



Francisco Walker E.

Abogado, U. de Chile
Doctor en Derecho,
Universidad de París, Francia
fwalker@negocios.uchile.cl

Ricardo Liendo R.

Ingeniero Comercial y Contador, U de Chile
Diplomado en Administración y
Dirección de RRHH, U Católica



Derechos fundamentales y **acoso sexual** en el trabajo.

Para analizar el acoso sexual en el trabajo es importante empezar revisando algunos de los aspectos relacionados con los derechos fundamentales del trabajador que deben ser respetados al interior de la empresa y que son el principio de la no discriminación laboral. Luego, revisaremos la nueva Ley -de marzo de 2005- que tipifica y sanciona el acoso sexual en el trabajo.

Hoy en día más que nunca debe de una manera positiva ponerse el acento en que en toda empresa debe respetar al trabajador como ser humano y muy particularmente dado el aumento de la fuerza de trabajo femenina, al respeto que la trabajadora debe tener en su calidad de mujer durante el trabajo. A pesar que la ley 20.005 de acoso sexual no hace directamente referencia alguna a cuestiones de género, no cabe duda que la inspiración de la misma está en el respeto de la mujer en el trabajo.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN LABORAL.

Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales que le corresponden a todo trabajador se pueden clasificar en dos categorías, específicos e inespecíficos. En el presente trabajo sólo se tratarán los derechos fundamentales inespecíficos y el principio de la no discriminación.

Para analizar el acoso sexual en el trabajo es importante revisar los derechos fundamentales del trabajador que deben ser respetados al interior de la empresa y que son el principio de la no discriminación laboral.



La “no discriminación” está ligada íntimamente al mayor o menor desarrollo de las libertades públicas, por una parte, y al nivel de empleo, por otra.

Los derechos fundamentales específicos son aquellos denominados Derechos Fundamentales Laborales, propiamente tales, esto es, aquellos que se vinculan directamente con el trabajo, los cuales no serán tratados en este trabajo, salvo en lo referido al principio de la no discriminación laboral y al acoso sexual en el ámbito de las relaciones laborales.

Los derechos fundamentales no específicos son aquellos que tiene el trabajador como ciudadano dentro de la empresa¹. En consecuencia, los derechos fundamentales laborales no específicos corresponden a aquellos derechos propios de todo ser humano y que todo sistema jurídico laboral debe tener en cuenta.

Para algunos los derechos fundamentales son propios de la naturaleza humana y existen aun cuando ninguna norma positiva los consagre. Para otros en cambio, con una visión de carácter positivista, estos son eficaces en la medida que de alguna manera estén consagrados por alguna norma jurídica positiva,

sean éstas de carácter nacional o internacional. El autor se inclina porque todo derecho social debe inspirarse en ciertos principios fundamentales^{2/3}.

Por otra parte, la Dirección del Trabajo en diversos dictámenes⁴ ha definido al derecho fundamental como aquellos derechos inherentes a la persona humana, reconocidos legalmente y protegidos procesalmente.

Cabe destacar que esta definición es matizada por la propia Dirección del Trabajo cuando reconoce la existencia de principios en ausencia de derecho positivo que el intérprete debe consignar.

Siguiendo en parte al profesor brasileño, José Francisco Siqueira Neto⁵, podemos analizar los derechos fundamentales de acuerdo a la siguiente clasificación:

- Derecho a la libertad de pensamiento, ideológica y religiosa
- Derecho a la no discriminación laboral
- Derecho a la intimidad del trabajador y a su integridad física y psíquica.

Para efectos de este trabajo, el Derecho a la no discriminación laboral se tratará en forma separada más adelante. En consecuencia en este párrafo analizaremos el Derecho a la libertad de pensamiento, ideológica y religiosa y el Derecho a la intimidad del trabajador y a su integridad física y psíquica.

- Derecho a la libertad de pensamiento, ideológica y religiosa.

La Constitución de 1980 en el artículo 19°, y muy especialmente en su número sexto, establece la libertad ideológica y de conciencia. Ello significa libertad de pensamiento, político, ideológico y religioso; evidentemente que esta libertad de pensamiento implica necesariamente que debe ser respetada por el empleador al interior de las empresas.

En los reglamentos internos de las empresas no se pueden poner cláusulas que limiten estas libertades, y por tanto, basándose en estas razones, no podría despedirse a algún trabajador por la vía de invocar incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato individual de trabajo (artículo 160 N° 7). Cualquier cláusula en el contrato individual de trabajo que limitara esta libertad sería nula, y por tanto, sin efecto jurídico alguno, a pesar de encontrarse suscrita por el trabajador. Ello es particularmente relevante respecto

¹ Gamonal Contreras, Sergio. Ciudadanía en la empresa. 1ª edición. Chile. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay. Julio, 2004, pp 13-16.

² Américo Plá Rodríguez, “Los principios del Derecho del Trabajo”, tercera edición De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1998.

³ En Chile el concepto de derecho fundamental ha sido muy desarrollado por la doctrina. Es el caso muy reciente del Anuario N° 3/2004, “Derechos Fundamentales”, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, editado 2005, Santiago, Chile.

