ella no sólo tendrá una pronta resolución de su caso -por gozar se causa de preferencia respecto de las demás-, sino que también podrá recibir una compensación de carácter económica que le permitirá afrontar de mejor forma el daño causado. El cese de la conducta infraccional, claramente, significa un alivio para la víctima, pero su satisfacción ha de ser mayor si cuenta con las demás herramientas enunciadas.

Con ocasión del despido, el artículo 489 del Código del Trabajo describe las indemnizaciones a las que tendrá derecho el afectado, en la siguiente forma:

“En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a 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.

“Con todo, cuando el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2º de este Código, y además de ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones a que se refiere el inciso anterior.

“En caso de optar por la indemnización a que se refiere el inciso anterior, ésta será fijada incidentalmente por el tribunal que conozca de la causa.”

Como vemos, la posibilidad de ver el pago de una suma de dinero por concepto de indemnización de perjuicios, además del cese de la conducta de acoso o vulneración, resulta ser una clara diferencia entre el procedimiento de tutela laboral y el de acoso sexual, en el cual no existe una norma que haga imperativo al empleador o al victimario, según sea el caso, entregar tal suma por dicho concepto.

A lo expuesto debemos agregar que si bien las reglas del procedimiento de tutela laboral no contemplan expresamente la indemnización por concepto de daño moral, esta posibilidad bajo ningún respecto puede entenderse excluida y, en consecuencia, la víctima podría activar un procedimiento tendiente al establecimiento del daño moral en razón de haber sufrido actos que limitaron o privaron el libre y completo ejercicio de sus derechos, de conformidad al artículo 485 del Código del Trabajo.

#### e) Prueba

En materia probatoria también es posible encontrar diferencias entre uno y otro procedimiento. Así, tenemos que en el artículo 493 del Código del Trabajo el legislador expresa:

“Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”

De lo enunciado en tal artículo, podemos extraer dos ideas: la primera dice relación con que la seriedad de los antecedentes presentados por el denunciante vienen a determinar la concurrencia de la denominada *prueba indiciaria* que, tal como su nombre lo indica, obedece a indicios o antecedentes verosímiles de la infracción grave que vulnera derechos fundamentales. La segunda idea dice relación con el efecto propio de tal indicio, y que se traduce en una traslación de la carga de la prueba al empleador<sup>166</sup>, obligando al denunciado a justificar la racionalidad de las medidas adoptadas y, sobre todo, su proporcionalidad, bastándole al actor con acreditar los indicios.

Con respecto a la primera de las ideas consignadas en el artículo 493 del Código del Trabajo, cabe tener presente que en un esquema normal de prueba en materia laboral los elementos probatorios de que se valdrá el denunciante serán, a saber, testigos, documentos, informes periciales y, por sobre todo, el informe de fiscalización respectivo; este último, toda vez que le corresponda intervenir a la Dirección del Trabajo y que, conforme dispone el artículo 23 del DFL N° 2 de 1967, goza de presunción de veracidad en el ámbito probatorio judicial.

Por consiguiente, el reconocimiento y aplicación de una prueba como la indiciaria en el procedimiento de tutela, representa para la víctima una liberación de carga que el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual no le concede, toda vez que en él será el informe de investigación el que determine una presunción en su favor.

---

<sup>166</sup> En este punto cabe recordar la regla general en materia probatoria, contenida en el inciso primero del artículo 1698 del Código Civil, el que señala “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.” De aplicarse la regla general, el trabajador cuyos derechos fundamentales se ven vulnerados debiese probar este hecho.

De ahí que tal precepto altere las nociones generales establecidas en esta materia en nuestro Código del Trabajo, cuestión que en ningún caso ocurre en un procedimiento de acoso sexual, puesto que la normativa que rige dicho procedimiento es demasiado exigua y no se pronuncia sobre aspectos de prueba, sino que sólo determina el sujeto al que corresponderá llevar a cabo la investigación, aplicándose, por tanto, la regla general en materia probatoria contenida en el artículo 1698 del Código Civil.

### **3 Superposición de vías procesales y complementariedad de ambos procedimientos**

Tras la descripción y análisis de ambos procedimientos de investigación cabe preguntarse si vale la pena tener dos procedimientos distintos para conocer del acoso sexual.

Luego de haber revisado las normas que rigen tales procedimientos, no cabe duda de que aquel establecido en la Ley N° 20.087 – de tutela laboral de derechos fundamentales- sólo podría ser aplicado en aquellos casos en que el empleador es quien realiza los requerimientos de carácter sexual (o conductas de connotación sexual que vulneren las garantías contenidas en el artículo 485), por lo tanto, no podría señalarse que el procedimiento establecido por la Ley N° 20.005 haya perdido toda eficacia, por cuanto ha de ser aplicado en todos aquellos casos en que el victimario no sea el empleador, como lo son, por ejemplo, los casos en que existe acoso sexual ambiental *horizontal*.

Teniendo en consideración el punto anterior, podemos decir que ambos procedimientos son complementarios. Sostenemos esto porque, en caso de acoso sexual ambiental *horizontal* deberá recurrirse al procedimiento de la Ley

Nº 20.005 para investigar y sancionar la conducta del trabajador imputado y solamente cuando este procedimiento haya llegado a su fin, y sólo en caso que el trabajador afectado por las conductas de acoso sexual considera que la actuación del empleador ha sido lesiva de derechos fundamentales al recibir la denuncia, investigar, tomar medidas de resguardo y/o sancionar al culpable, podrá iniciar el procedimiento de tutela laboral en contra del empleador.

Asimismo, y tanto en el caso del acoso sexual *quid pro quo* como en el caso del acoso sexual ambiental, si se realiza el procedimiento de investigación de la Ley Nº 20.005, los antecedentes recabados en esta investigación, así como el informe que evacúe la Inspección del Trabajo podrán servir como indicios para probar la vulneración de los derechos fundamentales, sirviendo el procedimiento de la Ley Nº 20.005 como un antecedente para el procedimiento de tutela laboral.

