



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

DIFICULTADES PROBATORIAS DEL ACOSO SEXUAL LABORAL:

DISTINCIÓN CON EL DERECHO PENAL.

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Memorista:

CLAUDIA VALENTINA ACEVEDO AVILÉS

Profesora guía:

MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ COULON

Santiago, Chile

Enero 2022

ÍNDICE

CAPÍTULO I: CONCEPTUALIZACIÓN DEL ACOSO SEXUAL LABORAL..... 9

1.	EL ACOSO SEXUAL LABORAL COMO MANIFESTACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	9
2.	EL ACOSO SEXUAL LABORAL EN LA REGULACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL.	10
2.1.	<i>Tratados Internacionales.....</i>	<i>11</i>
2.2.	<i>Regulación Nacional.</i>	<i>13</i>
3.	REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA CONDUCTA DE ACOSO SEXUAL LABORAL.	15
3.1.	<i>Requerimiento de carácter sexual.....</i>	<i>15</i>
3.2.	<i>Ausencia de consentimiento por parte de la víctima.</i>	<i>18</i>
3.3.	<i>Perjuicio o amenaza a la situación laboral o a sus oportunidades dentro del trabajo.</i>	<i>19</i>
4.	VÍAS DE PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL LABORAL.....	21
4.1.	<i>Vías al interior de la empresa.....</i>	<i>22</i>
4.2.	<i>Vías judiciales.</i>	<i>23</i>

CAPÍTULO II: ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES PARA EL ANÁLISIS

PROBATORIO DEL ACOSO SEXUAL LABORAL..... 27

1.	DEFINICIONES PROCESALES GENERALES.....	27
1.1.	<i>La prueba y su finalidad.....</i>	<i>27</i>
1.2.	<i>La actividad probatoria en el proceso.</i>	<i>27</i>
1.3.	<i>La valoración de la prueba.....</i>	<i>29</i>
1.3.2.	<i>Sistema de la libre valoración de la prueba.....</i>	<i>31</i>
1.4.	<i>La motivación.</i>	<i>33</i>

1.5.	<i>Estándares de prueba.....</i>	33
2.	EL DERECHO LABORAL SUSTANTIVO Y PROCESAL.	36
2.1.	<i>El Derecho Procesal Laboral.....</i>	38
2.2.	<i>Sistema Probatorio en el Derecho Laboral.</i>	38
2.3.	<i>Sistema de valoración de la prueba en el derecho laboral.....</i>	39
2.4.	<i>Existencia de un estándar probatorio en materia laboral.</i>	41
2.5.	<i>La particularidad de la prueba indiciaria en el procedimiento de tutela laboral... 43</i>	43
3.	SISTEMA PROBATORIO EN EL DERECHO PENAL.	45
3.1.	<i>Sistema de valoración de la prueba en el Derecho Penal.</i>	46
3.2.	<i>Estándar probatorio aplicable en materia penal.</i>	46
CAPÍTULO III: RECONSTRUCCIÓN PROBATORIA DEL ACOSO SEXUAL LABORAL.... 48		
1.	LA PARTICULARIDAD DE LA PRUEBA EN EL ACOSO SEXUAL LABORAL.	48
2.	LA RELACIÓN ENTRE LA PRUEBA DEL ACOSO SEXUAL LABORAL Y LOS DELITOS SEXUALES.....	50
3.	EVENTUALES SIMILITUDES ENTRE LA PRUEBA DE LOS DELITOS SEXUALES Y EL ACOSO SEXUAL LABORAL. 51	
3.1.	<i>Testimonio único de la víctima.</i>	52
3.2.	<i>Pericias psicológicas de fiabilidad del testimonio.</i>	57
3.3.	<i>Estereotipos de género en el razonamiento judicial.</i>	61
4.	DIFERENCIAS ENTRE LAS RAMAS DEL DERECHO DONDE CADA CONDUCTA SE INSERTA.	65
4.1.	<i>Sanciones.</i>	65
4.2.	<i>Derechos en pugna.</i>	73
5.	DIFICULTADES PROBATORIAS PROPIAS DEL ACOSO SEXUAL LABORAL Y EL DERECHO DEL TRABAJO. ..	75

5.1. *Dificultad en la participación de testigos.* 75

5.2. *Falta de credibilidad en el testimonio de ex trabajadores.* 77

**CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE ESTÁNDAR PROBATORIO PARA EL ACOSO SEXUAL
LABORAL.** **80**

1. PROPUESTA DE ESTÁNDAR PROBATORIO APLICABLE AL ACOSO SEXUAL LABORAL. 82

2. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA. 84

RESUMEN

La presente memoria pretende realizar un contraste entre dos figuras: el acoso sexual laboral, como ilícito particular del derecho del trabajo, y los delitos sexuales, como actos delictivos propios del derecho penal; ambas se conciben como ejemplos de violencia de género, factor que origina coincidencias entre sí, debido a las dificultades de prueba que este fenómeno produce.

Sin embargo, el propósito de este trabajo implica identificar las problemáticas que puede generar la homologación de ellas pasando por alto las diferencias irreconciliables de cada disciplina a la que pertenecen, entre ellas las sanciones aplicables al imputado/victimario, obstáculos probatorios propios del contexto laboral y los derechos que se encuentran en juego frente a la posible condena o absolución.

Todos estos componentes han de regir la decisión legislativa que se tome respecto del estándar de prueba en cada rama del derecho, el que no ha sido determinado en el derecho del trabajo, por lo que se propone la delimitación de un estándar particular para el acoso sexual laboral fundamentado en aquellas dificultades probatorias que se logren asentar en el paralelo con los delitos penales de tipo sexual.

Asimismo, se pretende fomentar la aplicación de la perspectiva de género dentro del razonamiento judicial, a fin de proporcionar dos herramientas prácticas y útiles para propiciar la efectiva sanción del acoso de cara a los derechos que vulneran, como forma de erradicación de la violencia a la que se ven sometidas las víctimas.

INTRODUCCIÓN: El rol y relevancia del acoso sexual laboral.

El escenario laboral se ha transformado en un área que favorece la reproducción de la violencia sexual hacia la mujer, principalmente porque en tal ámbito concurren elementos que tienden a profundizar la indefensión de la víctima, al tratarse de servicios que se prestan bajo subordinación y dependencia¹. Una de las conductas reflejo de tal fenómeno es el acoso sexual en el trabajo.

La figura ha obtenido escaso análisis y desarrollo en nuestro país, pese a la creciente cantidad de denuncias interpuestas ante la Dirección del Trabajo, las que no han hecho más que aumentar durante el año 2020 en relación al 2019² a pesar del confinamiento, el incentivo al teletrabajo y el distanciamiento social dado el contexto pandémico. Se trata de cifras alarmantes que afectan principalmente al colectivo femenino³ y necesitan de un análisis particular sobre las mismas.

Durante el año 2005 se comenzó a regular el acoso sexual dentro de los espacios de trabajo en Chile, lo que permitió avanzar tanto en materias de protección a las víctimas como en el resguardo de los ambientes laborales ajenos a la reproducción de estas prácticas vulneratorias. Sin embargo, pese a lo extenso del fenómeno y la lesión que puede producir a diversos derechos de rango constitucional de la víctima⁴, el acoso no ha sido desarrollado en plenitud como una manifestación de la violencia de género, lo que ha impedido tanto el avance teórico desde esa perspectiva, como su aplicación en el razonamiento judicial⁵, particularmente en aspectos probatorios.

Así, bajo la idea de que el bien jurídico que se busca tutelar incluye a la integridad y a la libre determinación sexual de la víctima⁶, es que el análisis del acoso sexual

¹ VERA GARCÍA, Rodrigo Hernán. El consentimiento de la víctima en el acoso sexual laboral. Revista de Derecho. Facultad de Derecho UCSC. N° 38, 2021. P. 2.

² SEGOVIA, Macarena; PÉREZ CAMPBELL, Graciela. Las cifras del acoso sexual laboral después de la "ola feminista" del 2018; 1597 denuncias y 86 empresas sancionadas. [En línea] CIPER en Internet. 8 de marzo de 2021. <<https://www.ciperchile.cl/2021/03/08/las-cifras-del-acoso-sexual-laboral-despues-de-la-ola-feminista-de-2018-1-597-denuncias-y-86-empresas-sancionadas/>> [consulta: 2 de enero 2022].

³ VERA GARCÍA, Rodrigo Hernán. Op. Cit. P. 3.

⁴ UGARTE CATALADO, José Luis. Informe en Derecho: Acoso sexual y sexista en el trabajo: revisión desde la doctrina y jurisprudencia. Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial. P. 3.

⁵ Ibid. P. 46.

⁶ Ibid. P. 16.

laboral desde la teoría del género se ha suplido por los avances que ya registra el derecho penal en lo relativo a delitos sexuales.

Sin embargo, si bien ambas figuras han sido interrelacionadas, estimamos que su conexión forzosa podría significar un detrimento en el aspecto procesal para el acceso a la justicia efectiva por parte de las víctimas, entendiendo que, aunque los delitos sexuales y el acoso sexual laboral presentan semejanzas, también registran importantes diferencias, especialmente en vista del objetivo que cumple cada área del derecho.

A propósito del derecho administrativo en paralelo con el derecho penal, LETELIER indica que “el hecho de que el legislador opte en casos diversos por una u otra sanción, o que por diversas necesidades sociales transite de una a otra, refleja que ellas persiguen objetivos diversos y que el legislador realiza determinadas evaluaciones que le ayudan a inclinarse por una u otra; en otras palabras, que se quieren cosas diversas con ellas”⁷. Esa misma lógica resultará aplicable al derecho laboral en contraste con el derecho penal, especialmente en lo que respecta a las conductas citadas.

Por consiguiente, este proyecto busca plantear la necesaria diferenciación que debe realizarse entre el análisis probatorio del acoso sexual en materia de derecho laboral, en contraste con aquel implementado en el derecho penal y los delitos sexuales, especialmente en torno a la sanción aplicable al imputado/victimario, los derechos que pugnan en cada caso y las dificultades probatorias que registra cada figura, especialmente en el acoso donde el énfasis en ellas ha sido escaso o nulo⁸.

El contraste anterior tendrá como producto la determinación de una propuesta de estándar probatorio para el acoso sexual laboral en razón de las conclusiones obtenidas y su falta de disposición expresa en el Código del Trabajo (CT) a diferencia del Código Penal (CP).

⁷ LETELIER WARTENBERG, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. Política criminal, 12 (24), 2017, 622 - 689.

⁸ UGARTE CATALDO, José Luis. Op. Cit. P. 16.

Así, en un primer momento, se abordará la conceptualización del acoso sexual laboral como manifestación de la violencia de género, poniendo énfasis en sus definiciones dentro del marco nacional e internacional, pasando por sus requisitos normativos hasta llegar a las vías existentes en nuestro ordenamiento en orden a cesar la conducta y obtener su sanción.

En segundo lugar, se procederá a describir someramente los aspectos procesales pertinentes a este análisis, particularmente respecto de la actividad probatoria, la valoración de la prueba y los estándares de prueba existentes, hasta llegar a la revisión particular de la prueba en el derecho laboral y penal.

Ya determinados los conceptos relevantes para el análisis posterior, se pondrá énfasis en la particularidad de la prueba del acoso sexual laboral y los obstáculos que ella presenta, realizando un paréntesis entre las similitudes y diferencias respecto de los delitos sexuales dentro del derecho penal, para proceder a referirse particularmente a obstáculos propios del derecho laboral, los que se sumarán a las dificultades probatorias que logren asentarse en el análisis anterior.

A continuación, se expondrá cómo, de acuerdo con los parámetros teóricos constatados y la falta de normativa a su respecto, es posible construir un estándar de prueba particular respecto del acoso sexual laboral, haciendo referencia a los distintos pasos que permiten arribar al mismo hasta la consagración de su justificación, la que tendrá especialmente en vista lo obtenido del contraste entablado con los delitos sexuales y la regulación penal.

A modo de colofón, se hará una breve síntesis de lo expuesto a lo largo del trabajo y las conclusiones obtenidas.

CAPÍTULO I: Conceptualización del acoso sexual laboral.

1. El acoso sexual laboral como manifestación de la violencia de género.

La violencia de género ha sido entendida por MUNDACA como la coacción física o moral ejercida sobre una persona o un grupo de personas en atención a la construcción social del rol femenino, a fin de mantener el control sobre la víctima y obligarla a actuar de determinado modo, provocando como resultado un daño físico, sexual o psicológico, ya sea en la esfera pública o privada del individuo⁹.

En la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer llevada a cabo en septiembre de 1995, la violencia contra la mujer fue conceptualizada como "todo acto de violencia, basado en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como la amenaza de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad"¹⁰.

En ese marco una de sus principales manifestaciones ha sido el acoso sexual como conducta transversal a los diversos espacios sociales, considerada un ejemplo de la aún existente subordinación de las mujeres respecto del género masculino hegemónico, puesto que "expresa una cultura en que la masculinidad incluye la definición de las prácticas sexuales y el ejercicio de la sexualidad con prescindencia de la voluntad de las mujeres"¹¹.

La figura vista desde lo particular cobra especial importancia en el lugar de trabajo, entendiendo que el fenómeno patriarcal condiciona diversas áreas del desarrollo humano y como tal también incluye al mercado laboral. En ese sentido, el trabajo constituye "un espacio de reproducción del sistema de relaciones sociales en un sentido amplio, y en particular, del sistema de relaciones de género que desvaloriza y discrimina a las mujeres"¹².

⁹ MUNDACA CASTILLO, Sergio Esteban. Violencia sexual y de género y los mecanismos de protección jurídica en la legislación laboral chilena. Anuario de Derechos Humanos, 2017, no 13, p. 179.

¹⁰ DE BEIJING, Declaración. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer. *Recuperado de: [http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing% 20full% 20report% 20S. pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf)*, 1995.

¹¹ HENRÍQUEZ, Helia. RIQUELME, Verónica. Asedio sexual en el trabajo. Una política para su erradicación. Artículo principal: Temas Laborales N° 6, 1997, p. 2.

¹² DÍAZ BERR, Ximena; MAURO CARDARELLI, Amalia; ANSOLEAGA MORENO, Elisa y TORO CIFUENTES, Juan Pablo. Violencia de género en el trabajo en Chile. Un campo de estudio ignorado. Ciencia & Trabajo 2017, vol. 19, no 58, p. 48.

A lo anterior, se suman factores que pueden potenciar la concurrencia de expresiones de la violencia de género en el trabajo, tales como las marcadas estructuras de jerarquía organizacional que se entablan al interior de las empresas, lo que facilita la proliferación de actos como el acoso sexual laboral a modo de manifestación del abuso de poder; el mayor porcentaje de participación laboral masculina en el mercado del trabajo, dificultando la integración de la mujer en el mismo; la convalidación del trabajo con cargas sociales asociadas a la figura femenina como labores domésticas o de cuidado; la cantidad predominante de cargos de poder ocupados por hombres al interior de las empresas, entre otros¹³.

Todo lo anterior conlleva a consolidar un espacio laboral "donde no es ideológicamente clara la pertinencia de las mujeres por propio derecho sino más bien son solo aceptadas"¹⁴. Como consecuencia, se tornó imperativa la necesidad de efectuar regulaciones específicas sobre el acoso sexual en el ámbito del trabajo.

2. El acoso sexual laboral en la regulación nacional e internacional.

El acoso sexual laboral involucra perjuicios vitales en la persona de la víctima, quien según CAAMAÑO ve comprometidos múltiples bienes jurídicos al atentar contra derechos fundamentales como la dignidad, la intimidad, la no discriminación, la vida y la integridad física y psíquica de la persona¹⁵. Por tal razón, MÁRQUEZ señala que ha sido posible concebir el acoso sexual como un ilícito pluriofensivo, susceptible de lesionar simultáneamente el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, el derecho a la libertad sexual y, de manera indirecta, el propio derecho al trabajo.¹⁶

Sus consecuencias, especialmente en la salud mental del sujeto pasivo, potencian un menor rendimiento en el desarrollo de sus funciones y el aumento del ausentismo a su lugar de trabajo, los que se desembocan generalmente tras la presentación de

¹³ OIT, El acoso sexual en el mundo del trabajo, Servicio de Género, Igualdad y Diversidad OITSIDA, Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad, Suiza, p. 3.