⁴ N° 2.328/130 de 19.07.2002, N° 0195/0008 de 17.01.2002, N° 3276/173 de 7.10.2002, N° 02856/162 de 30.08.2002, N° 0698/0016 de 11.02.2003, 3707/134 de 11.08.2004, 850/29 de 28.02.2005, entre otros.

⁵ En libro de Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado entre el 2 y el 5 de Septiembre de 2003, Montevideo, Uruguay. Ver también en el mismo informe “Derechos Fundamentales de la persona del trabajador”, elaborado por el profesor español Fernando Valdés del Re.

de cualquier prohibición directa o indirecta al trabajador de pertenecer a alguna organización lícita de carácter político, social o religiosa.

Respecto de esta materia debe señalarse que dentro de la empresa el empleador no puede imponer a sus trabajadores ni criterios políticos, religiosos ni ideológicos en ninguno de sus aspectos. Es por tanto responsabilidad social del empleador respetar estas libertades, sobre ello volveremos más adelante al tratar de las discriminaciones.

- Derecho a la intimidad del trabajador y a la integridad física y psíquica⁶.

El empleador, en el caso chileno, con un sistema de relaciones del trabajo inserto en un sistema económico de mercado tiene amplia libertad para dirigir, administrar y controlar a la empresa. Por su parte, el Código del Trabajo ha introducido el concepto de respeto del derecho del trabajador a su intimidad estableciendo en su artículo 5° que el poder de dirección del empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales del trabajador a que nos hemos referido anteriormente, en especial, cuando pudiera afectar su intimidad, su vida privada o su honra. El reglamento interno de la empresa debe incluir medidas que cautelen la debida reserva de toda la información y datos privados del trabajador a los cuales se tenga acceso con ocasión de la relación laboral⁷.

Sobre este tema la Dirección del Trabajo, tiene una vasta jurisprudencia en la materia, citando en esta oportunidad el Dictamen N° 2.856/162 de 30 de agosto de 2002, el cual establece con claridad la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales en el seno de la relación de trabajo.

En otro dictamen N° 2.328 de 19 de Julio de 2002, la Dirección del Trabajo se pronunció sobre la legalidad del sistema de grabación de la imagen y el sonido, a través de videocámaras instaladas en los vehículos de la locomoción colectiva urbana. Respecto a este tipo de vigilancia de

los trabajadores, por medio de mecanismos audiovisuales, dicha entidad determinó que importa una limitación del derecho a la intimidad del trabajador no idónea a los fines perseguidos. Agregó que existen formas alternativas que el empleador puede utilizar para controlar la prestación de los servicios y que son menos restrictivas de la libertad del trabajador.

Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección del Trabajo también señaló que podría resultar lícita la implementación de estos mecanismos de control audiovisual, cuando sea objetivamente necesaria por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad, ya que en estos supuestos su aplicación tiene como fundamento motivaciones diferentes al control laboral, como es prevenir situaciones de riesgo consideradas preponderantes en atención a los bienes jurídicos protegidos.

Por otra parte, un tema delicado es el uso del correo electrónico al interior de las empresas; en general, si una empresa entrega el derecho de uso de correo electrónico para fines exclusivamente profesionales podría establecerse en el reglamento interno una prohibición de usarlo para fines privados, siempre que ello sea establecido en el contrato individual de trabajo⁸.



EL PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN LABORAL EN EL DERECHO CHILENO

1. Aspectos generales

El principio de la no discriminación es básico en el derecho social moderno; sin embargo, en la práctica, en muchos países se producen discriminaciones. Para el Profesor Américo Plá Rodríguez la no discriminación lleva a terminar con todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto, sin una razón válida o legítima⁹.

Para la Profesora R. Ben Israel la no discriminación en el empleo está basada en la protección legal y moral que establece que los trabajadores son iguales y, por tanto, deben ser tratados como tales¹⁰.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo, en el Convenio N° 111 de 1958 y en la Recomendación N° 111 del mismo año, señala que el término discriminación laboral comprende cualquier medida de distinción, exclusión o preferencia que tenga por objeto alterar la igualdad de oportunidades o tratos en el empleo u ocupación.

A nuestro juicio, la "no discriminación" está ligada íntimamente al mayor o menor desarrollo de las libertades públicas, por una parte, y al nivel de empleo, por otra. No cabe duda que la discriminación aumenta cuando hay más desempleo y cuando las libertades públicas disminuyen.

2. La situación en Chile

La Constitución Política del Estado prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos (artículo 19, N° 16).

⁶ Sobre este tema especialmente ver Luis Lizama Portal, "Derecho a la Intimidad de los Trabajadores y Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC)", "Derechos Fundamentales", Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Anuario N° 3/2004, editado 2005, Santiago, Chile.

⁷ En esta materia consultar Dictamen N° 1.662/39 de 02.05.2003 de la Dirección del Trabajo.

⁸ Respecto del uso y privacidad del correo electrónico se sugiere ver el Dictamen N° 0260/0019 de 24.01.2002 de la Dirección del Trabajo.

⁹ Plá Rodríguez, Américo. "Los Principios del Derecho del Trabajo", 3ra. edición actualizada, Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1998, pág. 414.