Es importante destacar también las distintas finalidades que tienen ambos procedimientos, el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual, ya sea llevado a cabo por la empresa o por la Inspección del Trabajo, tiene como finalidad establecer la responsabilidad del acosador, pues así se desprende del artículo 211-E: el empleador dispondrá y aplicará las sanciones y medidas que correspondan.

A diferencia de lo anterior, el procedimiento de tutela busca la responsabilidad de la empresa al vulnerarse los derechos fundamentales de sus trabajadores, pues en la sede judicial en la cual se acciona será sujeto pasivo la empresa y no la persona particular que cometió los actos indebidos, así como también las medidas que el tribunal puede tomar si considera vulnerados los derechos del trabajador: declaración de existencia o no de la lesión, orden de

cese inmediato del comportamiento antijurídico, medidas de reparación e indemnizaciones y multas.

Por todos estos motivos consideramos que existe una superposición de procedimientos, porque en varias hipótesis ambos entregan caminos y soluciones distintas para solucionar la vulneración de derechos. Sin embargo, también funcionan como complementos en otras ocasiones, y en estos casos ambos procedimientos funcionan bien si se acciona en orden y se agotan todas las instancias legales.

## CAPITULO VII

### BREVES NOTAS SOBRE JURISPRUDENCIA LABORAL

En el presente capítulo se analizarán y comentarán algunos fallos relevantes de nuestros tribunales referidos al acoso sexual laboral, así como a las vías de protección legal que dispone el legislador para el resguardo de los bienes jurídicos comprometidos con el la conducta de acoso. Asimismo, se han incluido sentencia que permiten demostrar no sólo las ventajas procesales que cada mecanismo de protección judicial otorga a la víctima, sino también su respectiva complementación o superposición de los mismos.

1. *Sentencia Corte Suprema, 14 de enero de 2009. Oyarzún Bertin, Jéssica y otra con Promociones Financieras Ltda., Rol N° 6569-2008.*<sup>167</sup>

En el presente caso, Jéssica Oyarzún Bertin y Jocelyn Ahumada Castillo, ambas trabajadoras de la empresa Promociones Financieras Ltda., demandan a ésta y, subsidiariamente, a la empresa usuaria Smartcom S.A., por despido indirecto, a fin que se les condene a pagar las sumas a título de indemnización sustitutiva del aviso previo, recargo legal, feriado proporcional y resarcimiento del daño moral. Su despido indirecto lo justifican en las conductas de acoso sexual cometidas en contra de ellas por Leonidas Álvarez, agente de Promociones Financieras Ltda.. Dichas conductas fueron investigadas por la Inspección del Trabajo mediante el procedimiento de investigación establecido en la Ley N° 20.005.

---

<sup>167</sup> Ubicación: Microjuris N° 19337.

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda por no haberse formado convicción sobre la efectividad de los hechos denunciados, “por cuanto en el referido Informe de la Inspección del Trabajo no se determinó su existencia, señalando que éstos pudieron ocurrir eventualmente, sin tener el fiscalizador certeza al respecto” (Considerando 5º), conclusión reafirmada tras evaluar la prueba pericial, por no detallarse con exactitud por los deponentes las fechas de los supuestos acosos, sus circunstancias, las personas afectadas ni las reacciones inmediatas de las víctimas. La sentencia de primera instancia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia.

La Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por las demandantes, porque no considera que exista una infracción a las normas reguladoras de la prueba en el fallo que hace suyo el tribunal de alzada, al respecto, señala:

“Que de lo expuesto se concluye que para tener por configurada la conducta imputada por las dependientes a la empleadora y que las habilita para instar por la desvinculación, se requería la verificación y calificación de la misma de la manera señalada, a la luz de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, como exige el legislador, esto es, considerando la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso y no sólo sobre la base de los dichos de las demandantes, **ni meras suposiciones o indicios en relación a las consecuencias o efectos en la salud de las que se presentan como afectadas**, más aún cuando se trata de situaciones que la ley buscó regular para proteger a los dependientes de actuaciones desde todo punto de vista reprochables y que socavan severamente su dignidad y derechos. Insoslayable resulta, entonces, la observancia de los criterios de apreciación respectivos y la exigencia de cumplimiento de la carga procesal arriba referida.” (Considerando 8º).

## **Comentario**

En la sentencia en comento se rechaza la demanda por las diversas indemnizaciones que contempla el Código del Trabajo en caso de despido indirecto, porque las demandantes no lograron probar más que “meras suposiciones o indicios en relación a las consecuencias o efectos en la salud” de éstas. El considerando recogido no hace más que desnudar una de las falencias del procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual establecido en la Ley N° 20.005, en comparación con el procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales, pues si esta situación hubiese sido entregada a tribunales mediante este último procedimiento habría bastado a las demandantes con estos indicios para trasladar la carga de la prueba a la empresa empleadora, la que debiese haber probado que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables.

Ahora bien, en la sentencia de la Corte Suprema no se contempla cuál era la relación entre las demandantes y la persona cuya conducta reprochable motivó la salida de éstas de la empresa. Este punto es importante, pues sólo podría incoarse el procedimiento de tutela laboral si es el empleador quien cometió las conductas de acoso sexual. Si es un caso de acoso sexual ambiental efectivamente el procedimiento a seguir es el establecido en el Título IV del Libro II del Código del Trabajo, lo que ocurrió en la práctica. Sin perjuicio de lo anterior, la crítica al procedimiento de la Ley N° 20.005 es la misma: respecto a la carga de la prueba, ésta se transforma en muchos casos en diabólica, pues las conductas de acoso sexual por su propia naturaleza son difíciles de probar para las víctimas.