¹⁴ HENRÍQUEZ, Helia. Op. Cit. P. 2.

¹⁵ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. El bien jurídico protegido frente a los actos de acoso sexual en el lugar de trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2010, no 25, p. 105.

¹⁶ GARMENDIA, Martha Márquez. El acoso sexual en el trabajo. *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, 2005, no 4, p. 2.

síntomas físicos de la dolencia, tales como crisis de pánico o de angustia, depresión, temor, disminución de la autoestima, insomnio, entre otros¹⁷.

Como resultado de tales repercusiones, este tipo de acoso también “daña a la empresa al debilitar las bases sobre las cuales las relaciones laborales son construidas, y causa perjuicios en la productividad”¹⁸, siendo comprobable que la existencia de ambientes laborales sanos y libres de acoso pueden potenciar la variante cuantitativa de los empleadores, principalmente al contribuir en la prevención de los costos monetarios que implica la concurrencia de la conducta, vale decir: atención médica, compensaciones monetarias judiciales, afectación a su reputación, pérdida de productividad, resolución de litigios, etc.¹⁹

Ahora, la necesidad de prevenir y sancionar la verificación de estos actos implica en primer lugar la delimitación de lo que se entiende por acoso sexual laboral; no obstante, la dificultad de la labor radica en la variación que puede experimentar su concepto dependiendo de los valores o normas culturales que rijan en una determinada época y espacio geográfico.

En esa línea, a lo menos es posible sentar como base “dos características esenciales: primero, es una conducta no deseada por la persona que la recibe, en otras palabras, es una atención sexual no bienvenida, segundo, es una conducta que resulta ofensiva o amenazadora para la persona que la recibe”²⁰. Con esos lineamientos es que se ha dado pie a su conceptualización, tanto en la regulación internacional como en la normativa interna de países que han expresado su preocupación por el creciente fenómeno.

2.1. Tratados Internacionales.

¹⁷ OIT, El acoso sexual en el mundo del trabajo, Servicio de Género, Igualdad y Diversidad OITSIDA, Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad, Suiza, p. 2.

¹⁸ OIT. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Informe III (Parte 1A). 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, p. 504.

¹⁹ OIT, El acoso sexual en el mundo del trabajo, Servicio de Género, Igualdad y Diversidad OITSIDA, Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad, Suiza, p. 2.

²⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social. Informe Preliminar presentado por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy, según la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos. Párr. 190.

La verificación de conductas que configuran acoso sexual al interior de una empresa u organismo público han estado presentes desde siempre en el mundo laboral, pese al compromiso de las sociedades contemporáneas por construir relaciones más igualitarias entre hombres y mujeres, intento que aún coexiste con el mantenimiento y la reproducción de pautas culturales y sociales propias de un contexto patriarcal²¹.

Sin perjuicio de lo anterior, la utilización del vocablo "acoso u hostigamiento sexual" solo habría sido acuñado a partir de los años 70, dentro del activismo feminista incipiente al interior de las universidades, para posteriormente comenzar a desarrollarse en el campo jurídico, en principio mediante resoluciones judiciales y luego formando parte de la normativa de diversos países, "alcanzando un cierto grado de institucionalización a partir de los años 90 del siglo pasado"²².

En esa época surge la preocupación internacional por el hostigamiento sexual, siendo abordado "como una de las manifestaciones de la violencia contra las mujeres que vulnera múltiples derechos fundamentales"²³ y consecuentemente incorporada en diversas declaraciones y convenciones.

Ejemplos de lo anterior, son la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994) las que incluyen entre las manifestaciones de la violencia física, sexual y psicológica contra la mujer, al acoso sexual dentro de la esfera laboral.

Con anterioridad a ellas y relacionándose de lleno con el derecho del trabajo, en el año 1958 surge el Convenio N° 111 sobre discriminación emitido por la Organización Internacional del Trabajo ("OIT") y ratificado por Chile en el año 1971, el que expresa: "A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión,

²¹ DEL CUVILLO, Antonio Alvarez. La eficacia de las políticas frente al acoso sexual y sexista en la universidad: Marco teórico. En *Análisis de la realidad del acoso sexual y sexista en la universidad y propuestas de mejora: Un estudio de caso*. Tirant Humanidades, 2020. p. 29.

²² Ibid. p. 24.

²³ TOLEDO, Patsilí. Ley N° 20.005 sobre acoso sexual en Chile. *Anuario de Derechos Humanos*, 2006, no 2, p. 203.

opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

A raíz de su generalidad, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios de la referida Organización en el año 2012 confirmó la inclusión del acoso sexual como una forma de discriminación sexual, definiéndose como “cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico de naturaleza sexual u otro comportamiento basado en el sexo, que afecta la dignidad de las mujeres y de los hombres, el cual es no deseado, irrazonable y ofensivo para el destinatario; el rechazo de una persona, o la sumisión a ella, siendo este comportamiento utilizado explícita e implícitamente como el fundamento de una decisión que afecta el trabajo de esa persona o, un comportamiento que crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el destinatario”²⁴.

De todos modos, en virtud de la magnitud de la problemática se hizo imperioso abarcar la figura con especificidad, al vulnerar especialmente a la mujer al interior del mundo del trabajo, surgiendo dentro de la misma Organización el Convenio N° 190 sobre la violencia y el acoso en el año 2019, el que abarca tanto las definiciones de violencia y acoso por razón de género -donde incluye al acoso sexual laboral-, como las formas de prevención y protección que deben adoptar los Estados miembros en orden a erradicarlas. Sin embargo, hasta la fecha, este instrumento no ha sido ratificado por Chile.

2.2. Regulación Nacional.

En Chile, a principios del año 2005 entró en vigor la Ley N° 20.005 que “Tipifica y sanciona el acoso sexual” dentro de los espacios de trabajo (“Ley de acoso sexual”). La normativa se posiciona como la primera instancia legal en nuestro país en la que se consagra el término y se le atribuye una definición, “con ella, se reconoce formalmente el trato acorde con la dignidad de la persona -junto con el reconocimiento de la función social del trabajo, la libertad de contratación y la

²⁴ OIT. Dar un rostro humano a la globalización. Informe III (Parte 18). 101º reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012, párr. 789.

prohibición de la discriminación- como uno de los principios básicos del Derecho Laboral en nuestra legislación”²⁵.

Como resultado de dicha ley se agrega en el inciso segundo del artículo 2 del Código del Trabajo (CT) la conceptualización del acoso sexual, la que señala: “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 (...)”.

Así también, se adhiere la figura en los mismos términos señalados, en el artículo 78 letra I) del Estatuto Administrativo, postulándose como ejemplo de actos atentatorios a la dignidad de los funcionarios.

La promulgación de la ley puso fin a diez años de tramitación parlamentaria²⁶ y otorgó soluciones frente a la necesidad incipiente de prevenir y sancionar la concurrencia cada vez más frecuente de estas conductas dentro del mercado laboral chileno, problemática que ya habría sido puntualizada en las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos en el año 1999, recomendando inclusive su tipificación como delito²⁷.

La importancia radicaba en su capacidad de, conforme a la Organización Internacional del Trabajo, socavar la igualdad en el mundo laboral y la posibilidad de generar un impacto negativo tanto en la remuneración de las víctimas, su progresión profesional, condiciones de trabajo, e incluso conducir las fuera del mundo del trabajo²⁸.

Como ha sido mencionado, tales efectos se dan en su mayoría respecto del público femenino, pero especialmente sobre mujeres pertenecientes a grupos determinados

²⁵ TOLEDO, Patsilí. Op. Cit. P. 205.

²⁶ Boletín N° 1419 – 07 sobre Acoso Sexual de 24 de octubre de 1994.

²⁷ TOLEDO, Patsilí. Op. Cit. P. 205.

²⁸ OIT, El acoso sexual en el mundo del trabajo, Servicio de Género, Igualdad y Diversidad OITSIDA, Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad, Suiza, p. 3.

por su orientación sexual, identidad de género, clase social, la situación de migrante, edad, existencia de discapacidades o la ascendencia étnico-racial²⁹.

La interseccionalidad como herramienta analítica permite explicar cómo el cruce entre el género y dichas circunstancias podrían agravar la desigualdad y la opresión vivida por las víctimas, complejizando las situaciones de acoso y reforzando el ejercicio de poder sobre las mujeres en su diversidad de identidades³⁰. Este tipo de casos justificaron todavía más su necesaria regulación.

3. Requisitos para la configuración de la conducta de acoso sexual laboral.

Del artículo 2 inciso segundo del CT se desprenden claramente tres requisitos para la configuración del acoso sexual laboral: (1) la concurrencia de un requerimiento de carácter sexual, (2) sin consentimiento de la víctima, (3) que perjudique o amenace la situación laboral o las oportunidades en el empleo de la persona afectada.

3.1. Requerimiento de carácter sexual.

Si bien la redacción se hace cargo de parte de la problemática, no estuvo exenta de críticas, especialmente en cuanto a la palabra requerimiento, la que según TOLEDO, excluye otras hipótesis que puedan consistir en atenciones sexuales no bienvenidas y que puedan resultar ofensivas o amenazantes para la víctima, aunque no constituyan precisamente un requerimiento³¹.

La restricción en la delimitación legal se hizo patente en una controversial sentencia emitida por la Excma. Corte Suprema³² durante el año 2020, en que pese a verificarse la existencia de comentarios de connotación sexual inapropiados y acercamientos físicos por parte del Administrador Zonal del Poder Judicial de Copiapó en contra de varias funcionarias del mismo recinto, el considerando sexto expresó que no concurre

²⁹ ESPASANDÍN, María Victoria; LÓPEZ, Alejandra. Acoso sexual en los ámbitos laboral y educativo. *Aporte hacia una propuesta de intervención*. Montevideo, Uruguay. Universidad de la República, 2018, p. 129.

³⁰ Ibid.

³¹ TOLEDO, Patsilí. Op. Cit. P. 206.

³² Causa Rol N° 508 - 2020, Corte Suprema, 9 de octubre de 2020.

el requisito, puesto que todas las denunciadas en sus testimonios negaron la existencia de una exigencia por parte del sujeto.

Misma comprensión del término indica PALAVECINO, quien define requerimiento de carácter sexual como sinónimo de solicitar favores de tal naturaleza, sujetándose estrictamente al tenor literal de la norma y no incluyendo en el tipo conductas como gestos soeces, la exposición de material pornográfico o actos de exhibicionismo³³.

En contraste, los autores DOMÍNGUEZ, MELLA y WALTER no definen el término, pero estiman como conductas constitutivas de acoso sexual laboral todas aquellas acciones de naturaleza sexual que puedan efectuarse de forma física, verbal o no verbal, por lo que profesan un entendimiento más amplio del mismo³⁴.

De ese modo, una conducta física de naturaleza sexual iría desde tocamientos innecesarios, palmaditas o pellizcos hasta roces con el cuerpo; aquellas de tipo verbal incluyen proposiciones, presión para actividades sexuales, comentarios insinuantes, indirectas o comentarios obscenos y, por último, por conductas no verbales de naturaleza sexual se hace referencia a la exhibición de fotos sexualmente sugestivas, miradas impúdicas, silbidos o gestos sexuales³⁵.

La Dirección del Trabajo en su jurisprudencia administrativa tampoco ha proporcionado una definición de requerimiento propiamente tal, pero sí ha sido enfática en no limitar la concurrencia del acoso sexual laboral únicamente a acercamientos o contactos físicos, sino que también incluye propuestas verbales, correos electrónicos, cartas o misivas personales, entre otras³⁶.

Al respecto PLANET, tras hacer una revisión de la historia de la Ley N° 20.005, concluye como posibilidad que el objetivo de la regulación del ilícito laboral fuese otorgarle una

³³ PALAVECINO CÁCERES, Claudio. EL NUEVO ILÍCITO DE ACOSO SEXUAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO: the new form of illegality in Chilean labour law. *Revista de derecho (Valdivia)*, 2006, vol. 19, no 1, p. 108.

³⁴ MONTOYA, Álvaro Eduardo Domínguez; CABRERA, Patricio Eleodoro Mella; DÍAZ, Rodolfo Teodoro Walter. El acoso en el trabajo: algunos aspectos doctrinarios, jurisprudenciales y legales del acoso moral y sexual en Chile. *Revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, vol. 5, no 10, p. 50.

³⁵ OIT. La lucha contra el acoso sexual en el trabajo. Madrid, España: Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, GETAFE, p. 18.

³⁶ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen Ordinario N° 1133/36, 21 de marzo de 2005.

interpretación amplia, al indicar la voz requerimiento a continuación de la expresión “cualquier medio”³⁷.

Ahora, la ambigüedad en el sentido y alcance del vocablo requerimiento también alcanza el carácter sexual del cual debe valerse el elemento. Según PALAVECINO, tal carácter solo podría entenderse en su sentido estricto, es decir, el agente debe formular, por cualquier medio, solicitudes reiteradas e insistentes a la víctima en orden a satisfacer deseos libidinosos focalizados en los órganos sexuales, la actividad sexual o el placer carnal³⁸.

Por el contrario, DOMÍNGUEZ, MELLA y WALTER estiman que su naturaleza sexual se entrega a un plano subjetivo propio de la víctima, es decir, lo primordial para que la conducta sea de naturaleza sexual ha de ser si tuvo el efecto de crear un ambiente hostil para la persona acosada, recayendo la concurrencia del carácter sexual en su percepción personal³⁹.

Misma postura sostienen PÉREZ y RODRÍGUEZ, aunque previenen que dotar al concepto de acoso sexual laboral de mucha amplitud puede no ser operativo de cara a su judicialización, puesto que podría incluir bajo una misma denominación situaciones muy diferentes entre sí, dificultando un deseable consenso sobre el concepto⁴⁰.

Es dable concluir que el problema con el primer requisito que exige la ley es lo incierto y divergente de su interpretación, al tratarse un requerimiento de carácter sexual de una expresión cuyo contenido ha ido mutando en el paso del tiempo, especialmente con el arribo de movimientos sociales que han cobrado mayor fuerza en nuestro país y que buscan acabar con la desigualdad de género, cambiando la consciencia social sobre conductas que perpetúan la disparidad.

³⁷ PLANET SEPÚLVEDA, Lucía. *Desde la identificación a la pérdida del trabajo: problemas jurídicos que enfrenta la víctima de acoso sexual laboral en Chile*. Estudios sobre el trabajo de la mujer. Red feminista de Profesoras de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2021, p. 96.

³⁸ PALAVECINO CÁCERES, Claudio. No todo es Acoso Sexual. *Revista Laboral Chilena* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2019, no 5, p. 44.

³⁹ MONTOYA, Álvaro Eduardo Domínguez; CABRERA, Patricio Eleodoro Mella; DÍAZ, Rodolfo Teodoro Walter. Op. Cit. P. 51.

⁴⁰ PÉREZ, Rocío; RODRÍGUEZ, Carmen. Un análisis del concepto de acoso sexual laboral: reflexiones y orientaciones para la investigación y la intervención social. *Cuadernos de relaciones laborales*, 2013, vol. 31, no 1, p. 209.

En esa línea, pareciera ser lo más idóneo enmarcar su entendimiento a partir de las pautas internacionales existentes y la aplicación de principios propios del Derecho Laboral, especialmente el principio de protección al trabajador que procura combatir la desigualdad propia de la relación de trabajo, protegiendo la dignidad del trabajador⁴¹, y el principio de no discriminación.