¹⁰ Israel Ben R. "Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies", Capítulo 12, Equality and the Prohibitions of Discrimination in Employment, Kluwer Law International, La Haya, Holanda, 1998, pág. 239.

Este concepto, expresado de manera bastante parca en la Constitución, es ampliado por los actuales incisos tercero y cuarto del artículo 2° del Código del Trabajo, cuyo texto actual proviene de la Ley N° 19.759 de 2001, los cuales disponen que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, los que se entienden como las "distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivo de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación". A juicio del autor, esta enumeración no debe considerarse taxativa, por cuanto existen una serie de otras discriminaciones que no se encuentran

exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez; 2° Por otra, el actual inciso sexto del artículo 2°, modificado por la ley 19.759 de 2001, dispone que son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquier condición discriminatoria; 3° Por último, el actual inciso séptimo, agregado por el artículo 2° de la Ley N° 19.812 de 13 de junio de 2002 prohíbe condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos

basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación." Debe señalarse que en el Sistema de Relaciones del Trabajo Chileno, el empleador tiene amplia libertad a raíz de su facultad de administración para contratar a quien estime conveniente; no obstante está presente el delicado tema de la discriminación antes mencionado.

3. Oportunidades en que se configura la discriminación laboral

La discriminación laboral en nuestro país se ha puesto de gran actualidad en los últimos años. Para analizarla hay que distinguir entre las dis-



Con las nuevas modificaciones legales se está empezando a crear una conciencia cultural antidiscriminatoria, la que ha surgido a veces por iniciativa empresarial.

enumeradas en el Código del Trabajo, y por tanto, es susceptible de aplicar subsidiariamente la disposición constitucional antes dictada.

Además, en el ámbito específico de la legislación positiva chilena, existen algunas prohibiciones específicas con respecto al tema de la discriminación:

1° Por una parte, el artículo 194 del Código del Trabajo, en su texto actual, agregado por Ley N° 19.591 de 1998, establece que ningún empleador puede condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, la promoción o movilidad en sus empleos, a la ausencia o existencia de embarazo, ni

de datos personales, ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúanse solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

Cabe destacar finalmente en este párrafo, que el actual inciso quinto del artículo 2° del Código del Trabajo, introducido por la Ley N° 19.759 de 2001, establece que "Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias

crimaciones producidas con anterioridad al inicio de la relación de trabajo de aquellas producidas durante la relación laboral y las que se producen al terminar la misma.

En cuanto a la discriminación que se produce antes de la relación laboral, puede ocurrir a raíz de los procedimientos de reclutamiento de personal como, por ejemplo, los avisos de contratación que se publican en los medios informativos (que indican determinados requisitos discriminatorios). La Dirección del Trabajo emitió un interesante pronunciamiento en la materia de carácter doctrinario contenido en Dictamen N° 3.704/134 de 11 de Agosto de 2004. La misma entidad ha delimitado y precisado sus

facultades fiscalizadoras y eventualmente sancionadoras que posee en la materia¹¹.

Asimismo, la discriminación en esta etapa previa a la relación laboral está también siendo fiscalizada en alguna medida por dicha entidad¹².

La discriminación durante la relación de trabajo se produce cuando se discrimina en materia de carrera laboral. Por último, la discriminación puede darse al momento de terminarse la relación laboral, cuando se despide a un trabajador.

4. Sanciones por conductas discriminatorias

Para que las conductas no discriminatorias puedan ser excluidas del ámbito laboral, es indispensable que éstas puedan ser objeto de sanción y, en algunos casos, en la forma lo más drástica posible.

A continuación abordaremos las sanciones que se pueden aplicar frente a una conducta discriminatoria y también quién las aplica. En Chile este tema se ha desarrollado en forma muy embrionaria, lo que ha hecho que algunos sostengan que es difícil evitar este tipo de prácticas discriminatorias. Es incuestionablemente una materia de gran relevancia que requiere una preocupación especial de los involucrados en ella y por esto debe enfrentarse en el futuro; una sociedad moderna no puede permitirse el lujo de ser una sociedad discriminadora. Actualmente, la Dirección del Trabajo ha hecho un esfuerzo por sancionar a las empresas que, al momento de contratar trabajadores, utilizan prácticas discriminatorias, el que debería incrementarse, con motivo de las disposiciones de la Ley N° 19.759 de 2001, y muy particularmente, por aquella que señala que la obligación de no discriminar por parte del empleador se incorpora automáticamente al texto de los contratos individuales de trabajo.

Específicamente un acto discriminatorio del empleador puede dar lugar a multas administrativas aplicadas por la Dirección del Trabajo; un trabajador que sufre discriminación por parte



del empleador puede invocar el denominado despido indirecto y demandarlo ante un tribunal por incumplimiento grave del contrato de trabajo, debido a la obligación del empleador de no discriminar, pudiendo en este caso acceder al máximo de la indemnización legal que corresponda.

Otra sanción posible es el pago de la indemnización por daño moral que ordene un tribunal, la que de acuerdo con la jurisprudencia reciente podría surgir bajo la forma de una indemnización adicional basada en criterios de responsabilidad contractual o extracontractual¹³.