2. *Sentencia Corte Suprema, 1 de julio de 2009. Chacón Núñez, Verónica con Foto Stereo S.A., Rol N° 2654-2009.*<sup>168</sup>

Verónica Chacón Núñez dedujo demanda por despido injustificado en contra de su empleador, Foto Stereo S.A., argumentando que la causal invocada por la empresa para terminar el contrato de trabajo era injustificada. Dicha causal fue la contenida en el artículo 160 N° 1 letra d), esto es, injurias proferidas por el trabajador al empleador, configurándose dichas injurias por la denuncia por acoso sexual realizada por doña Verónica Chacón en contra del gerente de la empresa demandada. La denuncia fue investigada según el procedimiento establecido por la Ley N° 20.005 por la Inspección del Trabajo. En su informe el organismo técnico señaló que no existieron elementos suficientes para comprobar las conductas cuestionadas, pero tampoco afirma que la conducta en cuestión no haya existido del todo. El tribunal de primera instancia acogió la demanda, fallo confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago.

La empresa Foto Stereo S.A. dedujo recurso de casación en el fondo, fundado en la vulneración de los artículos 455 y 456 del Código del Trabajo, por no haber apreciado los jueces del fondo todas las pruebas presentadas conforme a la sana crítica, pues del informe emitido por la Inspección del Trabajo con motivo de la investigación por acoso sexual se tenía por acreditado, más allá de toda duda razonable la inexistencia de la conducta de acoso sexual y, por lo tanto, la denuncia de la ex trabajadora era injuriosa contra el gerente cuestionado. La Corte Suprema rechazó el recurso intentado por la empresa, porque

“Que en el ámbito de la apreciación de la prueba, como ya se dijo, no obstante los testimonios presentados por la empleadora en relación con la

---

<sup>168</sup> Ubicación: Microjuris N° 20449.

afectación de la honra e imagen del denunciado en la empresa y frente a su familia, el tribunal [de primera instancia] igualmente dejó asentada la insuficiencia de los antecedentes allegados a los autos para tener por acreditado el motivo de exoneración esgrimido, subrayando, precisamente en contraposición, que si bien la resolución de la Inspección del Trabajo fue negativa, ella da cuenta de la existencia de indicios que aún (sic) cuando puedan considerarse constitutivos de una conducta de acoso sexual, esto es, de una actuación impropia con la demandante, no son bastantes para tenerlo por establecido.” (Considerando 9º).

“Que no es posible entender, entonces, que la sola acción de la demandante para instar por la investigación del acoso sexual que refiere por parte de su superior jerárquico o empleador, constituya per se una injuria a la persona de éste (...)” (Considerando 12).

## **Comentario**

En el fallo en comento existen dos puntos interesantes a resaltar:

En primer lugar, y al igual que en uno de los fallos analizados anteriormente (Corte Suprema, 14 de enero de 2009. Oyarzún Bertin, Jéssica y otra con Promociones Financieras Ltda., Rol N° 6569-2008), la conducta constitutiva de acoso sexual no es fehacientemente acreditada por el informe realizado por la Inspección del Trabajo tras el procedimiento de investigación de la Ley N° 20.005, pero sí han existido indicios que “dan cuenta que el denunciado ha tenido un comportamiento indebido con la demandante que no condice con el ambiente de respeto mutuo que debe imperar en toda empresa y en las relaciones laborales.” (Considerando 4º), por lo tanto, nuevamente hacemos presente la crítica al procedimiento de la Ley N° 20.005 y las ventajas que en este caso habría tenido la aplicación del procedimiento de tutela laboral de

derechos fundamentales, pues con la prueba de indicios habría bastado a la trabajadora para traspasar la carga de la prueba a la empresa. A mayor abundamiento, en este caso sí habría sido plenamente aplicable el procedimiento de tutela, pues es el gerente, quien para todos los efectos representa a la empresa empleadora, quien incurrió en las conductas impropias, cumpliéndose el requisito de la legitimación pasiva para incoar este procedimiento.

En segundo lugar, creemos que este fallo marca un precedente en cuanto a la protección del derecho de los trabajadores a denunciar libremente las conductas de acoso sexual. Esto es así porque todas las instancias judiciales consideraron que la denuncia por acoso sexual no configura una injuria al presunto victimario. El considerando 12 de la sentencia, en su segunda parte, señala que no existe injuria en una denuncia de este tipo y reconoce la especial naturaleza de las conductas constitutivas de acoso sexual:

“(…) nunca sería posible distinguir una denuncia de otra, por cuanto todas supondrían un ánimo de injuriar; ni tampoco como resultado del examen es post de todos los factores reunidos en sede administrativa que, además de no dar cuenta de una gestión abusiva, se concatenan, necesariamente, con las particulares circunstancias que pueden afectar una indagación de esta índole, de forma tan o más dramática que en sede judicial.”

3. *Sentencia Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 16 de noviembre de 2009. Jara Miranda, Andres con Redbus Urbano S.A., RIT N° 4-2009.*<sup>169</sup>

Andrea Jara Miranda interpuso acción de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales en contra de su empresa empleadora, Redbus Urbano

---

<sup>169</sup> Ubicación: Microjuris N° 22311.

S.A., pues la empresa la despidió por la causal del artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo, esto es, vencimiento del plazo del contrato de trabajo. Los hechos en que funda su acción son los siguientes: la demandante se desempeñaba como “inspectora de cabezal” en la terminal de uno de los recorridos de buses de la empresa. Su jefe directo era el supervisor Cristian Muñoz, quien, alega la demandante, comenzó a hacerle requerimientos de tipo sexual. El 25 de agosto la demandante puso este hecho en conocimiento del jefe directo del supervisor acosador, de forma verbal, y este jefe directo le solicitó que no formalizara por escrito su denuncia, comprometiéndose a tratar el tema en una reunión de jefatura próxima. El 31 de agosto fue cambiada a otra terminal de recorridos de la misma empresa, y el día 3 de septiembre recibió carta de aviso de término de su contrato de trabajo.