Con tales disposiciones en vista, se debiera procurar la aplicación de una comprensión amplia del elemento, desde la perspectiva de género, con el propósito de resguardar y prevenir la afectación de los derechos fundamentales de la víctima, especialmente en lo relativo a su naturaleza sexual, otorgando preminencia tanto al contexto en que se desarrollan las conductas como al impacto subjetivo que la conducta podría implicar en la intimidad de una trabajadora para estimar la concurrencia del mismo, más que a la disposición de limitaciones que podrían desproteger a las eventuales afectadas.

3.2. Ausencia de consentimiento por parte de la víctima.

El segundo requisito exigible es la ausencia de consentimiento por parte de quién sería la víctima de acoso sexual laboral.

El consentimiento desde siempre ha sido objeto de disputas y opiniones encontradas, viéndose su definición empañada por estereotipos o prejuicios de género propios del observador, con los que muchas veces otorgan responsabilidad a la víctima en virtud de factores exógenos, tales como hacer uso de determinada ropa para asistir al trabajo, en lugar de centrar su análisis en la imputabilidad del presunto acosador; de tal modo, se obliga a la mujer a reflejar lo femenino en su forma de ser, de vestir o de comunicarse⁴² y luego se les evalúa por ello.

⁴¹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA. *Estudios constitucionales* [online]. 2013, vol.11, n.1 [citado 2021-09-21], pp.425-458. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100011&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100011>.

⁴² VERA GARCÍA, Rodrigo Hernán. Op. Cit. P. 3.

Ahora, el cuestionamiento clave es definir cuándo nos encontramos frente a una circunstancia de carácter sexual que afecta a la víctima sin su consentimiento: debe constar una negativa expresa o puede bastar el silencio de la víctima.

Como respuesta, emergen diversas posiciones, las más estrictas hacen exigible una negativa expresa e inmediata frente al requerimiento, mientras aquellas más laxas admiten el silencio de la víctima o la realización de actos que manifiestan su rechazo ante el requerimiento; de esa forma lo han planteado UGARTE y LIZAMA al indicar que "el rechazo no requiere una acción frontal y explícita de la víctima, basta que del contexto en que se produce se deduzca inequívocamente la no aceptación del requerimiento, por ejemplo, denunciar la situación al empleador, no contestar las insinuaciones, comunicar los hechos al sindicato, etc."⁴³.

A modo de complemento, PÉREZ y RODRÍGUEZ indican que ha de considerarse la reacción de la víctima, su incomodidad y desagrado ante los requerimientos, como indicios racionales de que la conducta es molesta⁴⁴.

Esta última sería la comprensión actual en la jurisprudencia laboral⁴⁵, dado que, tal como expresa PLANET, exigir un rechazo explícito para configurar el acoso sexual laboral no daría protección jurídica a la totalidad de formas de acoso que pueden presentarse, ni comprendería la diversidad de reacciones que pueden surgir de la persona afectada⁴⁶.

3.3. Perjuicio o amenaza a la situación laboral o a sus oportunidades dentro del trabajo.

Al igual que el primer requisito, este último no se encuentra ajeno a críticas referidas a su formulación. A saber, MUNDACA manifiesta que delimitarlo solo a las consecuencias señaladas deja fuera cualquier conducta que implique un

⁴³ PORTAL, Luis Lizama; CATALDO, José Luis Ugarte. *Nueva ley de acoso sexual*. LexisNexis, 2005, p. 16.

⁴⁴ PÉREZ, Rocío; RODRÍGUEZ, Carmen. Un análisis del concepto de acoso sexual laboral: reflexiones y orientaciones para la investigación y la intervención social. *Cuadernos de relaciones laborales*, 2013, vol. 31, no 1, p. 212.

⁴⁵ Véase RIT T-309-2018, 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago y RIT T-15-2020, Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles.

⁴⁶ PLANET SEPÚLVEDA, Lucía. Op. Cit. p. 100.

requerimiento sexual no consentido pero que no conlleve una afectación de ese calibre para la víctima⁴⁷.

No obstante, la Dirección del Trabajo ha sido clara al señalar el alcance de la ley respecto de este último requisito, expresando que se configura la conducta de acoso sexual no sólo cuando la persona afectada sufre un perjuicio o daño laboral directo 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 empleo⁴⁸.

Así, la explicación dada por el órgano administrativo incluye dentro de la lectura del acoso sexual laboral en Chile a una tipología que si bien no se explicita en la norma ha sido ampliamente reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional e internacional: el acoso sexual ambiental.

Este último concepto se contempla en una de las principales clasificaciones del acoso sexual laboral, la que basa su distinción en torno a este requisito, existiendo dos tipos según el perjuicio o amenaza que produce la conducta en la persona de la víctima.

Así, encontramos en primer lugar el acoso *quid pro quo* o chantaje sexual, aludiendo a una forma de hostigamiento sexual que "fuerza a un trabajador a elegir entre someterse a los requerimientos sexuales o perder o ver perjudicados ciertos beneficios o condiciones del trabajo"⁴⁹.

Para que puedan ser viables tales consecuencias y efectivamente se genere esa sensación de coercitividad en la víctima es necesario que el sujeto activo ostente una posición jerárquica superior a ella -conocido a su vez como acoso sexual de carácter vertical-, a fin de que, abusando del poder que posee al interior de la empresa, tenga la posibilidad real de concretar sus amenazas⁵⁰.

⁴⁷ MUNDACA CASTILLO, Sergio Esteban. Op. Cit. P. 182.

⁴⁸ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen Ordinario N° 1133/36, 21 de marzo de 2005.

⁴⁹ CAAMAÑO, Eduardo. "El acoso sexual en la empresa. Análisis de la Ley 20.005". Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2005, p. 12.

⁵⁰ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Op. Cit. Pp. 12 y 13.

Sin embargo, estimamos viable la configuración de casos de acoso sexual pertenecientes a esta denominación que no necesariamente provienen de un cargo superior, sino que de trabajadores pares –fenómeno denominado acoso sexual horizontal- que a pretexto de su relación de cercanía, familiaridad o amistad con las jefaturas podrían conminar a la afectada, efectuando una mera instrumentalización del vínculo existente para concretar la conducta de carácter sexual mediante amenazas laborales.

En segundo lugar, encontramos el acoso sexual ambiental, ya reconocido por la Dirección del Trabajo, y que ha sido entendido como aquel hostigamiento sexual que genera para la víctima un entorno laboral humillante y hostil, sin que se verifiquen ventajas laborales de ningún tipo⁵¹. Por esta última circunstancia es que no se hace exigible una superioridad jerárquica del acosador, sino que la conducta puede ser efectuada eficazmente por un compañero de trabajo de igual o inferior rango al interior de la empresa.

Sobre esta distinción, PALAVECINO plantea que quien tendría la capacidad de generar una amenaza o perjuicio en la situación laboral de un trabajador es precisamente quien ostenta facultades de organización, control o disciplina dentro de la empresa, vale decir, el empleador o sus representantes. Por lo tanto, la calidad de sujeto activo solo sería extensible al resto de los trabajadores en la medida que no se entienda el perjuicio a la víctima únicamente en sus condiciones de trabajo, sino que el sentimiento de incomodidad que provoca en la víctima la reiteración de propuesta sexuales indeseables vendría a deteriorar su situación laboral en un sentido amplio⁵².

4. Vías de protección frente al acoso sexual laboral.

Como apartado final del primer capítulo, cabe mencionar las vías jurisdiccionales y aquellas que se forjan al interior de la empresa o ante los órganos administrativos, para obtener tanto la protección y compensación de los perjuicios sufridos por la víctima, como la sanción del victimario.

⁵¹ Ibid.

⁵² PALAVECINO CÁCERES, Claudio. EL NUEVO ILÍCITO DE ACOSO SEXUAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO: the new form of illegality in Chilean labour law. *Revista de derecho (Valdivia)*, 2006, vol. 19, no 1, p. 106.

Las vías no son excluyentes entre sí, así como tampoco constituye un requisito previo entablar una denuncia interna antes de demandar ante tribunales; no obstante, realizar la denuncia previo a la judicialización si parece conveniente puesto que el informe obtenido en el procedimiento de investigación de acoso sexual corresponderá a una prueba determinante en el caso⁵³.

4.1. Vías al interior de la empresa.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 154 numeral 12 del CT se debe incluir en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de las empresas o establecimientos que corresponda, la disposición de un procedimiento, medidas de resguardo y sanciones aplicables en caso de denuncias por acoso sexual.

Tal procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual debe ceñirse a las disposiciones contenidas en el Título IV, Libro II, artículos 211-A y siguientes del CT.

Como señala UGARTE si bien no hay norma que exija la existencia de un debido proceso en el desarrollo de la investigación interna, el procedimiento del empleador debe sujetarse a garantías legales y no debe afectar los derechos fundamentales de los trabajadores involucrados⁵⁴.

El procedimiento, de acuerdo a la normativa citada, consiste en cuatro etapas, la primera de ellas corresponde a la denuncia de los hechos, la que ha de ser presentada de forma escrita ante la dirección de la empresa o a la respectiva Inspección del Trabajo, siendo esta última opción la vía directa en aquellos casos en que el empleador es el denunciado por acoso sexual⁵⁵.

Una vez recibida la denuncia, el empleador deberá adoptar las medidas de resguardo que estime pertinentes respecto de los involucrados, o aquellas recomendadas por la Inspección del Trabajo en su caso. Dicha labor supone que las empresas evalúen

⁵³ PLANET SEPÚLVEDA, Lucía. Op. Cit. p. 106.

⁵⁴ UGARTE CATALDO, José Luis. "Informe en derecho: Acoso sexual y sexista en el trabajo: revisión desde la doctrina y jurisprudencia". Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, Poder Judicial, 2021, p. 31.

⁵⁵ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen Ordinario N° 1133/36, 21 de marzo de 2005.

como proteger de mejor manera los derechos fundamentales que se encuentran en juego⁵⁶.

Tras ello, se dará pie a la investigación, la que en caso de ser dirigida por la Inspección deberá sujetarse a su propia normativa⁵⁷, mientras que de ser desarrollada por el empleador debe ser por escrito y en estricta reserva, garantizando que ambas partes sean oídas y puedan fundamentar sus dichos.

Una vez finalizada la investigación, el empleador deberá derivar la información a la Inspección del Trabajo competente, quien luego de analizar la documentación le comunicará los resultados al empleador, y de haber comprobado la existencia del acoso sexual le sugerirá adoptar medidas concretas.

Teniendo en vista lo sugerido por la Inspección, es el empleador quien finalmente debe aplicar las medidas y sanciones de manera proporcional a lo acontecido y "se debe regir expresamente por las establecidas en el Reglamento Interno respecto del acoso sexual"⁵⁸, pudiéndose valer de la amonestación verbal, amonestación escrita, multa o incluso, como sanción más gravosa, hacer uso de lo que ha sido denominado doctrinalmente como "despido sanción" o "despido disciplinario" plasmado en el artículo 160 numeral primero letra b) del CT.

4.2. Vías judiciales.

En el caso de las vías jurisdiccionales cabe precisar que las acciones que se tomen no apelan únicamente a aquella circunstancia en que la persona del empleador se constituye como acosador, sino que también incluye a aquellos casos en que concurriendo una conducta de acoso sexual laboral por un trabajador se verifica simultáneamente un incumplimiento por parte del empleador.

Esta hipótesis incluye el incumplimiento de las obligaciones contractuales para con el trabajador de parte del empleador, como el caso del auto despido o despido indirecto,

⁵⁶ PLANET SEPÚLVEDA, Lucía. Op. Cit. p. 108.

⁵⁷ Circular N° 88 de la Dirección del Trabajo de fecha 5 de julio de 2001 que dispone sistematización y actualización de procedimientos de fiscalización.

⁵⁸ MONTOYA, Álvaro Eduardo Domínguez; CABRERA, Patricio Eleodoro Mella; DÍAZ, Rodolfo Teodoro Walter. Op. Cit. P. 58.

o a su deber de seguridad general sobre sus trabajadores consagrado en el artículo 184 del CT, el que le impone al empleador la carga de procurar la mantención de un ambiente laboral digno y respetuoso para el cumplimiento de sus funciones, cuya falta y eventual afectación a los derechos fundamentales de algún trabajador haría efectiva la posibilidad de interponer una acción de tutela.

De tal modo, en nuestro país se verifican dos medios posibles para que la víctima vea resarcida lo sufrido en virtud de la conducta, los que se traducen en la obtención de indemnizaciones laborales estándar que se estipulan en la regulación del trabajo, así como también indemnizaciones de perjuicios civiles por daño moral, aunque exclusivamente en el caso de la tutela de conformidad al artículo 495 número 3 del CT.

a. Tutela de derechos fundamentales:

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales se encuentra regulado en el Libro V, Párrafo 6, artículo 485 y siguientes del CT. Este mecanismo tiene cabida en la medida que concurra una afectación por parte del empleador a los derechos fundamentales del trabajador, los que son enumerados en el artículo 485 del Código mencionado.

Este recurso puede ser utilizado por la víctima de acoso sexual mientras la relación de trabajo se encuentre vigente y/o al momento del despido. En el primer caso, permite a la afectada la posibilidad de dar cuenta de la efectiva vivencia del episodio a fin de poner término al mismo, haciendo referencia específica a los derechos fundamentales vulnerados como consecuencia de ello y obtener su reparación.

En caso de despido, la víctima nuevamente puede obtener la reparación de los derechos vulnerados pero no tan solo por la participación del empleador en conductas de acoso sexual, sino que también por no cumplir con las obligaciones de prevención, denuncia, protección y represión frente al acoso sexual realizado por sus dependientes, posicionando al empleador como garante de un ambiente laboral digno

y de mutuo respeto en virtud del deber de protección establecido en el artículo 184 del CT ya mencionado⁵⁹.

Así, en la jurisprudencia generalmente se apela a errores procedimentales durante la investigación del acoso sexual denunciado, tales como la falta en el cumplimiento de los plazos designados en el reglamento de la empresa, la inexistencia de instancias de prueba u observaciones para que las partes involucradas hagan valer sus alegaciones, negando requisitos mínimos de un debido proceso, o el establecimiento de medidas de resguardo insuficientes o tardías respecto de la víctima⁶⁰.

Como también han abarcado la no implementación del procedimiento pese a haber sido puesto en conocimiento la situación al empleador, lo que puede verificarse por la no estipulación de las vías correspondientes en su Reglamento Interno o por la simple negativa a proceder con la investigación⁶¹.

b. Despido indirecto:

Este medio judicial se consigna en el artículo 171 del CT y faculta al trabajador a poner término al contrato y acudir al tribunal respectivo en los casos en que el empleador incurra en conductas indebidas de carácter grave (artículo 160 N° 1), si comete actos, omisiones o imprudencias que afecten a la seguridad de los trabajadores o su salud (artículo 160 N° 5) , si incumple gravemente las obligaciones que impone el contrato de trabajo suscrito con el trabajador (artículo 160 N° 7), entre otras.

Así también el artículo señala expresamente que el empleador responderá por esta vía si mientras investiga y sanciona una denuncia de acoso sexual, no respeta lo dispuesto en los artículos 211-A y siguientes.

⁵⁹ UGARTE CATALDO, José Luis. *"Informe en derecho: Acoso sexual y sexista en el trabajo: revisión desde la doctrina y jurisprudencia"*. Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, Poder Judicial, 2021, p. 10.

⁶⁰ Véase RIT O-337-2020 del JLT de Temuco, T-1370-2017 del 1° JLT de Santiago y T-29-2020 del JLT de Punta Arenas.

⁶¹ Véase RIT T-1768-2018 del 1° JLT de Santiago, I-2-2020 del 2° JL de Coronel y 279-2020 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

En ese marco, la víctima de acoso sexual podrá auto despedirse cuando sea el empleador quién efectúe dicho hostigamiento al tratarse de una conducta indebida de carácter grave. Esta opción se ha concebido justificada porque "no es admisible obligar al trabajador a continuar con el vínculo laboral si es objeto de un trato constitutivo de acoso sexual"⁶².