En el caso de la discriminación sindical, las normas sobre prácticas antisindicales establecen incluso la sanción de reincorporación del trabajador despedido¹⁴ por causas relacionadas con práctica antisindical del empleador, lo que en el fondo es otra forma de discriminación.

5. Conductas discriminatorias

Los tópicos en materia de discriminación han sido bastante variados. En el caso de Chile, tradicionalmente los más conflictivos han sido la discriminación sindical, la discriminación de la mujer, especialmente en materia salarial y de maternidad, y la

discriminación por edad.

También se han planteado situaciones discriminatorias por otros temas tales como nacionalidad o etnia, y en ciertos casos por apariencia y/o discapacidad física del trabajador.

Asimismo, se ha distinguido entre discriminación directa y discriminación indirecta, vale decir, aquella que se realiza en forma clara y aquella que tiene un carácter más sutil¹⁵.

El autor piensa que con las nuevas modificaciones legales se está empezando a crear una conciencia cultural antidiscriminatoria, la que ha surgido a veces por iniciativa empresarial, dando lugar a importantes medidas.

Algunas empresas, se han propuesto desterrar prácticas discriminatorias incluyendo posiciones de respeto absoluto a la protección a la maternidad.

Concluyendo, podemos decir que no cabe duda que un sistema de relaciones del trabajo tiene que desterrar las discriminaciones, por cuanto éstas son sinónimo de mala fe y afectar las relaciones laborales.

En la segunda parte de este estudio y como continuación de lo señalado hasta ahora se tratará en términos preliminares el acoso sexual en el trabajo.

¹¹ Dictamen 0850/29 de 28 de Febrero de 2005 de la Dirección del Trabajo.

¹² La Dirección del Trabajo ha iniciado recientemente un proceso de fiscalización de los avisos de reclutamiento de personal que busca promover la aplicación del Código del Trabajo en esta materia.

¹³ Ver al respecto Sergio Gamonal, "El daño moral por término del contrato de trabajo", Editrem, Santiago, Chile, 2000.

¹⁴ En todo caso la ley actual permite al trabajador optar alternativamente por la indemnización por años de servicio con el correspondiente recargo legal más una indemnización adicional que regula el juez.

¹⁵ Para información detallada de este tema, se puede consultar: Ugarte C., José L., "El Derecho Laboral y la Discriminación: Situación de la mujer en Chile", Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo N° 102, junio, 1997, pág. 1 y sgtes., y Gamonal Contreras, Sergio, "Introducción al Derecho del Trabajo", Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1998, pág. 217.

Segunda parte: EL ACOSO SEXUAL COMO FORMA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL.

ANÁLISIS DE LA LEY 20.005 DE 18 DE MARZO DE 2005.

1. Aspectos de carácter general.

El tema del acoso sexual es una de las materias más analizadas recientemente por los estudiosos del derecho del trabajo y es incuestionablemente un tópico a ser analizado.

Generalmente el acoso sexual está referido fundamentalmente al trabajo de la mujer. En relación con esta materia la profesora Irene Rojas Miño ha señalado que gracias a la colaboración del Derecho Internacional del Trabajo, del Derecho Comparado del Trabajo y de la doctrina laboralista, este concepto se ha ido poco a poco delimitando, hasta llegar a la siguiente definición: "conducta de naturaleza sexual indeseada por quien es sujeto pasivo de la misma"¹⁶.

Por su parte la Dirección del Trabajo definió mucho antes que la nueva ley el acoso sexual como "un comportamiento de carácter sexual no deseado por la persona afectada, que incide negativamente en su situación laboral, provocándole un perjuicio"¹⁷.

Habiendo revisado distintos textos sobre la materia, debemos distinguir dos categorías de acoso sexual: el chantaje sexual y el acoso ambiental.

El primero "se produce cuando el sujeto activo del acoso...", es decir, quien ejerce la presión no deseada..."condiciona el acceso al empleo, una condición laboral o el cese del trabajador, a la realización de un acto de contenido sexual".

Así, el chantaje sexual implicaría la existencia de una relación jerárquica, incluyendo lo que es el acoso indirecto (por ejemplo, cuando se favorece la promoción o las mejores condiciones de trabajo de aquellos



trabajadores que conceden sus "favores sexuales" a sus superiores) y, por último, éste puede acarrear una pérdida tangible de derechos laborales.

Por su parte, el acoso ambiental se plantea cuando "el sujeto activo del acoso sexual crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador." La diferencia fundamental de este tipo de acoso con el primero, el chantaje sexual, es que éste no plantea la amenaza de pérdida de derechos laborales¹⁸.

Por otra parte, en el caso chileno, la Dirección del Trabajo en la citada Orden de Servicio de 1997 distinguía entre acoso sexual jerárquico y acoso sexual horizontal.

El acoso sexual jerárquico es aquel que se configura por conductas de superiores jerárquicos de la afectada, sea el empleador o un mando superior, por ejemplo a través del chantaje. Normalmente se asocia con beneficios o amenazas para la asediada según se acceda o no a los requerimientos del acosador.