La Corte Suprema acogió la acción de la demandante, declarando que la empresa Redbus Urbano S.A. terminó la relación con la actora con infracción a derechos fundamentales, obligando a la empresa a pagar a la actora la indemnización sancionatoria contenida en el artículo 489 del Código del Trabajo, obligando también a la empresa a comunicar a todos sus trabajadores la forma en que deberá hacerse efectivo el derecho a denunciar las conductas constitutivas de acoso sexual, con indicación específica de la persona o cargo a quien se debe recurrir para hacer la denuncia respectiva.

El tribunal alcanza convicción tras el análisis de la prueba rendida en el proceso, señalando “Que la prueba rendida ha permitido al Tribunal establecer fehacientemente que la empresa no tenía intenciones, ni necesitaba poner término al contrato de la actora con anterioridad al 31 de agosto de 2009” (Considerando 14) y

“Que por lo anterior [refiriéndose al análisis de la prueba rendida], la decisión de no renovar el contrato de la actora **constituye un indicio claro** para establecer la conducta vulneratoria que se denuncia en autos, toda vez que no se explica esta decisión de la empresa si no es por la incomodidad que le produjo la ‘denuncia’ que la trabajadora efectuara (...)” (considerando 15).

Además de esto, el tribunal considera acreditado que la empresa no cumplía con la obligación de prevenir, investigar y sancionar el acoso sexual, estableciendo:

“Que la parte pertinente del Reglamento Interno de la empresa, que fue incorporado a la audiencia, deja en claro que la empresa informa el derecho a denunciar por escrito los hechos definidos como ‘acoso sexual’, sin embargo no establece de un modo claro a quien se debe recurrir para efectuar la denuncia respectiva, ya que alude a la ‘gerencia y/o administración superior de la empresa’, percatándose esta juez con motivo de la absolución de posiciones que no existe, por el ejemplo (sic), el cargo de Gerente de Recursos Humanos, pero sí el de ‘subgerente’ que tiene facultades de administración. Esta situación cobra relevancia, toda vez que tratándose de denuncias sobre hechos tan comprometidos con la honra y dignidad de las personas no es fácil decidirse a denunciar y por lo tanto se debe tener certeza que lo hago en la forma y con la persona correcta.”

Por último, es importante mencionar que la actora demandó indemnización por el daño moral sufrido además de la indemnización sancionatoria contemplada en el artículo 489, sin embargo, el sentenciador rechaza la indemnización por daño moral, señalando

“Que, por lo anterior, **no procede solicitar la indemnización por daño moral mediante la acción de tutela laboral por despido vulneratorio, toda vez que este concepto está ya contenido en la indemnización adicional del**

**artículo 489** del Código del Trabajo, sólo para los casos en que la relación haya terminado.” (Considerando 6º).

### **Comentario**

La presente sentencia destaca en varios ámbitos. En primer lugar, se incoa un procedimiento de tutela laboral motivado por un caso de acoso sexual en contra de la empresa que despidió a la trabajadora. El tribunal, al respecto, señala:

“Que es menester precisar que la existencia del acoso sexual no necesita ser acreditado en esta sede, toda vez que éste no se le imputa a la [empresa] demandada, sino a la persona específica del supervisor, sr. Muñoz, quien no está legitimado pasivamente para la acción de tutela y contra quien no se ha interpuesto acción alguna. De esta forma se hace presente que es la existencia de la denuncia por acoso, y la actitud de la empresa frente a ella, los hechos principales objeto de prueba, **siendo el comportamiento de la empresa – frente a la denuncia- el que se ha visto cuestionado como vulneratorio de derechos fundamentales.**” (Considerando 13).

De esto podemos concluir que el procedimiento establecido en la Ley N° 20.005 y el procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales pueden ser complementarios; en este caso en particular, la vulneración de derechos se produjo por no haber atendido la empresa la denuncia de la trabajadora, por no haberla motivado a deducirla por escrito y por no haber prevenido que las conductas constitutivas de acoso sexual se produjeran. De haberse realizado el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual la empresa no habría vulnerado los derechos de la trabajadora.

En segundo lugar merece ser destacado el que el tribunal haya determinado mediante indicios la conducta vulneratoria de la empresa, sin exigir a la trabajadora una prueba más allá de los medios que ella tenía disponible, evidenciando nuevamente una de las mayores ventajas del procedimiento de tutela laboral por sobre el establecido en la Ley N° 20.005. Así, el tribunal concluye:

“Que, de este modo, la conducta vulneratoria de la empresa queda establecida –al menos indiciariamente- por el hecho de que la empresa Redbus Urbano S.A. decidió no renovar el contrato de una trabajadora bien evaluada en razón de haber efectuado ésta una denuncia de acoso sexual respecto de su superior, sin siquiera investigar los hechos, vulnerando de esta forma la dignidad, honra e intimidad de la actora. En efecto, **si bien no pudo acreditarse que la actora haya formulado la denuncia por escrito, igualmente era exigible para la empresa que iniciara una investigación o al menos se le orientara respecto del procedimiento correcto.** Ponerle término a su contrato, sin embargo, no es una conducta respetuosa de los derechos fundamentales de los trabajadores, aunque cómoda y defendible a través de la cláusula de vigencia del contrato.” (Considerando 16).

4. *Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 16 de abril de 2010. Inspección comunal del Trabajo de Santiago con Méndez Soto, Edison, RIT T 16-2010.*<sup>170</sup>

En el fallo en comento Nibaldo Sánchez, Inspector del Trabajo interpone una denuncia en procedimiento de tutela laboral por vulneración a derechos fundamentales, en contra de don Mario Edison Mendez Soto por haber incurrido en la vulneración al derecho a la integridad psíquica y el derecho al respeto y protección a la honra de la persona, en contra de

---

<sup>170</sup> Ubicación: <<http://sentenciasreformatrabajalaboral.blogspot.com/2010/04/tutela-jlt-2do-jlt-santiago-16042010.html>>.

la trabajadora Jocelyn Quinteros Ossa, quien desempeñaba funciones de mesera en el local de propiedad de Méndez Soto. La denuncia de la Inspección del Trabajo se funda en una denuncia previa realizada por Quintero Ossa el 26 de noviembre de 2009, quien señalaba haber sido objeto de acoso sexual y hostigamiento, lo cual redundó en una serie de represalias por parte del empleador, así como un trato vejatorio tanto a la denunciante como al resto de las mujeres que laboran en el local.