Del mismo modo podrá hacerlo si el acoso es cometido por un compañero de trabajo, acudiendo al artículo 160 N° 5 y 7 ya citados, puesto que la víctima podrá argumentar la infracción a la garantía de seguridad y salud que pesa sobre el empleador⁶³.

La vía permite al trabajador afectado obtener las indemnizaciones que correspondan por concepto del despido, siempre y cuando se logre verificar la ocurrencia del incumplimiento por parte del empleador; en el caso contrario en que el tribunal no acoja la demanda, se entenderá que el actor renunció a su cargo, sin derecho a indemnización alguna.

TOLEDO no considera este mecanismo judicial como una alternativa para las mujeres víctimas de acoso sexual, puesto que su uso "equivale a perder un empleo que probablemente fue difícil de encontrar, y a obtener una indemnización que, además de tardía, a lo mejor será muy escasa"⁶⁴. A su vez, el despido indirecto no garantiza una efectiva sanción hacia el sujeto acosador, quien podría continuar efectuando sus funciones al interior del trabajo, por lo tanto la opción concibe riesgos e inconsistencias que la hacen poco recomendable.

⁶² MONTOYA, Álvaro Eduardo Domínguez; CABRERA, Patricio Eleodoro Mella; DÍAZ, Rodolfo Teodoro Walter. Op. Cit. P. 59.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ TOLEDO, Patsilí. Op. Cit. P. 207.

CAPÍTULO II: Aspectos procesales relevantes para el análisis probatorio del acoso sexual laboral.

1. Definiciones procesales generales.

Este apartado emerge a fin de graficar algunos conceptos básicos que conforman el derecho procesal, especialmente en relación con la etapa probatoria, lo que permitirá sentar las bases para la comprensión del análisis posterior relativo a la prueba del acoso sexual laboral.

1.1. La prueba y su finalidad.

La prueba ha sido definida como “un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en juicio”⁶⁵. Tal definición implica entender la prueba como el mecanismo que permite al juez verificar si los hechos declarados por las partes en el proceso se acreditan suficientemente o no, lo que determinará el convencimiento que logre sobre la efectividad de los mismos.

Para garantizar un resultado lo más próximo a la verdad es imperativo que el juez dirima el conflicto de acuerdo a realidades y no meros escenarios, de ahí radica el rol que vendría a cumplir la prueba: permitir el fundamento concreto de las proposiciones que formulen las partes, a fin de convencer al juez de su validez, delante de su impugnación por la contraria⁶⁶.

Por consiguiente, la etapa de prueba se posiciona como crucial en la labor judicial y especialmente para la resolución del caso en particular, máxime si se estima como condición necesaria la veracidad y aceptabilidad del juicio sobre los hechos para poder catalogar a una decisión judicial como justa⁶⁷.

1.2. La actividad probatoria en el proceso.

⁶⁵ COUTURE, Eduardo. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires. 1981, 12º Edición, P. 216.

⁶⁶ GUILHERME MARINONI, Luiz; CRUZ ARENHART, Sérgio; NÚÑEZ AVILA, René. “La prueba” Editorial Thomson Reuters, Chile, 2015, p. 37.

⁶⁷ TARUFFO, Michele. “La prueba de los hechos” Editorial Trotta, Madrid, 2002. P. 64.

De acuerdo a FERRER existen tres momentos de la actividad probatoria en el derecho que conforman el proceso de toma de decisiones. Se trata de (a) La conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas; (b) La valoración de los elementos de juicio o pruebas; y (c) La adopción de la decisión sobre los hechos probados⁶⁸.

La primera de ellas consistiría en la proposición y presentación material de las pruebas en el juicio, de las cuales se definirá aquellas que serán consideradas para la posterior toma de decisión de acuerdo a criterios de relevancia y admisibilidad⁶⁹.

La relevancia apunta a estimar como admitidos únicamente a aquellos medios de prueba que mantienen una conexión lógica con los hechos, de modo que puedan ofrecer una base cognitiva para establecer la verdad. Mientras que, la admisibilidad implica que todo medio de prueba relevante debe cumplir con los criterios jurídicos planteados dentro de cada ordenamiento para admitirlos en juicio⁷⁰.

Una vez precisados los elementos de juicio a considerar, el segundo momento -y sobre el cual nos detendremos con mayor atención en el siguiente apartado- consiste en valorar dichos elementos, lo que comprende evaluar el apoyo empírico que el conjunto de medios de prueba aportan a una determinada hipótesis⁷¹.

En ese orden de cosas, la valoración otorgará a cada enunciado en conflicto un grado de confirmación, por lo que corresponde determinar si, de acuerdo al estándar de prueba que se utilice y el grado de certeza que ostenta la hipótesis, se puede estimar probado el supuesto⁷².

Así, el resultado de la valoración no implica por sí solo nada respecto de la decisión a adoptar, todo dependerá del grado de confirmación que exija el estándar. Este último ejercicio es condición *sine qua non* para adoptar la decisión sobre qué hechos se

⁶⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. "La valoración racional de la prueba" Editorial Marcial Pons, España, 2007. Pp. 41 - 49.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ TARUFFO, Michele. «La prueba» Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., España, 2008. Pp. 38 - 42.

⁷¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. Cit. Pp. 41 - 49.

⁷² Ibid.

estimaran probados, lo que constituiría la tercera y última etapa de la actividad probatoria⁷³.

1.3. La valoración de la prueba.

La valoración de la prueba según MONTERO se enmarca dentro de lo que se ha denominado apreciación de la prueba, consistente en operaciones mentales que ha de realizar el juzgador para llegar a establecer certeza sobre las afirmaciones de las partes. Por lo tanto, el género comprendería tanto la valoración como la interpretación, reconociéndolas como actividades intelectuales separadas y consecutivas⁷⁴.

No obstante, MATORANA plantea un ejercicio previo a la interpretación y valoración del juzgador, que denomina percepción. Ella alude a la "operación sensorial mediante la cual el juez capta mediante sus sentidos la prueba que se rinde ante él"⁷⁵.

Esa percepción se plasma en la exposición que hace el juez de lo que captó mediante sus sentidos, lo que generalmente se formula en el acta de juicio o en la grabación de la audiencia correspondiente⁷⁶.

Por su parte, la interpretación conlleva a establecer qué se desprende de cada medio de prueba de forma individual; mientras que la valoración determina el valor que debe atribuirse a esa información obtenida. Por consiguiente, un error en la interpretación supone que el juez no haya captado el contenido de la prueba, en cambio un error en la valoración implica conceder credibilidad a un medio de prueba que no la tiene⁷⁷.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ MONTERO AROCA, Juan. "Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)" Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, No 7, Pp. 49 – 50.

⁷⁵ MATORANA BAEZA, Javier. "Sana crítica: un sistema de valoración racional de la prueba", Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2014. P. 68.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ MONTERO AROCA, Juan. Op. Cit. Pp. 49 – 50.

En otras palabras, valorar la prueba es “determinar el grado de probabilidad que tienen las prácticas de acuerdo a la información que arroja la prueba disponible”⁷⁸. De ese modo el juez deberá definir si la información obtenida es suficiente para estimar como altamente probable la ocurrencia de un hecho o, si por el contrario, el resultado otorga una probabilidad negativa.

La suficiencia deberá ser determinada de acuerdo al sistema de valoración de prueba que el ordenamiento de cada país designe, vale decir, el sistema que ha de indicar el valor que se le atribuirá a un determinado medio de prueba durante el desarrollo de los procesos judiciales.

En la doctrina se reconoce la existencia de dos, los que se diferencian según el sujeto que establecerá las reglas para fijar dicho valor. Estos son el sistema de prueba legal o tasada y el de libertad probatoria.

1.3.1. Sistema de la prueba legal o tasada.

Como ha sido señalado por TARUFFO, la prueba legal consiste “en la producción de reglas que, predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada prueba”⁷⁹. Se trata de un sistema en que la ley dispone previamente el valor probatorio de los medios para la determinación de los hechos, sustituyéndose el juez por el legislador.

Desde una perspectiva actual, TAVOLARI estima que una de las ventajas atribuidas a la prueba legal es la certeza jurídica, al existir resultados uniformes en la actividad jurisdiccional, aunque ello podría implicar el sacrificio del valor justicia. Al contrario, su mayor crítica deviene en la falta de libertad que ostentan los jueces para cumplir con sus funciones, quienes deben sujetarse con rigurosidad a los postulados de la ley⁸⁰.

⁷⁸ HUNTER AMPUERO, IVÁN. Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil. *Ius et Praxis* [online]. 2017, vol.23, n.1 [citado 2021-09-25], pp.247-272.

⁷⁹ TARUFFO, Michele. “La prueba de los hechos” Editorial Trotta, Madrid, 2002. P. 387.

⁸⁰ Ibid.

Esa falta de libertad evidencia la desconfianza existente por parte del legislador hacia el juez, "al reservarse aquel la atribución de un resultado probatorio a los distintos medios de prueba, negándose al juzgador la facultad de atribuir un valor distinto a las pruebas rendidas en el proceso"⁸¹.

Este sistema primó basto tiempo en las legislaciones y todavía, aunque atenuado, se observa en la nuestra, al menos en materia probatoria civil. Su presencia se demuestra por la existencia de normas que regulan la prueba, ya sea estableciendo los medios de prueba, la oportunidad en que se han de utilizar, su valor probatorio y la manera en que el tribunal debe considerarlos; un ejemplo de ello es el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil (CPC) que define la fuerza probatoria de los testimonios.

1.3.2. Sistema de la libre valoración de la prueba.

Con la llegada de la Ilustración y la nueva confianza depositada en la figura de los jueces, quienes tras la Revolución Francesa se configuraron como funcionarios del Estado entrenados, neutrales y responsables, el sistema de la prueba legal colapsó⁸².

Se establece entonces la libre valoración de la prueba como sistema mayoritario en los países con sistemas de *civil law*, donde el juzgador ya no está obligado a seguir reglas, sino que es él quien define el valor probatorio de cada instrumento de prueba dependiendo del caso concreto y conforme a estándares flexibles, criterios razonables y su propio apoyo cognitivo⁸³.

En concreto, será al juez a quien le compete determinar el grado de confirmación que el medio de prueba otorga a la hipótesis planteada en el proceso.

De acuerdo a MATURANA dentro de este sistema es posible encontrar dos especies del mismo, con arreglo al comportamiento del juzgador⁸⁴:

⁸¹ MATURANA BAEZA, Javier. Op. Cit. P. 70.

⁸² TARUFFO, Michele. «La prueba» Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., España, 2008. Pp. 134 - 135.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ MATURANA BAEZA, Javier. Op. Cit. Pp. 72 - 110.

A. Sistema de la libre o íntima convicción:

Al posicionarse dentro de la libre valoración, la íntima convicción implica confiar en la discrecionalidad del juez el valor de las pruebas, sin que le sea exigible someterse a normas o reglas, basando su convencimiento en factores como el conocimiento intuitivo, la prueba hallada fuera de la causa, su saber privado, etc⁸⁵.

Esta tipología apela al ámbito más íntimo del juzgador: a las creencias que se producen en su mente, por ello se caracteriza como eminentemente subjetivo. Asimismo, al apelar a la valoración de sus propias creencias, ella es intransmisible a otra persona que no sea el propio juez, ya que la experiencia que en él se produce es injustificable. Por ese motivo su valoración no puede ser controlada por otro juzgador, no habiendo parámetros externos que permitan su revisión⁸⁶.

En consecuencia, los juzgadores no están obligados a disponer de una fundamentación en sus sentencias, por lo que el control por tribunales superiores y el resto de la ciudadanía no resulta procedente.

B. Sistema de la sana crítica:

Por su parte, la valoración mediante la sana crítica implica confiar al juez la valoración libre de los instrumentos probatorios pero atendiendo a criterios racionales, debiendo fundamentar su valoración exponiendo las razones tenidas en consideración para estimar o desestimar todas las pruebas⁸⁷.

Esos criterios racionales corresponden a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, los que a su vez constituyen límites legales a su comportamiento, al no poder valorar la prueba de manera contraria a esos planteamientos⁸⁸.

La lógica es la ciencia de los pensamientos enunciativos, es decir, los que afirman o niegan algo de la realidad, indicando la manera correcta, permanente y universal de

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

razonar, planteando las condiciones necesarias para que dicho razonamiento sea válido⁸⁹.

Las máximas de la experiencia apuntan a aprendizajes obtenidos por el juez en base a su propia experticia profesional, formulando juicios generales sobre regularidades empíricas⁹⁰. Mientras que, los conocimientos científicamente afianzados corresponden al saber humano proporcionado por las ciencias, razón por la que ostentan mayor fundamento cognitivo que las máximas de la experiencia aunque sean provisorias, ya que pueden cambiar con el tiempo y el avance de la tecnología e investigación⁹¹.

1.4. La motivación.

A la percepción, interpretación y valoración como etapas de la apreciación de la prueba, MONTERO mediante un planteamiento procesal más actual, agrega una cuarta fase, que concurriría una vez transcurridas las tres anteriores: la motivación. Ella trae consigo la obligación del órgano jurisdiccional de plasmar en su resolución el razonamiento que le permitió arribar a la decisión⁹².

El ejercicio tiene como finalidad comunicar a las partes las razones que fundamentan y justifican la sentencia, teniendo la posibilidad de ejercer la facultad de impugnación en caso de encontrarse en desacuerdo con ella. En ese contexto, a los tribunales superiores corresponde conocer el sustento del fallo para evaluar un posible juicio de corrección⁹³.

Para tal objetivo, el autor concibe a la sana crítica como el sistema de valoración de la prueba que mejor se adecua a un proceso racional que permite al tribunal obtener un convencimiento objetivo y expresar sus fundamentos⁹⁴.

1.5. Estándares de prueba.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid.

⁹² MONTERO LÓPEZ, Raúl. "Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno", Editorial Librotecnia, Chile, 2017. P. 56.

⁹³ MONTERO LÓPEZ, Raúl. Op. Cit. P. 184.

⁹⁴ MONTERO LÓPEZ, Raúl. Op. Cit. P. 66.

Como vimos, el estándar de prueba es un concepto que se tiene en vista dentro de la última etapa de la actividad probatoria: la adopción de la decisión sobre los hechos.

Ahora bien, cuando hablamos de estándares de prueba nos referimos a aquellos criterios objetivos que indican cuando se ha conseguido probar un hecho, vale decir, que permiten definir cuando es justificado aceptar una hipótesis como verdadera⁹⁵.

Así, la definición de dicho estándar implica dos cuestiones básicas: (1) decidir qué grado de probabilidad se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera y, (2) formular criterios objetivos que determinen cuando se alcanza el grado de probabilidad exigido⁹⁶. Por lo tanto, la hipótesis podrá estimarse cierta cuando arribe, de acuerdo a esos criterios objetivos, a un grado de probabilidad que el estándar considere suficiente⁹⁷.

FERRER ha señalado que "la determinación del estándar de prueba es un mecanismo que permite distribuir los errores judiciales en la declaración de hechos probados"⁹⁸. Por consiguiente, el estándar permite definir el grado de error aceptable en las decisiones judiciales.

Así, la construcción de dicho estándar no depende únicamente de cuestiones de racionalidad, sino que de política, puesto que establecer una determinada distribución del error supone elegir con cuanta intensidad son garantizados los derechos o intereses afectados por cada uno de los errores posibles⁹⁹.

En efecto, cuanto más elevado sea el estándar exigible, menor error es tolerable por el sistema. Por ende se debe decidir cual error se prefiere: si aceptar como verdadero lo falso, que supone un estándar menor, o no aceptar como verdadero lo que es verdadero, que implica un nivel de exigencia probatoria mayor¹⁰⁰. Esa decisión

⁹⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos". Cuadernos de Filosofía del Derecho, DOXA, 28, 2005. P. 129.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. Cit. P. 143.

⁹⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Op. Cit. p. 130.