El acoso sexual horizontal es aquel se origina entre compañeros de trabajo de igual jerarquía y, aun en casos en que el acosador tiene menor rango.

Mucho más allá de las definiciones, el acoso sexual es un hecho real que afecta mayoritariamente a las mujeres, pero que cada vez más está afectando también a los hombres que son acosados por mujeres, e incluso se está revelando el asedio entre individuos de un mismo sexo. Este tema ha sido desarrollado en un muy interesante libro del Profesor Julio Martínez Vivot, hoy fallecido, probablemente en el libro doctrinario más importante de América Latina en la materia¹⁹.

Actualmente, a nivel mundial, un número importante de países tienen una normativa específicamente dirigida contra el acoso sexual. Numerosas leyes extranjeras al prohibir la discriminación sexual mencionan directamente el acoso sexual, entre otros, Alemania, Australia, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Irlanda, Nueva Zelanda, Reino Unido y Suecia²⁰.

Anteriormente a la nueva norma sobre acoso sexual laboral en Chile, hubo una

¹⁶ ¿Por qué se debe legislar sobre el Acoso Sexual en el trabajo?, Revista Laboral Chilena, mayo de 1998, pág. 66.

¹⁷ Orden de Servicio N° 8 de 3 de julio de 1997 de la Dirección del Trabajo, Revista Laboral Chilena, septiembre/octubre de 1997, pág. 69.

¹⁸ Sobre este tema ver, entre otros, Lousada Arochena, J. "El Derecho de los Trabajadores a la Protección Frente al Acoso Sexual", Editorial Comares, Granada, España, 1996, págs. 115 y 117, y Lizama Portal, Luis, y Ugarte Catadlo, José Luis, "Nueva Ley sobre Acoso Sexual", Editorial Lexis Nexos, Santiago, Chile, 2005, págs. 12 y 13.

¹⁹ Para quienes deseen profundizar en el tema, ver libro del autor citado, "Acoso Sexual en las Relaciones Laborales", Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1995, pág. 33.

cierta acción fiscalizadora de la Dirección del Trabajo que tuvo por objeto, fundamentalmente llamar la atención sobre la importancia de este tema. Cabe señalar que en la materia se encuentra vigente la Orden de Servicio N° 2 de 11 de Marzo de 2005 de la Dirección del Trabajo, la que establece procedimientos, criterios de actuación y define responsables institucionales para trámites de denuncias sobre acoso sexual²¹.

2. Concepto y características del acoso sexual en la ley 20.005

Después de años de discusión parlamentaria se publica en el Diario Oficial de 18 de marzo de 2005 la ley 20.005 que tipifica y sanciona la figura del acoso sexual como una práctica laboral ilícita. Esta ley modifica tanto el Código del Trabajo como la Ley 18.834 de 1989 que aprobó el Estatuto Administrativo, y también el Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales (Ley 18.883 de 1989)²².

El artículo 1° de la ley establece el espíritu general de la norma al señalar que 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." Dicho

artículo modifica el 2° del Código del Trabajo al incorporar como segundo inciso nuevo el texto recién reproducido.

Lo anterior, significa un claro planteamiento de la ley de ligar el tema de acoso sexual a los derechos fundamentales y al principio de la no discriminación laboral, razón por la que el legislador la habría ubicado en un inciso anterior al que regula la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales. Durante la tramitación en el Congreso Nacional fue acotado el objetivo del proyecto en el sentido de incorporar en la legislación chilena la figura del acoso sexual como ilícito laboral. En efecto, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados estudió la posibilidad de tipificar penalmente el acoso sexual, concluyendo que no había sido posible establecer tal tipificación y que la conducta debía describirse, tipificarse y sancionarse sólo en el ámbito laboral²³.

El primitivo proyecto de ley que se analizaba en el Congreso Nacional vinculaba estrechamente al acoso sexual con discriminaciones por razones de sexo y coincidimos con el Profesor Eduardo Caamaño en el sentido que ello tenía el riesgo que se perdiera de vista que los comportamientos de hostigamiento sexual también pueden lesionar otras garantías constitucionales, las que atendidas las particularidades del caso concreto pueden representar un bien jurídico más específico y directo que el amparado por la prohibición de discriminación²⁴.

En opinión del autor la norma positiva estatuye un acoso sexual que no distingue aspectos de género, ya que si bien en la práctica es una norma principalmente protectora de la mujer, las conductas de acoso sexual descritas y sancionadas no distinguen en ese sentido, incluso no exige que dicho acoso sea entre géneros distintos.

3. Procedimientos establecidos en la nueva ley

El N° 7 de la citada ley 20.005 incorpora un Título IV, nuevo, en el Libro II, del Código del Trabajo denominado "DE LA INVESTIGACION Y SANCION DEL ACOSO SEXUAL", el cual establece que en caso de acoso sexual, la persona afectada deberá hacer llegar su reclamo por escrito a la dirección de la empresa, establecimiento o servicio o alternativamente a la respectiva Inspección del Trabajo. Asimismo, ordena que una vez recibida la denuncia el empleador adopte las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados, tales como la separación de los espacios físicos o la redistribución del tiempo de jornada, considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo.