En virtud de la investigación llevada a cabo por la Inspección en conformidad al artículo 211 - A y ss. del Código del Trabajo, el organismo administrativo concluyó que efectivamente la denunciante había sido sometida a constantes agresiones sexuales de su empleador, exponiéndose no sólo a ella a dichas agresiones sino también a las demás mujeres del recinto al encontrarse sometidas a desempeñar sus funciones en un ambiente de trabajo hostil y sexualizado.

El Tribunal de Letras, ante la rebeldía del denunciado y dando por afirmados los hechos de la denuncia, parte de los datos aportados por la investigación de acoso sexual, señalando:

“Que de este modo, mediante las probanzas allegadas por la denunciante, es posible tener por acreditado que la Inspección del Trabajo investigó los hechos, como lo disponen los artículos 211 A y siguientes del Código del Trabajo, cumpliéndose así mismo con la mediación establecida en el artículo 486 del Código del Trabajo, logrando mediante la investigación interna recopilar los antecedentes allegados en autos, antecedentes que incluyen el informe de fiscalización que goza de la presunción de veracidad a que se refiere el artículo 23 del D.F.L. N° 2 de 1967 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, informe que si bien basa sus conclusiones, principalmente, en las declaraciones de personas que, salvo una, no se individualizan y que luego no comparecen en juicio a ratificar sus dichos, merece igualmente ser considerado a lo menos,

como un indicio a efectos de acreditar la existencia de vulneración de derechos". (Considerando 6º)

Luego en el mismo considerando el tribunal concluye:

"[...] cabe tener presente que la naturaleza de los hechos denunciados, por cuanto conductas como la denunciada en autos, **suelen ser de muy difícil prueba para las víctimas**, por una parte porque en ocasiones estas suelen normalizarse, y entenderse por los trabajadores, especialmente aquellos menos capacitados o instruidos, como un elemento más del vínculo de subordinación y dependencia y de la potestad de mando del empleador, y porque además, **estilos de mando caracterizados por el abuso y la discriminación, suelen tener entre sus consecuencias el causar temor a los trabajadores, como en efecto ha ocurrido en este caso**, según se constata en el informe de fiscalización, lo que lleva a los demás trabajadores a no querer denunciar o dar cuenta de su ocurrencias por el temor a represalias, **dificultades probatorias que en efecto han sido reconocidas por el legislador, cuando en materia de procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales, hace en el artículo 493 del Código del Trabajo hace una modificación respecto de las cargas probatorias [...]**"

### **Comentario.**

Como ya lo hemos señalado, la coexistencia de ambos procesos puede no sólo ser necesaria para acreditar los hechos que fundan una acusación de acoso sexual, sino que como en este caso, pueden servir para fortalecer los mecanismos de protección judicial de derechos fundamentales. Es decir, si bien el procedimiento de acoso sexual reduce en ciertas medidas las opciones procesales de la víctima, sobre todo en lo que se refiere a sanciones, si puede ser un medio idóneo para facilitar antecedentes, que luego podrán ser considerados indiciarios en un

procedimiento de tutela. A su vez, su complementación con dicho procedimiento, permite alegar la vulneración de todos aquellos bienes jurídicos comprometidos en el acoso sexual, dado lo presupuesto en los cuales la acción tutelar, tal como sucede en este caso, en que la denuncia precisamente se basa en la vulneración al derecho a la integridad física y síquica así como en el derecho a la honra y la intimidad.

Otro aspecto interesante de este fallo es la aceptación de conductas de acoso sexual ambiental provocados por los malos tratamientos del dueño del local hacia sus trabajadores, y no sólo a la víctima. Interpretación flexible ante la definición legal de acoso sexual, que en una primera lectura pareciera reducirse a requerimientos sexuales provocados de una persona a otra, sin considerar la promoción de ambientes sexualizados o entornos laborales hostiles o intimidatorios.

5. *Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, 12 de enero de 2010. Gutiérrez Cañulef, Daniela con Tecnología y Maquinarias Ltda. y otro, RIT Nº 8-2009.*<sup>171</sup>

En el presente caso, Daniela Gutiérrez Cañulef se desempeñaba como secretaria de gerencia de las empresas Tecnología y Maquinarias Ltda. y Multiservice Ltda. Con fecha 8 de septiembre de 2009 puso término a la relación laboral mediante despido indirecto, en virtud de la causal contemplada en el artículo 160 Nº 1 letra b) del Código del Trabajo, atendidas las conductas de acoso sexual reiteradas de las cuales fue objeto por parte del gerente de la empresa. Producto de este acoso incluso fue agredida, con fecha 4 de marzo del mismo año, denunciando éste y otros hechos anteriores a esa fecha a la

---

<sup>171</sup> Ubicación: Microjuris Nº 23276.

Inspección del Trabajo, la que evacuó un informe en julio del 2009 estableciendo la presencia de indicios de conductas de acoso sexual.

La demandada interpuso acción en procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales, sin embargo esta acción fue desechada, pues fue interpuesta más de 90 días hábiles tras los hechos que vulneraron sus derechos fundamentales. Sin embargo, el tribunal sí acogió la demanda por despido indirecto motivado por conductas tipificadas en el artículo 160 N° 1 letra b) del Código del Trabajo. La argumentación del tribunal comienza estableciendo que

“(…) Para que pueda configurarse la mencionada causal [de acoso sexual], se requiere que se trate de algunas conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, de lo cual se infiere que el legislador requiere que para que se produzca el término de la relación laboral no bastan las meras suposiciones, sino que los actos o actitudes respectivas sean verificadas y, en cuanto a la gravedad, revistan de una entidad tal que lleve necesariamente a un quiebre de la relación laboral, situación que debe ser determinada caso a caso.” (Considerando 13).