¹⁰⁰ MONTERO LÓPEZ, Raúl. Op. Cit. p. 94.

compete al poder legislativo, teniendo en vista incluso criterios éticos o valorativos, dependiendo de lo que se estime preferente para la comunidad.

Esto justifica la existencia de estándares diferenciados dentro de un sistema procesal, ya que ni el grado de confirmación requerido es igual, ni los errores que puedan cometerse son equiparables, lo que muchas veces depende de los derechos, intereses o garantías que se encuentren involucrados en el conflicto¹⁰¹. De ese modo no es imperativo para el legislador designar un mismo estándar para todo tipo de procesos, tal como se evidencia en nuestra legislación civil en contraste con la penal.

Se han configurado dentro de las diversas legislaciones al menos tres estándares de prueba que tienen mayor o menor aplicación que revisaremos a continuación.

1.5.1. Más allá de toda duda razonable.

Este umbral ha sido considerado como exigente al requerir de un grado de confirmación mayor para que una determinada hipótesis pueda tenerse por probada, por consiguiente “no basta con que el acusador produzca prueba más convincente que el acusado, sino que debe tratarse de prueba que conduzca a la completa convicción, esto es, a un grado de certeza moral acerca de la existencia de los hechos que configuran el delito y la participación del acusado”¹⁰².

En ese contexto, para considerar al imputado culpable del delito, su intervención debe ser probada más allá de una duda razonable, entendiéndose esta última como una duda basada en la razón, que surja de la evidencia o la falta de evidencia y que podría surgir en cualquier hombre o mujer prudente¹⁰³.

1.5.2. Prueba clara y convincente.

Este estándar se concibe en una posición intermedia entre los umbrales más allá de toda duda razonable y la prueba preponderante.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho procesal penal chileno – Tomo I, 2003. P. 81.

¹⁰³ Ibid.

Abarca una mayor exigencia probatoria que aquel que constituye la probabilidad prevalente, por lo que ha sido destinado a ser aplicado en ámbitos donde el riesgo de tomar una decisión errónea tenga consecuencias graves, o los intereses en pugna sean particularmente sensibles, como los procedimientos de deportación o privación de nacionalidad¹⁰⁴.

1.5.3. Prueba preponderante o probabilidad prevalente:

Según TARUFFO, este estándar establece que cuando existan pruebas contradictorias sobre un hecho, el juzgador debe sopesar las probabilidades de las diferentes versiones para hacer una elección por el enunciado que parezca ser más probable de acuerdo a los medios de prueba disponibles; en definitiva, optando por la opción que tiene mayor apoyo de los instrumentos de juicio¹⁰⁵.

No obstante, en el supuesto de que todas las versiones concurrentes tengan un bajo apoyo probatorio, elegir a aquella más probable puede no resultar suficiente para estimar esa hipótesis como verdadera, por ende, debe requerirse no solo que sea más probable que el resto de las opciones, sino también que en sí mismo sea más probable que su negación¹⁰⁶.

Por ese motivo, en el caso de que solo exista una hipótesis sobre el hecho se estimará su probabilidad de ocurrencia en contraste con su correlativa hipótesis negativa, debiendo a lo menos ser "más probable que no"¹⁰⁷.

2. El Derecho Laboral Sustantivo y Procesal.

La regulación laboral emerge en un carril separado a las disposiciones que constituyen el derecho civil. La diferencia se sustenta en razón a diversos factores, pero la principal radica en la divergencia existente entre las características esenciales de una relación laboral en contraste con una relación contractual de carácter civil.

¹⁰⁴ MONTERO LÓPEZ, Raúl. Op. Cit. P. 89.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele. «La prueba» Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., España, 2008. P. 137.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Op. Cit. P. 130.

Una relación de trabajo se ve marcada por la prestación de un servicio, vale decir, una obligación de hacer, a cambio del pago de una suma de dinero constitutiva de una obligación de dar; la primera se ejecuta en régimen de ajenidad, subordinación y dependencia respecto del empleador y la segunda se realiza dentro de las facultades de organización y poder que ostenta el dueño de la empresa, valiéndose de recursos económicos que permiten el funcionamiento del negocio¹⁰⁸.

Paralelamente estimamos que la relación civil concibe un escenario en que ambos contratantes se estiman en igualdad de condiciones para definir y ejercer los acuerdos a los que arriben, el que puede consistir en una prestación de dar, hacer o no hacer de forma unilateral o bilateral.

De tal modo, la lógica que obedece la regulación de la relación laboral se relaciona estrechamente con el carácter asimétrico en que se desenvuelven sus partes, a causa de la desigualdad de poder económico entre el empleador y el trabajador. Razón que vendría a justificar la intervención del Estado como medio protector del contratante débil¹⁰⁹.

Dicha participación plantea desde ya una limitación al principio fundante del derecho civil: la autonomía de la voluntad, y posiciona como principio rector del derecho laboral al principio de protección al trabajador que deja en claro la vocación de tutela y protección sobre este, estableciendo un amparo preferente a fin de obtener una igualdad sustantiva entre las partes¹¹⁰.

Por consiguiente, las diferencias en las bases y objetivos de ambos vínculos jurídicos es lo que determina la regulación específica sobre el trabajo; así el ordenamiento laboral viene a regular tanto la utilización del trabajo ajeno y la obtención de ganancias de él, permitiéndola pero controlándola, como a encauzar los conflictos

¹⁰⁸ LIZAMA PORTAL, Luis; LIZAMA CASTRO, Diego. Manual de Derecho Individual del trabajo. Ediciones DER, Chile. P. 4.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ ARELLANO ORTIZ, Pablo; BENFELD ESCOBAR, Johann. "Reflexiones sobre el principio de protección al trabajador y su influencia en el ámbito sustantivo y procesal del derecho laboral: Otra mirada al caso Kronos". Revista chilena de derecho y tecnología. Vol. 6. Núm. 2, 2017. Pp. 10 y 11.

individuales y sociales que se originan en esa relación, entendiendo que los intereses de los trabajadores son diferentes o incluso opuestos a los del empleador¹¹¹.

2.1. El Derecho Procesal Laboral.

La misma lógica del derecho sustantivo se impregna en la normativa procesal del derecho del trabajo, por lo tanto, resulta natural que el legislador haya dotado al trabajador de múltiples vías de protección y al juez laboral de amplias potestades para definir y ordenar el curso del proceso.

Sin embargo, tal protección solo se habría hecho más evidente con la reforma procesal laboral del año 2008, materializada mediante las leyes N° 20.087 sobre la sustitución del procedimiento laboral en el libro V del CT, 20.260 sobre la modificación al libro V del CT, y 20.287 sobre la adecuación de normas sobre procedimiento laboral contenidas en el libro V del CT, la cual busco fundamentalmente mejorar el acceso a la justicia laboral y promover la eficiencia de esta, visualizando el procedimiento laboral como la instancia propicia para abordar las desigualdades de la relación de trabajo ya señaladas, según expone el mensaje presidencial de la Ley N° 20.087: "el proceso laboral busca materializar en el ámbito jurisdiccional las particularidades propias del derecho del trabajo, en especial su carácter protector y compensador de las posiciones disímiles de los contratantes. De ahí, la necesidad de contar con un sistema procesal diferenciado claramente del sistema procesal civil, cuyos objetivos no son sólo diversos sino en muchas ocasiones antagónicos."¹¹²

En efecto, los procedimientos laborales pasaron a desarrollarse de manera oral, pública y concentrada, valiéndose del desarrollo de dos audiencias: partiendo por la audiencia preparatoria para continuar con la audiencia de juicio. Estructura con la que se garantizó un proceso inspirado en el principio de inmediación, el impulso procesal de oficio y la celeridad.

2.2. Sistema Probatorio en el Derecho Laboral.

¹¹¹ MUJICA, Javier Neves. Introducción al derecho laboral. Fondo Editorial PUCP, 2003, p. 12.

¹¹² Mensaje Presidencial 4-350, de 22 de septiembre de 2003. En Historia de la Ley 20.087 <En Línea>. [Citada: 18 de octubre de 2021]. Disponible en World Wide Web: <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20087/HL20087.pdf>>. p. 12.

Dentro de los cambios que introdujo la reforma se destacan las repercusiones y modificaciones que ella trajo consigo en materia probatoria, las que permitieron dejar atrás un modelo escriturado que negaba el contacto directo entre el juez, las partes y los medios de prueba. En ese entonces, el rol que cumplía el juez se visibilizaba únicamente al momento de dictar sentencia en base a lo dispuesto en el expediente, materializando la idea del juez lector¹¹³.

El proceso imperante traía aparejado altos tiempos de espera en la respuesta jurisdiccional, un excesivo ritualismo en el ofrecimiento, rendición y análisis de la prueba, y una producción de prueba deficiente y de mala calidad, intermediada por funcionarios no letrados, sobre las cuales el juez terminaba pronunciado su sentencia¹¹⁴.

En ese orden de cosas, el nuevo diseño procedimental vino a cambiar radicalmente la comprensión y el funcionamiento de la actividad probatoria, instalando como elemento central el contacto directo, real y temprano -a partir de la audiencia preparatoria- entre el juez y los instrumentos de juicio, a fin de generar una prueba de calidad, pertinente, útil y fiable¹¹⁵.

Como consecuencia de un juez presente e inmediato, es que se permitió al juzgador decretar prueba de oficio cuando lo estime necesario, según prescribe el artículo 429 inciso primero del CT, así como la potestad de inadmitir prueba ofrecida por las partes al estimarla inconducente, impertinente o innecesaria para la resolución del conflicto o la posibilidad de participar en la realización de preguntas tanto en la prueba testimonial como en la confesional, de acuerdo al artículo 454 numeral 3 al 6 del referido Código.

2.3. Sistema de valoración de la prueba en el derecho laboral.

¹¹³ PALOMO VELEZ, DIEGO y MATAMALA SOUPER, PEDRO. PRUEBA, INMEDIACIÓN Y POTESTADES EN EL PROCESO LABORAL: OBSERVACIONES CRÍTICAS Y APELACIÓN AL EQUILIBRIO. RDU CN [online]. 2012, vol.19, n.2 [citado 2021-10-18], pp.237-274. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000200008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-9753. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000200008>.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid.

El artículo 456 del CT establece la forma en que debe ser apreciada la prueba por el tribunal: de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Si bien la norma continúa y establece los parámetros racionales con los que debe guiarse el juzgador para realizar la valoración, se sigue refiriendo a los mismos conceptos clásicos de la sana crítica: principios de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Así también, acude a otros elementos objetivos a la hora de analizar los instrumentos de prueba presentados, tales como tener en consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso.

Ahora bien, una de las características propias del sistema de valoración aludida implica el debido control del razonamiento que sea implementado en la resolución, el que debe basarse imperativamente en criterios racionales. De ese modo, MATURANA reconoce dos mecanismos de control de carácter jurídico en el procedimiento laboral¹¹⁶.

Refiere en primer lugar a la fundamentación de la sentencia, lo que también es abordado por el artículo 456 al señalar que se expresen las razones en cuya virtud se les asigna valor a las pruebas o se les desestima, complementada con el artículo 459 del mismo cuerpo normativo que establece como parte del contenido de la sentencia definitiva el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que lo conduce.

Sobre este punto, se destaca la omisión en la que incurre la normativa al no establecer de forma expresa que el análisis de toda la prueba rendida incluye el de la prueba que se ha desestimado, junto a la razones que se haya tenido para ello. No obstante, como la ley exige el análisis de toda la prueba rendida y el legislador no distingue, el juez también deberá hacerse cargo de dichas razones en su sentencia¹¹⁷.

¹¹⁶ MATURANA MIQUEL, Cristián. "Aspectos probatorios en los procedimientos laborales", Charla dictada en el Auditorium del Colegio de Abogados, 12 de junio 2018, p. 5.

¹¹⁷ MATURANA BAEZA, Javier. Op. Cit. P. 133 y 134.

De no ser de ese modo se transgrede tanto la ley como las bases de la sana crítica, donde se subentiende que debe razonarse en torno a toda la prueba rendida, incluso la desestimada¹¹⁸.

En segundo lugar, se encuentra el control de las resoluciones laborales mediante la aplicación de los recursos procesales. En el caso del proceso laboral se estableció un régimen restringido de impugnación, al quitar el recurso de apelación como mecanismo general e implementar como vía a seguir el recurso de nulidad de derecho estricto.

Tal definición legislativa habría sido estipulada de acuerdo a los principios que marcan el proceso laboral: principio de oralidad, intermediación, concentración, bilateralidad, aportación de prueba por las partes y oficialidad, los que se estiman incompatibles con una segunda instancia, como señaló la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados al expresar que “solo puede reconocerse al juez ante quien se produce, en un acto único e irrepetible, la facultad de establecer los hechos que se dan por probados (...)”¹¹⁹.

En esa línea, el modelo vigente no permite que el tribunal superior valore la prueba rendida en el juicio, pero si le compete revisar que en la instancia se hayan respetado los postulados de la lógica, la experiencia y la ciencia, lo que debe expresarse en la sentencia definitiva junto al razonamiento que lo llevó a resolver en un determinado sentido¹²⁰. De ese modo, se compromete el legislador con el cumplimiento de las bases del sistema de valoración designado.

2.4. Existencia de un estándar probatorio en materia laboral.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2006). Historia de la Ley 20.087. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5683/> (fecha de visita 28 de septiembre de 2021), p. 87.

¹²⁰ CONTRERAS ROJAS, Cristian. EL RECURSO DE NULIDAD LABORAL COMO HERRAMIENTA DE CONTROL DE LAS EXIGENCIAS IMPUESTAS POR LA SANA CRÍTICA A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA ROL 1068-2010 DE LA COTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. *RDUCN* [online]. 2011, vol.18, n.1 [citado 2021-09-28], pp.269-280.

Si bien en el CT se establece expresamente el sistema de valoración a utilizar durante el proceso, no se determina el estándar probatorio aplicable a las proposiciones de las partes.

ARELLANO y BENFELD plantean que la ausencia de un estándar ha sido resuelto intuitivamente por los tribunales laborales, los que aplican un principio sustantivo de la rama a la hora de valorar la prueba: el principio de protección al trabajador. Este último, sería el encargado de modelar el estándar, al encontrarnos en un sistema que deliberadamente opta por un régimen protector de ciertas garantías fundamentales a favor del trabajador¹²¹.

En la misma línea, AGUILAR plantea que dicho principio explica la existencia de un estándar probatorio propio en el procedimiento laboral, distinto a aquel existente en el derecho procesal penal y procesal civil¹²².

Tal umbral se caracterizaría por incrementar las exigencias probatorias para el empleador y disminuirlas para el trabajador, al tener en consideración la relación de desigualdad que existe entre las partes, principalmente en relación a la escrituración del contrato de trabajo, lo que es iniciativa propia del empleador, por lo que el acuerdo no contempla mayor margen de negociación para el trabajador, lo que implica que el control y acceso al eventual medio de prueba -el contrato- en un juicio beneficiaría al empleador¹²³.

Esas razones se estiman por la autora como suficientes para justificar una exigibilidad probatoria mayor para el empleador que el trabajador. Dicha noción ha sido particularmente abordada al referirse al procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el que ha tenido gran aplicación nacional tanto por trabajadores del sector privado como por funcionarios públicos, asunto sobre el que ahondaremos en el siguiente apartado.

¹²¹ ARELLANO ORTIZ, Pablo; BENFELD ESCOBAR, Johann. Op. Cit. P. 19.

¹²² AGUILAR, Alejandra. "Aproximación a una noción conceptual del estándar de prueba en el procedimiento laboral chileno". Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, vol. 1, 2016, P. 23.

¹²³ Ibid.

Por su parte, MATURANA estima que al no existir norma explícita relativa al estándar probatorio aplicable a los procesos laborales, debía resultar concurrente el de prueba preponderante, que constituye la regla general en materia civil¹²⁴.