En caso que la denuncia sea realizada ante la Inspección del Trabajo, estatuye la nueva norma que dicha entidad sugerirá al empleador a la brevedad la adopción de las mismas medidas recién citadas.

El acoso sexual es un hecho real que afecta mayoritariamente a las mujeres pero que cada vez más está afectando también a los hombres e incluso se está revelando el asedio entre individuos de un mismo sexo.



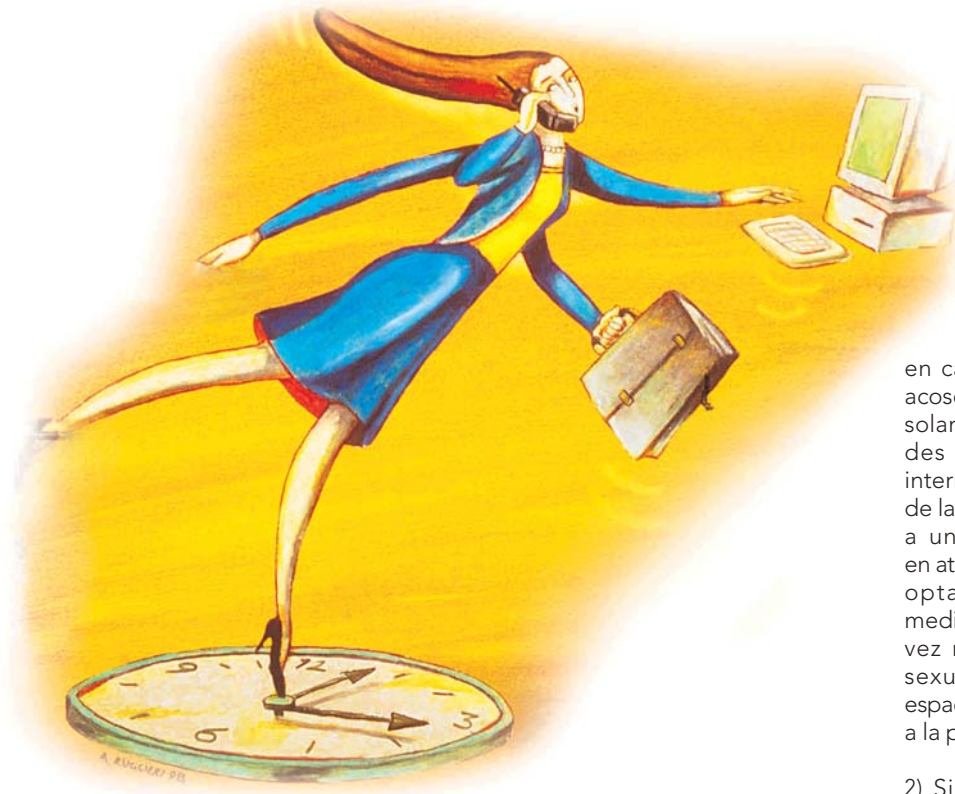
²⁰ Citado por Sergio Gamonal en "El acoso sexual en Chile: Análisis de la ley N° 20.005", texto en edición.

²¹ Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo N° 195, Abril 2005, pág. 144 y ss.

²² A este respecto ver Carlos Koch Salazar, "Algunos alcances de la ley 20.005 sobre acoso sexual", Revista Laboral Chilena N° 136 de mayo de 2005, págs. 83 y ss.

²³ En la materia ver "El acoso sexual en Chile: análisis de la ley N° 20.005", texto en edición, Sergio Gamonal Contreras, que cita dicha opinión del Diputado señor Monckeberg al discutirse en la Sala de la Cámara de Diputados, Boletín de sesiones, sesión 2° de 4 de junio de 2002.

²⁴ Eduardo Caamaño y otros, "El acoso sexual en la empresa", Análisis de la Ley 20.005, Lexis Nexis, 2005.



Además, se dispone que el empleador ordene realizar una investigación interna de los hechos o, en el plazo máximo de cinco días, remita los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva. En cualquier caso la investigación deberá concluirse en el plazo de treinta días, que para estos efectos se entienden como de días corridos. Al optar el empleador por una investigación interna, ésta deberá constar por escrito y ser llevada en estricta reserva, debiendo garantizar que ambas partes sean oídas y que puedan fundamentar sus declaraciones, debiendo remitir las conclusiones de la investigación a la Inspección del Trabajo correspondiente.

Por otra parte, las conclusiones de la investigación realizada por la Inspección del Trabajo, de haber optado por esta vía administrativa, quien denuncia conductas de acoso sexual, o las observaciones de esta entidad a la practicada al interior de la empresa, serán puestas en conocimiento del empleador, el denunciante y el

denunciado. Atendiendo al mérito del informe correspondiente, el empleador está obligado, dentro de los siguientes quince días corridos, contados desde la recepción de dicho informe a disponer y aplicar las medidas o sanciones que decida.

Cabe señalar que es relevante distinguir entre un acoso sexual en que el sujeto activo es un trabajador de la empresa (incluyendo en este caso a superiores jerárquicos de la persona acosada o a personas del mismo o inferior grado) o es el propio empleador de quien practicará la denuncia por el ilícito laboral en análisis.