A continuación el sentenciador se refiere a la naturaleza de las conductas de acoso sexual, señalando que éstas

“son conductas que nunca se realizan frente a otras personas (...), por tanto, no es dable a priori, como lo señala la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema [Casación en el fondo, 14 de enero de 2009, Rol N° 6569-2008, analizada anteriormente], un listado de conductas que podrían determinar un acoso, debe analizarse el contexto en que se da la situación, siendo muy importante el ambiente en que se desarrollan tales conductas.” (Considerando 14).

A raíz de esta naturaleza propia de las conductas de acoso sexual, en el mismo considerando 14 el tribunal señala que **“su apreciación debe necesariamente ir orientada más bien a indicios** que conduzcan al sentenciador a determinar que ciertos hechos pueden constituir un acoso.” A continuación el tribunal recoge una serie de características y situaciones que contextualizadas pueden configurar un acoso sexual (tales como la escasez de trabajadoras mujeres, la juventud e inexperiencia laboral de las mismas, la locación de las oficinas en que se desempeñaba la actora y el gerente cuestionado –alejada de otras oficinas- y diversos testimonios de trabajadoras que se sintieron hostigadas por dichos del mismo gerente). Para entender que estas situaciones constituyen conductas de acoso sexual el tribunal señala que:

“(…) haciendo aplicación de las máximas de la experiencia y la concordancia de las pruebas aportadas, llega a concluir que efectivamente existieron hechos reiterados de connotación sexual hacia la demandante provocados por el representante legal de la demandada, hechos de connotación sexual, no consentidos por la trabajadora y que atentan seriamente en contra de su dignidad y el propio clima laboral, cuya obligación en cuanto a mantener dicho clima, recae en el empleador, creando un ambiente hostil y desagradable en el entorno donde debía desempeñarse la trabajadora. Tales hechos **por sí solos revisten el carácter de graves**, ya que la integridad física y psíquica tiene enorme incidencia en el trabajador en especial (…)” (Considerando 15).

### **Comentario**

El presente fallo es interesante pues, a pesar de citar al fallo de la Corte Suprema de 14 de enero de 2009, no sigue su razonamiento, pues considera que mediante indicios el tribunal puede acreditar una conducta de acoso sexual, a diferencia de la sentencia de la Corte Suprema que considera que “para tener

por configurada la conducta imputada (...) [no se puede tener ésta por acreditada] sólo sobre la base de los dichos de las demandantes, ni meras suposiciones o indicios en relación a las consecuencias o efectos en la salud de las que se presentan como afectadas” (considerando 8º). Es un razonamiento destacable el de la sentencia en comento, pues considera la naturaleza misma del acoso sexual para poder determinarlo mediante indicios, por tanto, haciendo más fácil su prueba para la víctima. El que la víctima tenga la carga de la prueba en los casos sobre acoso sexual es una de las mayores críticas que se hacen al procedimiento de la Ley N° 20.005, por lo que esta sentencia podría sentar un precedente en cuanto a facilitar dicha prueba, teniendo como orientación la importancia de los bienes jurídicos lesionados por las conductas de acoso sexual, lo cual recogería la doctrina comparada que precisamente identifica la conducta de acoso sexual como una lesión pluriofensiva de derechos fundamentales. .

6. *Sentencia Corte Suprema, 19 de mayo de 2010. Rowlands Higuera, Ruth con Comercial Fashion’s Park S.A., Rol N° 89-2010*<sup>172</sup>.

7. *Sentencia Corte de Apelaciones de Arica, 13 de mayo de 2010. Salas Lincheo, Carolina con Banco BBVA, Rol N° 10-2010.*<sup>173</sup>

En las dos sentencias individualizadas arriba los tribunales no se pronuncian respecto al acoso sexual, al procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales ni a otros temas atinentes a la presente tesis. Sin embargo, ambas tienen la particularidad de ser casos de tutela laboral en que, con anterioridad de deducir dicha acción, se ha realizado el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual contemplado en la Ley N° 20.005.

---

<sup>172</sup> Ubicación: Microjuris N° 23883.

<sup>173</sup> Ubicación: Microjuris N° 18529.

Además de esto, ninguno de los tribunales que haya conocido ambos casos en cualquiera de las instancias señaló la improcedencia de uno de los procedimientos por haberse llevado a cabo el otro con anterioridad.

Consideramos necesario mencionar estas dos sentencias, pues demuestran que uno de los procedimientos no es improcedente si se ha incoado el otro y que ambos pueden funcionar como complemento del otro, tal como se ha señalado en esta tesis.

## CONCLUSIONES

1. El ordenamiento jurídico nacional, en virtud de la consagración del principio de dignidad de la persona, ha consagrado el efecto de irradiación de los derechos fundamentales a todos los ámbitos normativos, lo cual ha implicado el reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales frente al Estado y los particulares. Esta revolución copernicana en el modo de comprender la vigencia de los derechos fundamentales, ha destacado especialmente en el derecho laboral en nuestro país. La consagración de principios rectores como la protección de la dignidad humana, la interdicción de actos discriminatorios y la creación de vías procesales idóneas para la tutela de los derechos fundamentales, confirman este proceso.

2.- En ese sentido, el reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, y particularmente en las de índole laboral, han permitido no sólo fortalecer los clásicos derechos laborales de corte legal, sino que han ampliado el elenco de derechos a aquellos que resguardan el despliegue de la libertad política del trabajador organizado, así como aquellos *derechos fundamentales laborales* o *inespecíficos* consagrados en la Carta Fundamental que gozan de plena aplicación en los conflictos laborales.