Dada la inexistencia de un criterio claro sobre el particular, sólo ha sido posible concebir una menor exigencia probatoria a nivel práctico respecto de los trabajadores, pero no así el establecimiento expreso de un estándar probatorio propiamente tal, lo que compete en exclusiva al legislador; en cuyo caso, resulta aplicable lo dicho por MATURANA, al ser plausible el uso del estándar civil de forma supletoria.

2.5. La particularidad de la prueba indiciaria en el procedimiento de tutela laboral.

En el régimen probatorio del derecho procesal laboral existe una particularidad respecto del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el que contempla una regla especial de prueba en el artículo 485 del CT.

El procedimiento fue incorporado por la Ley N° 20.087 con el objeto de proteger debidamente los derechos fundamentales de los trabajadores durante la relación laboral y con ocasión del término de la misma. Dentro de la regulación suscita especial interés el artículo 493 del CT que establece lo que se ha conocido como prueba indiciaria.

La referida norma dispone que: “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.” Sobre el contenido de fondo que alberga la disposición se han desarrollado al menos dos interpretaciones.

La primera, como postura minoritaria, entiende la regla como una modificación a la carga de la prueba, es decir, una alteración al principio que impone la obligación de acreditar la verdad de los hechos a la parte que los enuncia, consagrado en el artículo 1698 del Código Civil.

¹²⁴ MATURANA MIQUEL, Cristian. Op. Cit. P. 4.

Al efecto, se alteraría la carga de la prueba siempre que el juez de la causa constataste que concurre el supuesto que la norma indica, vale decir, que existan indicios suficientes de que se ha producido una vulneración a alguna garantía fundamental del trabajador, trasladándose al empleador la carga probatoria.

No obstante, la doctrina es uniforme al señalar que no existe un inversión de la carga de la prueba¹²⁵, puesto que el empleador no debe acreditar la inexistencia de la violación al derecho fundamental, sino que la norma apunta a una alteración en la carga material de la prueba, esto es, “la distribución del costo del hecho que ha quedado inciertamente determinado por los medios de fijación o de prueba que han operado en la etapa probatoria del procedimiento de tutela”¹²⁶.

De acuerdo con UGARTE esta regla opera cuando el juez, al momento de dictar la sentencia, debe resolver quien soporta el costo del hecho que no ha quedado acreditado, pero de cuya ocurrencia se guarda razonable duda, al concurrir indicios sobre la misma. Así, no será aplicable la regla en la medida que (i) el trabajador acredite el hecho lesivo aportando prueba directa o, (ii) el empleador logre acreditar lo justificado y proporcionado de su conducta¹²⁷.

En rigor, la disposición no implica que el denunciante se encuentre exento de probar sus afirmaciones, de todos modos debe acreditar los supuestos en los que basa sus pretensiones, pero bastaría que pruebe indicios suficientes de la conducta lesiva para que pueda hacer uso de la norma. Pero, ¿qué se entiende por indicios suficientes?

Al respecto, se ha señalado que los indicios se traducen en hechos que deben generar en el juzgador al menos la sospecha fundada de que ha existido una lesión de derechos fundamentales; por consiguiente, el trabajador no debe aportar instrumentos que prueben directamente el hecho, sino que solo circunstancias que generen en el juez la sospecha razonable de que la vulneración se ha producido, cumplido ese objetivo el indicio sería estimado como suficiente.¹²⁸

¹²⁵ WALTER DÍAZ, Rodolfo; LANATA FUENZALIDA, Gabriela. Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno. Editorial LexisNexis, Santiago, 2007, p. 171.

¹²⁶ UGARTE CATALDO, José Luis. Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII, 2009, p. 220.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

Así, con los indicios suficientes aportados, el empleador deberá explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, a fin de determinar si efectivamente se produce una conducta lesiva o dicha conducta responde a motivos razonables y susceptibles de ser aplicados a la generalidad de los trabajadores.

A diferencia de tal concepción, GAMONAL define la prueba indiciaria como “un estándar probatorio que exige una prueba mínima de la vulneración de un derecho fundamental del trabajador subordinado para que sea el empleador quien deba justificar la licitud de su actuación”¹²⁹. A este respecto, el autor concluye que la valoración del indicio debe ser más exigente que la hipótesis que lo da por no probado, haciendo una homologación al estándar de prueba preponderante aplicable en el ámbito civil.

Agrega que, de ser plausible el indicio probado, el juez debiera estimarlo probado. Esa plausibilidad sería determinada teniendo en vista el número de indicios, la concordancia y la coherencia de los mismos¹³⁰.

Por consiguiente, si bien no existe unanimidad sobre el concepto que permite definir indicio, su trasfondo apunta a lo mismo: una menor exigencia probatoria a la hora de acreditar la conducta lesiva, lo que no exime al trabajador de su carga procesal relativa a probar sus afirmaciones, sino que bastaría con incorporar instrumentos de juicio que permitan presumir razonablemente su ocurrencia por parte del juzgador, quién debe evaluarlos con el apoyo de criterios como la cantidad, concordancia y coherencia entre los indicios señalados.

3. Sistema probatorio en el Derecho Penal.

Con la reforma procesal penal se plantearon modificaciones en las bases y principios esenciales del sistema, pasando desde un proceso inquisitivo, escrito y formalista a uno acusatorio, oral, público e inmediato.

¹²⁹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “El procedimiento de tutela de derechos laborales” Editorial LegalPublishing, 2º Ed., Santiago, 2008, pp. 27 – 32.

¹³⁰ Ibid.

El cambio en sus características esenciales también implicó diferencias en la actividad probatoria del proceso, donde se incorporaron normas que regulan expresa y directamente los parámetros del proceso valorativo por parte del juez.

3.1. Sistema de valoración de la prueba en el Derecho Penal.

Al igual que en materia laboral, en el artículo 297 del Código de Proceso Penal se establece el sistema de valoración de la prueba aplicable en la materia: la sana crítica, aunque no se expresa en esos términos exactos.

Así, se establece un sistema racional y libre de valoración pero sometido a dos límites: el análisis de toda la prueba rendida por parte del sentenciador y la debida fundamentación de su razonamiento, a fin de justificar la decisión a la que arribe¹³¹.

3.2. Estándar probatorio aplicable en materia penal.

En el artículo 340 del CPC se establece que respecto al hecho delictivo discutido en el proceso el tribunal deberá adquirir la convicción *más allá de toda duda razonable* para hacer aplicable una sentencia de carácter condenatorio.

En otras palabras, no basta con la presencia de prueba más convincente que su hipótesis negativa como postula el estándar de prueba preponderante, sino que requiere de la presentación de instrumentos de juicio que conduzcan al juez a un alto grado de certeza sobre la existencia de los hechos que configuran el delito y la participación del acusado.

Ahora, la aplicación de ese umbral en particular responde en su máximo esplendor a criterios políticos y/o éticos, como manifiesta MONTERO: "en materia penal puede apreciarse especialmente que se trata de una elección fundamentalmente de naturaleza ética, incluso antes que jurídica, que hace preferible que muchos culpables sean absueltos a que un inocente resulte condenado"¹³².

¹³¹ MONTERO LÓPEZ, Raúl. Op. Cit. P. 102.

¹³² MONTERO LÓPEZ, Raúl. Op. Cit. P. 83.

Por último, cabe destacar que el establecimiento del umbral en la ley constituye una ventaja en relación a lo sucedido en el derecho laboral, donde la inexistencia de una norma de tal calibre ha provocado poca claridad en el desarrollo del sistema.

La disposición del estándar no deja lugar a dudas tanto a la estructuración de la práctica judicial sobre la valoración de la prueba en la verificación de los delitos, como respecto a la intención que pretendía el legislador: el umbral resulta más exigente porque se prefiere evitar dentro de lo posible el margen de error, aunque ello implique absoluciones falsas; puesto que una sentencia condenatoria constituye una privación al derecho a la libre circulación del imputado, al privarlo de libertad por un determinado margen de tiempo.

CAPÍTULO III: Reconstrucción probatoria del acoso sexual laboral.

1. La particularidad de la prueba en el acoso sexual laboral.

Delimitado tanto el concepto de acoso sexual laboral y sus respectivos requisitos de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional e internacional, como explicados algunos conceptos procesales básicos en estrecha relación con la actividad probatoria, cabe abordar el punto central y problemático de la figura: la prueba del acoso sexual en el trabajo.

Su estudio resulta interesante desde el punto de vista probatorio, en razón de cuatro circunstancias concurrentes en el mismo fenómeno:

- (a) El carácter sexual que implica la conducta trae consigo las dificultades propias de los delitos sexuales que integran el derecho penal, donde la víctima se ve sujeta a probar un hecho del que muy pocas veces existe prueba documental y/o testimonial que pueda corroborarlo, puesto que generalmente son actos cometidos en espacios privados, donde se pueda consolidar un encuentro exclusivo entre la víctima y el agresor.
- (b) Sin perjuicio de tal dificultad, se trata de un ilícito laboral que no supone la aplicación de una sanción corporal para el sujeto agresor, y ello es lo que lo diferencia de cualquier otro delito sexual tipificado en el Código Penal, por lo que su estudio no puede ser abordado en un símil a lo sucedido con ese tipo de delitos.
- (c) Asimismo, a la dificultad previamente señalada en razón de su carácter sexual, se le agregan problemáticas propias de la prueba en conflictos laborales, donde los testigos que corresponden a trabajadores que se encuentran ejerciendo sus labores al interior de la empresa generalmente no están dispuestos a declarar en contra de su empleador, mientras que, cuando ya no trabajan en el recinto, su testimonio podría no tener mayor peso probatorio por estimarlo parcial en el caso de concurrir conflictos personales anteriores con la empresa o, por no encontrarse en ella a la época en que se verificaron los hechos.

- (d) El derecho laboral si bien estipula un sistema de valoración de la prueba aplicable a sus procedimientos, no delimita estándar probatorio alguno, lo que obstaculiza especialmente la revisión de conductas como el acoso sexual dentro del espacio laboral, que involucra bienes jurídicos más delicados y relevantes para la persona de la víctima que la generalidad de los asuntos que la rama analiza; por lo tanto, al producir una afectación eventual de mayor calibre, la inexistencia de una disposición que dirija su análisis puede implicar un impedimento en el acceso a la justicia de quienes lo padecen o el otorgamiento de respuestas disímiles y poco uniformes al interior de la jurisprudencia.

Estos cuatro considerandos vistos en su conjunto reflejan una serie de inconvenientes a sortear en el análisis probatorio del acoso sexual laboral y que han de ser debidamente comprendidos por el juzgador a la hora de realizar la valoración de la prueba en estos casos, especialmente en razón del primer factor: su tendencia a ser relacionado con la tipificación de delitos sexuales en el derecho penal.

Diferenciar la sanción que implica el acoso sexual laboral de las sanciones penales otorgadas a delitos de esa índole es factible precisamente mediante las características y/o garantías que el propio ordenamiento jurídico dispone para cada una. Por ello, homologar deliberadamente dichas particularidades distorsiona las lógicas de cada una y frustra los objetivos que pretenden satisfacer dentro del ordenamiento jurídico, resultando especialmente perjudicada la figura del acoso sexual dentro de los espacios de trabajo.

Asimismo, tal instrumentalización del derecho penal en el análisis probatorio del acoso olvida las singularidades probatorias que trae consigo el derecho del trabajo, las que pueden incluso sumar dificultades -como las ya mencionadas- a la comprobación de la conducta, especialmente la inexistencia de un estándar probatorio expreso en la regulación del trabajo que pueda dar lineamientos claros a la práctica judicial.

Por consiguiente, cada uno de los puntos identificados previamente será analizado en los siguientes apartados para proceder a la configuración de un estándar probatorio específico y razonable a la figura, que tenga en vista la concurrencia de dichos

factores, implemente la perspectiva de género y a su vez se haga cargo de los inconvenientes que pueda generar su estipulación en relación a la contraparte.

2. La relación entre la prueba del acoso sexual laboral y los delitos sexuales.

Los delitos sexuales en la legislación chilena son el delito de violación, estupro, abuso sexual y el delito de corrupción de menores, los que se definen y distinguen del resto en relación a los bienes jurídicos que protegen, que comprenden tanto a la libertad sexual como a la indemnidad sexual.

Mientras la libertad de autodeterminación sexual se entiende como una expresión de la libertad humana en el ejercicio de las facultades de índole sexual, lo que otorga la posibilidad de consentir o rechazar la realización de actos de significación sexual; la indemnidad o intangibilidad sexual refiere tanto a una facultad humana inviolable como al derecho de cada persona al normal desarrollo y configuración de su sexualidad¹³³.

En razón de la transgresión a la integridad sexual que sufre la víctima es que estos delitos adquieren tal denominación, y a partir de esa premisa cada uno de ellos implementa una descripción y requisitos individuales que deben concurrir para encuadrar la hipótesis fáctica al tipo penal.

Luego, es precisamente la vulneración a la libertad sexual el elemento común que presenta el acoso sexual laboral con este tipo de delitos, entendiendo que si bien sus manifestaciones pueden ser de diversa índole, gozar de menor o mayor gravedad e incluir comportamientos de carácter sexual más sutiles, apuntan a proteger lo mismo, con la precisión de que el acoso sexual delimita la concurrencia de la conducta a un espacio o contexto específico en el que se encuentra la víctima, vale decir, dentro del lugar de la empresa y sus extensiones (viajes de trabajo, en el transporte proveído por el empleador, celebraciones, entre otras)¹³⁴.

¹³³ GARRIDO MONT, Mario. Derecho Penal Parte Especial, Tomo III, 4º Ed., 2010. Pp. 264 – 266.

¹³⁴ EASTEAL, Patricia; SAUNDERS, Skye. "Interpreting Vicarious Liability with a Broad Brush in Sexual Harassment Cases". *Alternative Law Journal*, no 33, 2018. Pp. 75-79.

No obstante, como ya vimos, el acoso sexual laboral aun teniendo una definición legislativa se caracteriza por ser una noción vaga, pudiendo englobar una multiplicidad de conductas que podrían afectar esta esfera de intimidad y determinación sexual y que se van analizando caso a caso; por lo tanto, la exigencia de claridad y precisión en la definición de la conducta prohibida no tiene tanto peso como el que tienen los delitos sexuales en el ámbito penal, en virtud del mandato constitucional de determinación previa, derivada del principio de legalidad¹³⁵.

Así, el establecimiento de parámetros fijos y estrictos resulta contraproducente a la hora de regular el acoso sexual, razón por la cual la ley lo abordó de forma general e inespecífica, permitiendo enmarcar en la premisa diversos comportamientos que afecten no tan solo la libertad sexual de la víctima y un sinfín de garantías constitucionales eventualmente vulneradas, sino que también la protección de ambientes laborales sanos, dignos y respetuosos para el desarrollo de sus trabajadoras.

De tal modo, si bien son evidentes las disimilitudes entre ambas figuras, ello no obsta a que su contenido de fondo constituya un vínculo de conexión potente entre sí; resultando el acoso sexual laboral incluso calificado como un ilícito específico del Derecho del Trabajo, pudiendo comprenderse como una forma de expresión del poder punitivo estatal que es característico del área penal.

Ese nexo, relativo al componente sexual, ha involucrado consecuencias problemáticas en cuanto a su prueba, donde si bien es posible encontrar similitudes, también se evidencian notables diferencias inherentes al área del derecho en que se desenvuelve: por lo tanto, cabe preguntarse ¿es aplicable al análisis del acoso sexual laboral criterios probatorios que son propios del Derecho Penal? ¿tal homologación podría sumar una dificultad probatoria a la sanción de la conducta?.

3. Eventuales similitudes entre la prueba de los delitos sexuales y el acoso sexual laboral.

¹³⁵ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Acoso Sexual y Derecho Penal. Revista de Derecho y Humanidades N° 5, 1997. P. 9.

Todo acto relacionado con la sexualidad de las personas generalmente se desarrolla dentro de la esfera de intimidad de las mismas, presentándose en su mayoría en espacios de exclusiva privacidad.