El autor considera que por adolecer la ley de problemas de redacción, surgen las siguientes dudas que deberán ser resueltas en los primeros casos judiciales que se presenten al respecto:

1) Si el empleador está obligado o no a aplicar la letra b) del N° 1 del artículo 160 del Código del Trabajo

en caso de conducta acreditada de acoso sexual o le es posible sancionar solamente conforme a las modalidades que establece el reglamento interno de orden higiene y seguridad de la empresa, las que de hecho llevan a una sanción menor. Lo anterior, en atención a que un empleador puede optar por mantener las mismas medidas de resguardo que utilizó una vez recibida la denuncia de acoso sexual, como es la separación de espacios físicos u otros, que resguarden a la persona afectada por dicho acoso.

2) Si en el caso de los superiores jerárquicos de la persona acosada sexualmente y que representan al empleador, se estaría en presencia o no de un acoso del propio empleador.

La ley modificó también el artículo 425 del Código del Trabajo, agregándole un inciso segundo que ordena que las causas laborales en que se invoque una acusación de acoso sexual, deberán ser mantenidas en custodia por el secretario del tribunal, y sólo tendrán acceso a ellas las partes y sus apoderados judiciales. Esta medida parece bastante razonable considerando la materia de que se trata.

4. Sanciones posibles de adoptar conforme a la nueva ley

Para un ordenado análisis en esta materia se hace necesario distinguir entre dos aspectos asociados a las posibles sanciones que se pueden aplicar en casos de acoso sexual. Por una parte, es necesario distinguir si se trata de aplicar sanciones reguladas en el Reglamento Interno de Orden

Higiene y Seguridad, o son de aquellas sanciones cuya fuente se encuentran en el Código del Trabajo. Además, debemos identificar si el sujeto activo del acoso sexual es un trabajador de la empresa o se trata del empleador de quien denunció dicho ilícito laboral.

Si del mérito de los antecedentes y conclusiones a que haya arribado el investigador a cargo de establecer si las conductas denunciadas configuran acoso sexual se dispusiera tan solo sanciones menores, como son las contenidas en el Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad, entonces las mismas sólo podrían consistir en amonestación verbal, amonestación escrita o multa de hasta el veinticinco por ciento de la remuneración diaria del trabajador denunciado. Lo anterior, conforme a lo estatuido en el N° 10 del artículo 154 del Código del Trabajo que establece las posibles sanciones por infracción a las obligaciones contenidas en el referido reglamento interno.

En cambio, si atendiendo a las conclusiones de la investigación el empleador estimara que se configuró suficientemente la conducta de acoso sexual que estableció la Ley N° 20.005, entonces está en condiciones de adoptar sanciones disciplinarias que implican la desvinculación por despido del trabajador denunciado, por la causal incorporada por dicha ley en la letra b) del N° 1 del artículo 160 del Código del Trabajo. Esta causal de término de la relación laboral está entre aquellas denominadas de caducidad, y por tanto, ponen término de inmediato a la relación laboral y no dan derecho a indemnización legal por años de servicio ni a la sustitutiva del preaviso.

En este sentido, el actual Código del Trabajo, como una medida promotora del respeto a las nuevas disposiciones en esta materia, contempla que el empleador que haya cumplido íntegramente con su obligación en los términos que señalan A) El actual artículo 153, inciso segundo, esto es, que el Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad que rija en la empresa contenga las normas que deben observarse para garantizar un

ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores y que dichas normas sean aplicadas en la práctica, y B) Además, que haya dado cumplimiento a todos los procedimientos establecidos en el nuevo Título IV del Libro II, del Código del Trabajo, agregado por la nueva ley 20.005, no estará afecto al recargo de la indemnización a que hubiere lugar, en caso de que el despido del ex trabajador denunciado como acosador sexual sea declarado injusto, indebido o improcedente por un tribunal.

Entonces si el trabajador despedido demandara a su ex empleador por despido injustificado, indebido o improcedente y no se lograra acreditar el acoso sexual invocado para el despido y que apareciera configurado según el informe que ordena la ley, entonces el tribunal declarará dicho despido injustificado, indebido o improcedente, pero no podrá condenar al pago de ninguno de los recargos por indemnizaciones

por años de servicio que ordena el Código del Trabajo.

Por otra parte, si el acosador fuera el empleador de la persona que denunció el acoso sexual ante la Inspección del Trabajo respectiva, y así lo establecieran las conclusiones de la investigación practicada por dicha entidad, entonces la víctima del acoso sexual puede invocar el denominado despido indirecto o autodespido contenido en el artículo 171 del Código del Trabajo en los casos que allí se establecen.

En el caso señalado precedentemente, a diferencia de la norma que impide

aplicar recargos a la indemnización por años de servicio cuando el sujeto activo del acoso sexual ha sido un ex trabajador despedido²⁵, sí correspondería el recargo que el artículo 171 ordena pagar al ex empleador bajo la norma general.