3.- A la par de este fenómeno de progresiva constitucionalización del ordenamiento laboral, se ha plasmado en la legislación la preocupación por prescribir actos o comportamientos especialmente lesivos para el respeto y ejercicio de los derechos fundamentales. Tal es el caso de la tipificación del acoso sexual laboral, cuya configuración legal no sólo se hace cargo de una preocupación de años en el derecho comparado, sino que también reconoce y

aborda las nuevas conductas dañinas, que muchas veces amparadas por la organización empresarial o no prevenidas por la misma, lesionan derechos fundamentales.

4.- En el derecho comparado el acoso sexual es considerado una violación a los derechos humanos, que, como tal, violenta derechos como la integridad física y psíquica, el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad sexual, conceptualizándose como un ilícito pluriofensivo.

5.- Si bien el interés en un comienzo radicó en eliminar las conductas de acoso sexual asociadas a actos discriminatorios contra la mujer –como lo confirman la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y los instrumentos regionales de Derecho Humanos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención Belem do Pará”), ya en Europa los documentos comunitarios ampliaron el fundamento de la proscripción del acoso sexual, fortaleciendo el principio basal de los ordenamientos constitucionales modernos: la dignidad de las personas, y en este caso en particular, la dignidad del individuo en el trabajo (“Código de Conducta sobre las medidas para combatir el Acoso Sexual”). De igual forma, la legislación comparada, especialmente la norteamericana, se ha dedicado a delimitar los actos de acoso sexual, entregando criterios clasificatorios para el tratamiento del mismo o fortaleciendo la protección de la víctima al hacer exigible a ésta que acredite la pérdida de beneficios laborales o la existencia de un daño efectivo a su integridad psíquica para sancionar las conductas de acoso sexual, preocupándose por los efectos lesivos más que en la conducta misma.

6.- En nuestro país, la introducción del ilícito laboral de acoso sexual significó un impulso a la vigencia de los derechos fundamentales en el mundo laboral.

De hecho, su consagración legal no hace sino reafirmar la vigencia horizontal de los derechos al interior de la empresa, en la medida que se intensifica la vinculación del empleador con los derechos fundamentales, ya que no sólo debe abstenerse de cometer actos de acoso sexual, sino que también desempeña un rol de garante de un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores (artículo 153º Código de Trabajo).

7.- No obstante la importancia de su consagración legal, lo cual trajo aparejado la creación de un procedimiento especial de investigación y sanción del acoso sexual, la deficiente técnica legislativa ha hecho el concepto insuficiente, surgiendo como principales críticas la limitada extensión de la palabra “requerimientos” de carácter sexual en la definición legal omitiendo otro tipo de conductas o comportamientos de índole sexual. Por otra parte, la definición legal del acoso sexual, obliga a realizar un trabajo interpretativo que permita configurar hipótesis de acoso sexual ambiental, que en una primera lectura parecen no estar recogidas. En ese mismo orden de ideas, la tipificación de acoso sexual, al concentrarse en la descripción de la conducta, más que en el resultado lesivo, deja en la penumbra a la víctima del acoso sexual, dificultándole no sólo la configuración del tipo sino también la labor probatoria que le corresponde.

8.- Más allá de las mencionadas imperfecciones, el legislador nacional ha establecido diversos mecanismos de protección judicial que permitan enfrentar el acoso sexual en la empresa. La Ley N° 20.005 ha establecido un mecanismo para promover tanto la investigación del acoso sexual como el establecimiento en el Reglamento Interno de normas de prevención y procedimiento, así como una causal de término de contrato de trabajo por dicha conducta y contempla una hipótesis de despido indirecto. A dicha regulación, se ha sumado el establecimiento del procedimiento de tutela laboral frente a la lesión derechos

fundamentales mencionados, en el artículo 485 del Código del Trabajo. Ahora bien, la superposición de ambos procedimientos, permite vislumbrar no sólo las diferencias entre un procedimiento y otro –sujetos activos, legitimación pasiva, garantías del procedimiento, particularmente la prueba, y sus sanciones- sino que la preferencias por un procedimiento sobre el otro, lo cual arranca precisamente de dichas diferencias.

10. Tal superposición es efectiva, pues, precisamente, al considerarse la conducta de acoso sexual como un ilícito lesivo para derechos como la intimidad, la no discriminación y la integridad física y síquica se encuentran comprendidos en los fundamentos que permiten interponer la acción de tutela laboral. Ello no sólo ha implicado subsumir el acoso sexual a un procedimiento distinto al originalmente creado, sino también permite aprovechar las ventajas que el procedimiento de tutela laboral provee a la víctima. Ahora bien, dicha aplicación sólo procede cuando el empleador es quien ejerce los actos de hostigamiento sexual o bien cuando ha dejado de prestar la debida protección al trabajador víctima de acoso sexual; omisión que acarrea la lesión de derechos fundamentales. Por su parte, el procedimiento vigente de la Ley 20.005, más exiguo en características fundamentales, permite construir hipótesis de acoso sexual distintas a aquellas en que el empleador figura como sujeto activo del ilícito.

11. De ahí que, una solución a este estado de cosas es su posible consideración como procedimientos complementarios, principalmente en dos sentido: al acreditar el acoso sexual ambiental, el trabajador víctima del acoso sexual puede recurrir al procedimiento de tutela laboral alegando la lesión de derechos fundamentales por la omisión de protección de los mismos por parte del empleador, y por otra, los elementos probatorios aportados en el

procedimiento de acoso sexual pueden ser útiles como indicios en el procedimiento de tutela laboral.

## BIBLIOGRAFÍA

### A) Libros y artículos

AGUILAR, Gonzalo y CONTRERAS, Cristian. “El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile”, *Ius et Praxis* [online]. 2007, vol.13, n.1. Disponible en: [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl).

ALDUNATE, Eduardo. *Derechos Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago, 2008.