Dicha lógica, sumado al objetivo del agresor por no ser descubierto en la concreción del acto o en la búsqueda de su cometido, genera como consecuencia que tanto los delitos sexuales como el acoso dentro del trabajo se verifiquen usualmente en un marco privado o de clandestinidad y en ausencia de testigos. En ese presupuesto es donde se ha entendido que concurren las mayores coincidencias en ambas disciplinas, entre ellas la importancia que revestirá el testimonio de la víctima, las pericias psicológicas y los estereotipos de género inmersos en el razonamiento judicial.

Si bien en principio tales semejanzas se verifican, en el fondo las características procesales y sustantivas particulares de cada rama -penal y laboral- incluyen circunstancias que no se pueden obviar, lo que será analizado a continuación.

3.1. Testimonio único de la víctima.

Debido a la usual ocurrencia de este tipo de conductas en privado y la baja probabilidad de que exista prueba documental y/o testimonial que pueda corroborar lo dicho por la víctima, es que su declaración detenta especial relevancia, tanto en el proceso penal como en el laboral, al reducirse los medios probatorios precisamente a los testimonios que otorguen la víctima y el presunto agresor¹³⁶.

Lo controversial de contar únicamente con el testimonio de la víctima viene a presentarse particularmente en la valoración de la prueba. Así, la doctrina solía afirmar que el testimonio de una sola persona resultaba insuficiente para condenar a alguien como autor de un hecho delictivo, aprehensión que devenía del sistema de prueba legal o tasada existente históricamente y que no estuvo ausente en la libre valoración de la prueba; mecanismo que si bien posiciona la obtención de convicción del juez mediante un proceso racional como foco central de su funcionamiento, no se

¹³⁶ RUBIO RODRÍGUEZ, Laura. El acoso sexual laboral: la dificultad de su prueba. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2017. P. 33.

olvida de reglas funcionales de la prueba legal en orden a prevenir el error y el abuso, una de ellas eran sus apreciaciones sobre el testimonio único¹³⁷.

A finales de los años 80, el Tribunal Supremo de España desarrolló tres criterios jurídicos para valorar la credibilidad de las víctimas por parte del juzgador: (a) su credibilidad subjetiva, la que constata aspectos que pudieran debilitar su testimonio como traer consigo motivos de odio o interés de cualquier índole; (b) la verosimilitud del testimonio, donde resulta fundamental la coherencia interna del relato y la existencia de datos objetivos corroboradores y; (c) la persistencia en la incriminación, que examina la ausencia de modificaciones sustanciales, ambigüedades y contradicciones en las sucesivas declaraciones de la víctima¹³⁸.

Sobre la posibilidad de que el testimonio único de la afectada base para condenar al agresor, RAMÍREZ descarta su suficiencia. Desde su perspectiva, la declaración solo sería apta a tal efecto si alguno de los datos probatorios que otorga se encuentra respaldado en otras fuentes de prueba, las que también son sometidas a examen por el juzgador. Por lo tanto, el elemento central correspondería a la presencia de elementos externos de corroboración, restando importancia a aspectos personales del testigo ajenos a la información que proporciona, tales como apariencia física, gestualidad o nerviosismo, los que no son controlables¹³⁹.

Al tratarse el testimonio único de una circunstancia que concurre generalmente en casos de violencia de género, cuyas expresiones incluyen a los delitos sexuales y el acoso sexual laboral, resulta a lo menos un punto de análisis la aplicación de la perspectiva de género en la valoración probatoria de la declaración de la víctima.

El género constituye un determinante de la identidad desde el momento en que las personas nacen, asignando un lugar, un valor y una expectativa de comportamiento social dividido entre lo femenino y masculino. Así del hombre se espera dominación y permiso, mientras la mujer responde a una lógica de sumisión y restricción, razón

¹³⁷ RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, Madrid, Nº 1, 2020. P. 205.

¹³⁸ Ibid. P. 211.

¹³⁹ Ibid. P. 219.

por la cual el acoso sexual sería una facultad masculina y el silencio la única respuesta femenina¹⁴⁰.

En esa línea, la perspectiva de género funciona como “un método o herramienta de análisis destinado al estudio de las construcciones culturales y las relaciones sociales que se tejen entre hombres y mujeres, identificando en su trasfondo, aquellas formas de interacción que marcan pautas de desigualdad y discriminación entre los géneros”¹⁴¹. Ella permite ver y entender la situación de desventaja en que se encuentran las mujeres, poniendo el foco en situaciones de discriminación, desigualdad y violencia a las que se ven expuestas diariamente.

Teniendo a la vista dicho mecanismo, RAMÍREZ estima que los aportes de la perspectiva de género no sirven para incrementar el peso probatorio del testimonio único no corroborado, debiendo volcarse todos los esfuerzos estatales en el desarrollo de investigaciones diligentes y efectivas para esclarecer los hechos, más que la flexibilización de estándares probatorios. En esa línea, indica que la presunción de inocencia como estándar es un derecho absoluto, no pudiendo ponderarse con otros intereses en conflicto, pues ello supondría la destrucción del derecho y el sistema procesal penal como lo conocemos¹⁴².

En la misma línea, FUENTES afirma que la perspectiva de género no puede colmar situaciones de insuficiencia probatoria, pero sí puede contribuir a evitarlas, como el caso del testimonio único no corroborado. Entonces para que la declaración de la víctima alcance credibilidad, la corroboración debe exigirse respecto de aquellos datos periféricos al hecho delictivo que imputa, no así del hecho principal, porque ello supone exigir otras fuentes de prueba del delito, imposibilitando de inmediato que el testimonio de la víctima pueda alcanzar valor probatorio¹⁴³.

¹⁴⁰ Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. Secretaría de género, Poder Judicial. P. 60.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. Op. Cit. P. 244

¹⁴³ FUENTES SORIANO, Olga. “La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? De algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz”. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio. Vol. 1. 2020. Pp. 282.

Por su parte, GAMA sostiene que la perspectiva de género ostenta un potencial más amplio y comprende a la prueba en general, sus normas, prácticas, instituciones y presupuestos. Todo ello en un marco donde las construcciones de género se encuentran presentes siempre y pueden llegar a afectar la percepción e interpretación de los hechos, no siendo actividades pasivas y desvinculadas de los sujetos, en este caso, de los juzgadores¹⁴⁴.

En particular sobre la insuficiencia del testimonio único, el autor pone énfasis en la gran desconfianza que se tiene sobre la declaración de la víctima, no siendo necesario establecer la corroboración de ella como auténtica exigencia a pretexto de la presunción de inocencia y la valoración racional de la prueba. En ese marco, la perspectiva de género plantea la necesidad de revisar la asignación del riesgo de error, incluyendo al análisis no tan solo al acusado sino que también a las víctimas y las dificultades probatorias a las que se enfrentan, especialmente en el caso de delitos sexuales¹⁴⁵.

Asimismo, apunta que el nivel de credibilidad de la víctima no puede verse afectado por la existencia de inconsistencias o modificaciones, sino que su plausibilidad estará en buena medida determinado por la forma en que se interpreten los hechos y los criterios que sean empleados para esa labor. En suma, señala que adoptar como exigencia la corroboración del testimonio de la víctima por datos externos puede traducirse en un detrimento a las víctimas y una forma de reforzar el escepticismo a su credibilidad, motivando la impunidad de delitos como los sexuales¹⁴⁶.

Frente a las posiciones relatadas, estimamos más apropiada la postura consignada por GAMA, quien incorporando la perspectiva de género no tan solo al momento de la valoración del testimonio único sino que a todo el proceso probatorio del caso permite dar por entendido un sesgo de género que merma las distintas fases del proceso desarrolladas por el sujeto juzgador, el que difícilmente desprende su propia concepción de mundo de las soluciones que proponga en el caso concreto, cuestión

¹⁴⁴ GAMA, Raymundo. "Prueba y perspectiva de género". Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio. Vol. 1. 2020. Pp. 289 – 291.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid.

que requeriría la disociación del ser de sus propios valores sociales, culturales y patriarcales pre adquiridos y constantemente reforzados.

La importancia del uso de la perspectiva de género en la valoración del testimonio único ha sido fruto de análisis principalmente respecto de los delitos sexuales, pero no así en otras categorías de ilícitos que también revisten la capacidad de vulnerar la libertad sexual de sus víctimas y hacen propias las mismas dificultades probatorias, dentro de ellas el acoso sexual laboral que en muchos casos puede contar con no más sustento que la declaración de la afectada.

Si bien, del análisis anterior queda en evidencia una diferencia crucial entre ambas disciplinas y es que, en el caso penal, el testimonio de la víctima debe ser suficiente para poder desvirtuar la presunción de inocencia como garantía constitucional del imputado -lo que estrictamente no concurre en sede laboral-, ello no obsta a que la víctima de acoso sexual, como otra de las tantas manifestaciones de violencia de género, no deba acreditar al menos indicios de la conducta desplegada para obtener una sentencia a su favor.

Que de igual modo exija una actividad probatoria en orden a establecer la concurrencia de la conducta o su lesión, presentando los mismos obstáculos y sesgos judiciales de los delitos sexuales, hace imperativo evaluar la aplicación de la perspectiva de género en su análisis, a fin de proporcionar bases para una igualdad sustantiva entre la víctima y el agresor.

Al efecto, consta escasa jurisprudencia laboral que realice el análisis del acoso sexual desde la perspectiva de género¹⁴⁷, aun cuando se ha reconocido la discriminación sufrida por las mujeres como víctimas de acoso en su lugar de trabajo. Así lo evidencia el 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en virtud de comentarios y gestos alusivos a características corporales de la demandante: "si bien en la interpretación del demandante carecen de mala intención, tienen un indudable cariz vulneratorio, al constituir una manifestación vejatoria que concreta una subordinación inaceptable de

¹⁴⁷ Véase: Causa Rol N° 279 – 2020 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta; Causa RIT N° I-2-2020 del 2º Juzgado de Letras de Coronel; Causa RIT N° T-37-2018 del 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

la mujer respecto del hombre, al ser fundada en estereotipos, que manifiestan que lo femenino se reduce y se puede categorizar desde la perspectiva del objeto sexual, lo que constituye una forma de violencia y discriminación (...) ¹⁴⁸”.

Mientras que, sobre la relevancia de la declaración de la víctima para la acreditación judicial del acoso sexual, la jurisprudencia es contradictoria, existiendo fallos que la consideran suficiente ¹⁴⁹, como otros que exigen medios de prueba adicionales que lo ratifiquen ¹⁵⁰.

Sobre su suficiencia, UGARTE sostiene que podría afirmarse el sustento probatorio únicamente en la declaración de la víctima, pero solo en aquellas situaciones especialmente justificadas, en términos de coherencia, consistencia y credibilidad del relato respectivo; cuestión que sería admisible en el sistema de sana crítica siempre que se base en principios de lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados ¹⁵¹.

Más allá de las vicisitudes que registren los tribunales, el derecho del trabajo crea procedimientos en función de la asimetría que implica la relación laboral entre el empleador y el trabajador, otorgando herramientas que amparan preferentemente al segundo; pero no contempla el aumento de dicha desigualdad cuando además ese trabajador es mujer, posicionándose como sujeto doblemente violentado: por su calidad de asalariada en régimen de ajenidad y por su definición de mujer dentro de una sociedad androcéntrica.

En ese orden de cosas, queda asentada la semejanza relativa a la presencia del testimonio único de la víctima y sus complejidades dentro de la actividad probatoria de casos como los delitos sexuales y el acoso sexual laboral.

3.2. Pericias psicológicas de fiabilidad del testimonio.

¹⁴⁸ Causa RIT N° O-3076-2019 del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, fallo de fecha 11 de marzo de 2020.

¹⁴⁹ Véase: Causa RIT N° T-8-2019 del Juzgado de Letras del Trabajo de Calama.

¹⁵⁰ Véase: Causa RIT N° T-4-2017 del Juzgado de Letras y Garantía de Los Vilos; Causa RIT N° T-914-2019 del 2° Juzgado de Letras del Trabajo en Santiago.

¹⁵¹ UGARTE CATALDO, José Luis. Op. Cit. P. 44.

La prueba pericial psicológica se incluye dentro de las denominadas pruebas científicas, al aportar los conocimientos provenientes de la ciencia psicológica al ejercicio de la función jurisdiccional¹⁵². Su rol puntual en el caso del testimonio de la víctima será resolver si la declaración es producto de un hecho experimentado por ella o es producto de la fantasía y/o sugestión de la misma¹⁵³.

La existencia de criterios jurídicos para valorar la credibilidad de la víctima por parte del juez, no quita relevancia a la labor que cumplen los conocimientos científicos en materia de psicología del testimonio, cuyas teorías e investigaciones muestran que la intuición de los juzgadores no es suficiente para valorar la credibilidad de las declaraciones, arrojando tasas de error cercanas al 50% cuando se trata de distinguir entre relatos reales y falsos¹⁵⁴.

En tal caso, la pericia sigue configurándose como un medio de prueba útil tanto en el análisis de los delitos sexuales como respecto del acoso sexual en sede laboral, precisamente por la posibilidad de que no surjan más antecedentes probatorios que aquellos otorgados por la declaración de la víctima, por lo que determinar el nivel de credibilidad de su relato podría ser un instrumento que otorgue mayor o menor convencimiento al juez sobre la plausibilidad de su tesis.

Así, la existencia de un análisis favorable a lo sostenido puede llegar a ser un aspecto a considerar en la decisión de una sentencia u otra, precisamente por la sobrevaloración de la prueba científica en contraste con la prueba testimonial, lo que puede devenir de la desconfianza a la oralidad del testimonio¹⁵⁵ y/o su consideración de subjetivo.

Esa sobrevaloración podría radicar en la posibilidad que tiene la prueba pericial de escapar con mayor facilidad de la valoración judicial, al tratarse los conocimientos del perito de aquellos que no son de conocimiento general o escapan de lo netamente jurídico, lo que no permite al sentenciador la realización de juicios intuitivos, como sí

¹⁵² MANZANERO, Antonio L.; MUÑOZ, José Manuel. La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: reflexiones psico-legales. SEPIN, Madrid, 2011. P. 2.

¹⁵³ GAMA, Raymundo. Op. Cit. P. 241.

¹⁵⁴ MANZANERO, Antonio L.; MUÑOZ, José Manuel. Op. Cit. P. 4.

¹⁵⁵ GASCÓN, Marina. Prueba científica: un mapa de retos. 2013. P. 2.

ocurre con el resto de los medios de prueba¹⁵⁶. En ese sentido, se confía en la neutralidad e imparcialidad de estos al realizar las pericias pertinentes, ya que el juez es incompetente para analizar prueba fuera de su conocimiento, por lo que simplemente acepta que si el perito es confiable, la información y conclusiones probatorias que proporcione también han de serlo.

No obstante, en la actualidad no existen instrumentos psicológicos que permitan al perito valorar la credibilidad del testimonio de los adultos de manera indubitada, por eso la información que se obtenga debe considerarse como un instrumento de apoyo y nunca como una herramienta única para basar una decisión judicial¹⁵⁷.

Más allá de su limitación inherente, RAMÍREZ advierte los márgenes de error que implica la pericia psicológica y sostiene que ella no elimina la necesidad de corroborar el testimonio de la víctima. Así, si el perito solo evalúa el contenido de la declaración, su aporte resulta irrelevante al seguir estando en una hipótesis de testigo único, mientras que, si analiza datos provenientes de fuentes probatorias externas excede su cometido y pasa a enjuiciar el caso, por lo que la pericia no sería el elemento corroborador del testimonio, sino que los elementos externos que el profesional consideró¹⁵⁸.

Sobre lo mismo, GAMA señala que la prueba pericial psicológica sobre credibilidad también debe ser sometida a juicio crítico, al igual que todas las pruebas en general, pudiendo obtenerse de ella elementos que apoyen la credibilidad de la víctima sin suponer que son determinantes o infalibles¹⁵⁹.