A manera de conclusión:

Ajuicio del autor, para finalizar estas líneas, cabe hacer presente algunas reflexiones de orden general:

1º) No cabe duda que los derechos fundamentales del trabajador, tanto específicos como no específicos, deben ser una prioridad esencial de las empresas que desarrollan actividades en nuestro país, sobre todo hoy día en que existe toda una corriente de pensamiento a la cual el autor adhiere, en pro de acentuar la responsabilidad social de la empresa. Cabe también señalar que es obligación principalísima

**Se publica en el Diario Oficial de
18 de marzo de 2005 la ley 20.005 que
tipifica y sanciona la figura del acoso sexual
como una práctica laboral ilícita.**

de todo empleador no discriminar en materia laboral de acuerdo con la Constitución Política del Estado y a la legislación chilena.

2º) La promulgación de la ley 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual en el trabajo representa un importante avance legal en materia de protección al trabajador, especialmente de la mujer, y que incluso va más allá de ese tema ya que incorpora explícitamente como principio laboral el resguardo de la dignidad del trabajador;

3º) Algunos aspectos que han sido señalados en el cuerpo del informe,

²⁵ Y dicho despido haya sido declarado indebido, injustificado o improcedente.

La promulgación de la ley 20.005 representa un importante avance legal en materia de protección al trabajador ya que incorpora explícitamente como principio laboral el resguardo de la dignidad del trabajador.

dado que hay problemas de redacción de la ley que dificultan su interpretación, deberán ser resueltos en alguna medida por la jurisprudencia administrativa y muy especialmente por la judicial;

4º) Un tema sensible resulta ser la designación de quién tendrá a cargo la investigación interna que permitirá apreciar los hechos y concluir sobre la configuración del acoso sexual denunciado, lo cual sin duda exige además de las mínimas formalidades reguladas en el texto promulgado, algunas características personales y de preparación mínima para esos efectos. Una designación incorrecta del empleador tendrá efectos negativos sobre la eficacia de la investigación y sobre las relaciones laborales al interior de la empresa.

5º) En el momento actual que Chile está viviendo, más que nunca se necesita que en las empresas se considere al trabajador como un colaborador de la misma, lo que no significa que a su vez el trabajador no deba respetar los derechos propios del empleador, en su calidad de administrador.

BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL UTILIZADA

- 1) BEN R., ISRAEL, "Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies", Capítulo 12, Equality and the Prohibitions of Discrimination in Employment, Kluwer Law International, La Haya, Holanda, 1998, pág. 239;
- 2) CAAMAÑO EDUARDO y otros, "El acoso sexual en la empresa", Análisis de la Ley 20.005, Lexis Nexis, 2005.
- 3) DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Orden de Servicio N° 8 de 3 de julio de 1997, Revista Laboral Chilena, septiembre/octubre de 1997, pág. 69;
- 4) GAMONAL C., SERGIO, "El daño moral por término del contrato de trabajo", Editrem, Santiago, Chile, 2000;
- 5) GAMONAL C., SERGIO, "Ciudadanía en la Empresa", primera edición, Chile, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, Julio, 2004, pp 13-16;
- 6) GAMONAL C., SERGIO, "El acoso sexual en Chile: Análisis de la ley N° 20.005", texto en edición.
- 7) KOCH SALAZAR, CARLOS, "Algunos alcances de la ley 20.005 sobre acoso sexual", Revista Laboral Chilena N° 136 de mayo de 2005, págs. 83 y ss.;
- 8) LIZAMA PORTAL, LUIS, "Derecho a la Intimidad de los Trabajadores y Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación(NTIC)", "Derechos Fundamentales", Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Anuario N° 3/2004, editado 2005, Santiago, Chile;
- 9) LIZAMA PORTAL, LUIS, Y UGARTE CATADLO, JOSÉ LUIS, "Nueva Ley sobre Acoso Sexual", Editorial Lexis Nexos, Santiago, Chile, 2005, págs. 12 y 13;
- 10) LOUSADA AROCHENA, J., "El Derecho de los Trabajadores a la Protección Frente al Acoso Sexual", Editorial Comares, Granada, España, 1996, págs. 115 y 117;
- 11) MARTÍNEZ VIVOT, JULIO, "Acoso sexual en las relaciones laborales", Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1995, pág. 33;
- 12) PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, "Los Principios del Derecho del Trabajo", 3ra. edición actualizada, Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1998, pág. 414;
- 13) REVISTA LABORAL CHILENA, ¿Por qué se debe legislar sobre el Acoso Sexual en el trabajo?, Mayo de 1998, pág. 66;
- 14) SOCIEDAD CHILENA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, Anuario N° 3/2004, "Derechos Fundamentales", editado 2005, Santiago, Chile;
- 15) SOCIEDAD INTERNACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la, realizado entre el 2 y el 5 de Septiembre de 2003, Montevideo, Uruguay; en el mismo informe "Derechos Fundamentales de la persona del trabajador", elaborado por el profesor español Fernando Valdés del Re;
- 16) UGARTE C., JOSÉ L., "El Derecho Laboral y la Discriminación: Situación de la mujer en Chile", Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo N° 102, junio, 1997, pág. 1 y sgtes., y Gamonal Contreras, Sergio, "Introducción al Derecho del Trabajo", Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1998, pág. 217.