\_ “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en: *La constitucionalización del derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ARIAS, Ángel y RUBIO, Francisco, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Aranzadi, Navarra, 2006.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley. Honorable Cámara de Diputados de Chile, Informe de la Comisión de Trabajo de 3 de noviembre de 2000, Cuenta en Sesión 11, Legislatura 343.

BILBAO, José María, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares, Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales”, Madrid, 1997.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden – Baden, Nomos Verl.-Ges, 1993.

\_ *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Valencia, 2000.

CAAMAÑO R., Eduardo, Acoso sexual: concepto, clases y bien jurídico protegido, en su: *El acoso sexual en la empresa: análisis de la ley 20.005*, Legal Publishing, Santiago, 2009.

\_ “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección de Trabajo”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVIII, Semestre I, 2006.

CARVAJAL G., Gabriela, Antecedentes de la legislación sobre acoso sexual: jurisprudencia y tramitación legislativa, en su: *El acoso sexual en la empresa: análisis de la ley 20.005*, Legal Publishing, Santiago, 2009.

CRUZ VILLALON, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 9, N° 25, Enero – Abril, 1989.

FARIAS, Pamela y GOMEZ, Marcela, “Acoso sexual en el trabajo: de la impunidad a la acción”, en: *Aporte al Debate Laboral* N° 7, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago.

GAMONAL, Sergio, *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, Lexis Nexis, Santiago, 2007.

GUASTINI, Ricardo, “Estudios de Teoría Constitucional”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 2001.

HÄBERLE, Peter, “La libertad fundamental en el Estado Constitucional”, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

HESSE, Konrad, *Derecho Constitucional y Derecho privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

JANA, Andrés, La eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en: *SELA 2001, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2003.

JELLINEK, Georg, “Teoría General del Estado”, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

LAMBETH V., Jennifer, “Ley 20.005 sobre prevención y sanción del acoso sexual: análisis de su contenido positivo y doctrinario”, Tesis (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2006.

LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis, *Nueva ley de acoso sexual*, Legal Publishing, Santiago, 2009.

LOUSADA, José Fernando, *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Editorial Comares, Granada, 1996.

MARSHALL, Pablo, “El efecto horizontal de los derechos humanos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 8, N° 1, 2010.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos, Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, número especial, 1998.

MELIS, Christian, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, Legal Publishing, Santiago, 2009.

NOGUEIRA, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, UNAM, México D.F., 2003.

PALAVICINO, Claudio, “El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho de trabajo chileno”, en: Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XIX (I) [online]. 2006, vol.19, n.1. Disponible en: [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl).

PEÑA, Carlos, “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno”, en: Cuadernos de Análisis Jurídico N° 6: Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.

PEREIRA, Antonio – Carlos, *Rule of Law o Estado de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

PIZARRO, Carlos, “Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la drittwirkung”, Gaceta Jurídica. (221).

PRIETO SANCHIS, Luis, Constitucionalismo y galantismo, en: AAVV, *Garantismo, Estudios en homenaje a Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005.

PULSO. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Santiago, Chile. (4). Marzo 2007.

SCHWABE, Jurgen, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán Extractos de sentencias más relevantes”, Konrad Adenauer Stiftung, México D.F., 2009.

STARCK, Christian, “Derechos fundamentales y derecho privado”, Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22 (66).

THAYER, William y NOVOA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980.

TOLEDO, Patsilí, “Ley 20.005 sobre acoso sexual en Chile”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2006.

TOMEI, Manuela y VEGA-RUIZ, María, “La discriminación de la mujer en el lugar de trabajo. Nuevas tendencias en materia de discriminación por motivos basados en la maternidad y el acoso sexual”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*.

TOURAINÉ, Alain, *Crítica a la modernidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

UGARTE, José Luis, “La tutela de los Derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro”. *Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile. Vol. XX Nº 2 – Diciembre 2007.

VARELA P., Patricio, “La solución chilena al problema del acoso sexual en la empresa”, Tesis (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2007.

VELIZ, Hugo y CARMONA, Karla, “Discriminación laboral. Aportes doctrinarios y situación en Chile”, Tesis (para optar al título de Ingeniería Comercial), Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios, Santiago, 2005.

VERGARA DEL RÍO, Mónica, “Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo. El trabajo asalariado y las mujeres en Chile”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. (4).

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995.

## **B) Jurisprudencia Judicial**

*Corte Suprema, 9 de abril de 2003.*

*Sentencia Corte Suprema, 14 de enero de 2009.* Ubicación: Microjuris Nº 19337.

*Sentencia Corte Suprema, 1 de julio de 2009. Ubicación: Microjuris N° 20449.*

*Sentencia Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 16 de noviembre de 2009. Ubicación: Microjuris N° 22311.*

*Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, 12 de enero de 2010. Ubicación: Microjuris N° 23276.*

*Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 16 de abril de 2010. Inspección comunal del Trabajo de Santiago con Méndez Soto, Edison, RIT T 16-2010. Ubicación: <http://sentenciasreformalaboral.com>*

*Sentencia Corte de Apelaciones de Arica, 13 de mayo de 2010. Ubicación: Microjuris N° 18529.*

*Sentencia Corte Suprema, 19 de mayo de 2010. Ubicación: Microjuris N° 23883.*

### **C) Jurisprudencia Administrativa**

Ord. N° 8273/337 de 1995, Dirección del Trabajo.

Ord. N° 287/14 de 1996, Dirección del Trabajo.

Ord. N° 4541/319 de 1998, Dirección del Trabajo.

Ord. N° 3448/168 de 2001, Dirección del Trabajo.

Ord. N° 195/8 de 2002, Dirección del Trabajo.

Ord. N° 2328/130 de 2002, Dirección del Trabajo.

Ord. N° 2875/72 de 2003, Dirección del Trabajo.

Ord. Nº 1133/36 de 2005, Dirección del Trabajo.