De conformidad a esta última postura, el peritaje psicológico se posiciona como un instrumento que vale la pena tener en vista, más allá de la confianza que se otorgue al perito o su capacidad de calificar como elemento corroborador externo; de él se pueden potencialmente desprender elementos científicos relevantes para el análisis

¹⁵⁶ NIEVA, Jordi. La valoración de la prueba. Proceso y Derecho. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2010. P. 285.

¹⁵⁷ ASENSI PÉREZ, Laura Fátima. "La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género", Universidad de Alicante, Doctrina Práctica, Instituto Pacífico, N° 26, 2016. P. 213.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ GAMA, Raymundo. Op. Cit. P. 297.

del caso y la credibilidad que obtenga el testimonio de la víctima, aun cuando no pueda sustentarse la sentencia en su único razonamiento.

Como ya es conocido, la pericia psicológica sobre credibilidad es usualmente utilizada en el área penal y, pese a que en sede laboral sus efectos podrían contribuir a determinar la existencia del ilícito sexual, es más habitual la incorporación de informes psicológicos o psiquiátricos relativos al estado mental de la afectada que un peritaje sobre su declaración; a fin de acreditar la existencia de un daño en su persona como consecuencia de la conducta de acoso sexual, cuestión que tiene especial relevancia en los procedimientos de tutela laboral.

Esto no implica que se prescinda del análisis de fondo relativo a la existencia del acoso, puesto que su verificación es relevante para establecer un nexo causal del daño como consecuencia de dicha conducta vulneratoria; más bien supone enfocar el uso de conocimientos técnicos para comprobar el padecimiento en la integridad psíquica de la acosada en lugar de verificar lo creíble o no que resulte su declaración en juicio.

Dicho fenómeno podría explicarse por el fin propio de vías procedimentales como la tutela, donde el objeto último es verificar una vulneración a los derechos fundamentales, la que puede concurrir aun cuando el acoso sexual laboral no se logre probar, por ejemplo, podría ser un causante de daño los vicios que se presenten en el procedimiento de denuncia al interior de la empresa sin que se verifique la existencia de acoso, configurando una chance de sanción alternativa ante la dificultad que refleja probar una conducta de carácter sexual.

Sin embargo, es fundamental que los juicios laborales permitan incentivar la creación de medidas preventivas en la empresa donde se verifica la figura, para lo cual es necesario que esos casos se analicen y se sancionen particularmente como acoso sexual. Si bien, lo principal siempre será la satisfacción de los intereses de la víctima, los que en caso de ser monetarios pueden ser resarcidos mediante imputaciones alternativas que no necesariamente acrediten el acoso; la sanción de la conducta también viene a cumplir un rol social al interior de la empresa, a fin de capacitar,

prevenir y eventualmente erradicar la existencia de espacios inseguros para las mujeres trabajadoras¹⁶⁰.

Por tal razón, es relevante que se accione por la vía específica y se incentive un mayor uso de herramientas como el peritaje psicológico en el testimonio de la víctima a fin de derribar obstáculos tanto en la interposición de denuncias y demandas por acoso sexual, como en su efectiva sanción.

En conclusión, nuevamente abarcamos una dificultad compartida entre ambas disciplinas y que, dado el escaso desarrollo de estudios de género en el área laboral en contraste con la penal, no ha podido desplegar un mayor potencial dentro del espacio de trabajo femenino.

3.3. Estereotipos de género en el razonamiento judicial.

Los estereotipos se traducen en características, actitudes y roles que la sociedad atribuye a las personas o colectivos, y que son aceptados naturalmente en la cultura, los medios de comunicación, las normas, las relaciones familiares y demás espacios de interacción social¹⁶¹. Se trata de relatos que se repiten desde siempre pero que no transmiten una realidad objetiva, sino que inherentemente contienen un sesgo androcéntrico, inequitativo y dicotomizado¹⁶².

Estos estereotipos afloran en muchos de los casos que tramitan los órganos jurisdiccionales, no solo porque están inmersos en los hechos en análisis o se suman al transcurrir procesal, sino también porque a veces están contenidos en las normas que resuelven el caso y/o en la visión de las personas que resuelven dichos conflictos¹⁶³.

De tal modo, es usual que los jueces analicen casos concretos bajo sesgos de género, al formarse no tan solo como funcionarios judiciales sino también como ciudadanos

¹⁶⁰ PLANET, Lucía. Op. Cit. P. 115.

¹⁶¹ Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. Secretaría de género, Poder Judicial. P. 51.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid. P. 54.

dentro de un determinado contexto social y cultural que los incluye. En ese marco es donde la perspectiva de género vuelve a jugar un rol importante, buscando que quien imparte justicia analice e identifique a las partes del conflicto, las diferencias entre los sujetos procesales, los estereotipos y la desigualdad implícita en el caso¹⁶⁴; se trata de hacer presente la existencia del estereotipo “para evitar que determine, injustificadamente, reconstrucciones históricas erróneas y reproductoras de la desigualdad”¹⁶⁵.

La presencia de estereotipos se hace más evidente en el razonamiento judicial de casos que implican violencia de género, donde no tan solo aportan culturalmente a la perpetuación de dichas conductas vulneratorias, sino que también interfieren en la investigación y sanción de estas, reproduciendo en una suerte de círculo vicioso las asimetrías impuestas entre hombres y mujeres.

Los delitos sexuales y el acoso sexual laboral, al tratarse de acciones que afectan en su mayoría a mujeres, constituyen demostraciones de violencia de género cuya permanencia en el tiempo continúa consolidando una estructura de poder masculina que dispone libremente del cuerpo femenino y su voluntad, en la forma y en el tiempo que quiera; sistema que se sustenta en la existencia de estereotipos sexuales que “dotan a los hombres y a las mujeres de características o cualidades sexuales específicas que juegan un papel en la atracción y el deseo sexual, la iniciación sexual y las relaciones sexuales”¹⁶⁶.

Cuando se estereotipa a las mujeres como propiedad sexual de los hombres se privilegia la sexualidad masculina y se permite la explotación sexual de las mujeres a través de los ataques y la violencia, tales como la violación o el abuso sexual¹⁶⁷. Por consiguiente, dichos prejuicios albergan una lógica que permite a los hombres cometer estas conductas como si fuera un comportamiento natural, aun cuando prescinde de los deseos femeninos.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. Op. Cit. P. 230.

¹⁶⁶ COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*. Bogotá: Profamilia, 2010, p. 31.

¹⁶⁷ Ibid.

Luego, los mismos estereotipos que motivan la ocurrencia del acoso y los delitos sexuales permean las instituciones encargadas de investigarlos y juzgarlos, por lo que al ser naturalizados se crea un ámbito propicio para la impunidad y la repetición de estos hechos¹⁶⁸. Así ocurre especialmente a la hora de valorar la prueba por el juzgador, cuya influencia puede resultar determinante en la credibilidad que otorgue a la víctima y a la decisión final del caso.

Por ejemplo, un juez que naturalice el estereotipo sobre el rol de la mujer como cuidadora y cuya sexualidad está destinada a la procreación, tenderá a infravalorar el valor probatorio de una mujer dedicada a la prostitución que denuncia una violación, por lo que interpretará las pruebas, aun inconscientemente, buscando datos que confirmen sus preconcepciones. Lógicamente, la decisión que tome estará basada en la valoración sesgada del testimonio de la víctima¹⁶⁹.

En ese sentido, generalmente la valoración jurisdiccional de los delitos sexuales puede incluir estereotipos como: (a) las mujeres son pasivas sexualmente y como tal, están siempre dispuestas a aceptar las proposiciones de los hombres; (b) las mujeres deben resistirse activa y físicamente a las agresiones sexuales, de modo que, de no hacerlo, se entiende que las consienten; (c) las mujeres se encuentran en un estado de consentimiento permanente frente a la actividad sexual, por lo que cuando dicen no, en realidad dicen sí, inténtalo de nuevo o convénceme¹⁷⁰.

Los mismos ejemplares podrían resultar aplicables al análisis del acoso sexual laboral, aunque en distinto grado, al englobar un espectro mayor de acciones en orden a vulnerar la libertad sexual de las mujeres, subestimando su capacidad de ejercerla.

Inclusive, el acoso se ha estimado como el mejor ejemplo de violencia de género sustentada por estereotipos sexuales, puesto que obedece a un entendimiento de la sexualidad donde el hombre es el cazador activo y la mujer es la presa pasiva, demostrando una estructura de dominación que sin un análisis de género no sería

¹⁶⁸ MERCEDES CATUOGNO, Lucía. "Estereotipos y violencia de género: estudio de casos paradigmáticos ante el Comité CEDAW". Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 17/Nº 50 – 2020. P. 339.

¹⁶⁹ RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. Op. Cit. P. 230.

¹⁷⁰ Ibid.

nada, considerándose un acercamiento sexual socialmente aceptado, o sería otra cosa, canalizándose en otro tipo de ilícitos, como los sexuales¹⁷¹.

De tal modo, en el ámbito laboral, el acoso vino a constituir una amenaza al desarrollo de las mujeres en un mercado que históricamente pertenecía a los hombres, gestándose un comportamiento sistemático reticente a aceptarlas, marcado por la asignación de un rol femenino que las sitúa en el hogar cumpliendo labores domésticas y de cuidado, mientras el hombre yacía en las labores productivas y remuneradas.

A pesar de que la entrada femenina al mundo laboral fue inevitable, aun no ha sido posible romper con el estigma: la violencia de género se concibe como un precio que las mujeres que pretenden salir del rol asignado e integrarse al mundo del trabajo deben pagar para mantenerse en él¹⁷².

En tal escenario se concibe como natural la presencia de estereotipos que tiendan a poner jaque la presencia de la mujer en los espacios de trabajo, especialmente en aquellos compuestos predominantemente por fuerza masculina; cuestión que, inexorablemente, trae consigo dudas sobre la efectividad de los hechos de acoso que las mujeres denuncian dentro de la empresa o frente a la jurisdicción, atribuyendo responsabilidad a la víctima a partir de su vestimenta, su personalidad, la existencia de una relación amorosa anterior o su cercanía con los trabajadores, especialmente con aquellos de mayor jerarquía. En este último caso, se suelen asumir intenciones ocultas en orden a obtener beneficios laborales, tales como aumentos salariales, un cargo superior, flexibilidad de vacaciones y permisos, entre otros.

Queda en evidencia la existencia de estereotipos que involucran al público femenino y que, al ser tanto los delitos sexuales como el acoso sexual figuras que vulneran especialmente a las mujeres, culminan por afectar de manera silenciosa el razonamiento judicial y probatorio aplicable a las mismas, exigiendo un severo estándar de comportamiento a las víctimas.

¹⁷¹ LOUSADA, José Fernando. El derecho fundamental a vivir sin violencia de género. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2014. P. 35.

¹⁷² PÉREZ DEL RÍO, Teresa. La violencia de género en el trabajo: El acoso sexual y el acoso moral por razón de género. TEMAS LABORALES. Núm. 91/2007, España. P. 177.

Las tres similitudes profusamente descritas representan obstáculos que no se reducen a las conductas aquí enunciadas, sino que influyen en la mayoría de los casos que implican violencia de género, pudiendo impedir el acceso a la justicia en la medida que la judicatura no sea consciente de la opresión sistemática que atañe al género.

En el análisis particular, las conexiones asentadas entre el acoso y los delitos sexuales dan cuenta de problemáticas probatorias que, si bien resultan horizontales a ambas, han sido considerablemente más desarrolladas dentro del área penal que en el área del trabajo, en especial en lo relativo a estudios de género. La aplicación de estos avances al aspecto laboral puede ser fundamental para proteger a las trabajadoras, pero la homologación en su valoración y razonamiento probatorio podría resultar contraproducente, tal como se verá a continuación.

4. Diferencias entre las ramas del derecho donde cada conducta se inserta.

Ya despejados los cruces entre los delitos sexuales en general y el acoso sexual, cabe precisar las diferencias propias de cada rama del derecho al que pertenecen: el derecho penal y el derecho del trabajo, las que finalmente conllevan a fijar puntos irreconciliables entre sí e impiden aplicar un mismo razonamiento probatorio.

Los principales desencuentros entre las áreas radican en las sanciones que resultan aplicables en caso de verificar una transgresión al derecho penal o una transgresión al derecho laboral, cuya entidad es diametralmente distinta en función al derecho fundamental que resulta afectado con cada una; tal factor da pase a la segunda diferencia a analizar, correspondiente a los derechos que pugnan en la hipótesis sancionatoria respecto de la hipótesis absolutoria.

4.1. Sanciones.

Es en el aspecto punitivo donde las figuras tienden a alejarse considerablemente. El acoso y los delitos sexuales coinciden en el bien jurídico afectado respecto de la víctima, pero no así en las consecuencias que genera para la persona del acusado.

El derecho penal, viéndose como un derecho subjetivo, responde a la facultad exclusiva que posee el Estado para castigar, no para asegurar el poder, sino que para

proveer la paz social, y sólo en cuanto su empleo aparezca como imprescindible para alcanzar dicho efecto¹⁷³. En ese escenario, el ejercicio del *ius puniendi* se encuentra limitado por determinados principios, entre ellos el de lesividad: solo pueden ser punibles las conductas que lesionan o ponen en peligro intereses jurídicos socialmente valiosos, siendo la pena el instrumento del que se vale el Estado para amparar dichos intereses, en el caso de los delitos sexuales el objetivo será proteger la libertad o indemnidad sexual¹⁷⁴.

Dentro de esa lógica social es que se justifica el establecimiento de penas, las que en el caso específico de los delitos sexuales circundan entre el presidio menor en su grado mínimo a medio en el caso del abuso sexual sobre un mayor de catorce años que consista en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga el consentimiento de la víctima, dispuesto en el artículo 366 inciso tercero del Código Penal, hasta el presidio mayor en cualquiera de sus grados en el caso de la violación de una persona menor de catorce años, consagrado en el artículo 362 del mismo código.

Por consiguiente, la hipótesis punitiva menos gravosa supone la privación de libertad del imputado desde 61 días hasta 540 días, mientras que la más gravosa concurrente en el caso de la violación impropia sería el presidio mayor en su grado máximo, que conlleva la privación de libertad del imputado por un período de 15 años y 1 día hasta 20 años.

Para la comparativa, cabe tener en vista la Ley N° 21.153 que tipifica el Delito de Acoso Sexual en Espacios Públicos a partir de abril del año 2019, y lo define como un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante para la víctima, sin mediar su consentimiento, la que puede consistir en: (1) actos de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos y (2) conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito.

¹⁷³ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 2010. P. 29.

¹⁷⁴ Op. Cit. P. 44.

En la primera conducta descrita, la pena corresponde a una multa de una a tres unidades tributarias mensuales ("UTM") mientras que, en la segunda la sanción implica prisión en su grado medio a máximo y multa de cinco a diez UTM; por lo tanto, en su hipótesis más gravosa el acoso sexual es sancionado con privación de libertad de 41 a 60 días.

Como el derecho en general, la regulación laboral también aspira a la armonía social, pero buscando regular las relaciones que se crean con ocasión del trabajo dependiente y por cuenta ajena, tutelando aquel vínculo jurídico entre personas que obligan su capacidad de trabajo con un empleador, a cambio de una remuneración por dichos servicios¹⁷⁵. En esa línea, a partir de la reglamentación de aspectos organizacionales de las empresas y la disposición de principios medulares, se busca contrarrestar el vínculo de poder asimétrico que se presenta entre el empleador y el trabajador, objeto histórico de desigualdad económica en contraste con la empresa.

Así pues, el derecho laboral se desarrolla en miras a proteger los derechos fundamentales de los trabajadores, fin que se buscó materializar de manera más rápida y efectiva mediante un procedimiento específico y previamente descrito, el procedimiento de tutela laboral.

En el caso del acoso sexual dentro del espacio de trabajo su análisis debe considerar la estratificación propia de la relación entre el empleador y la víctima y a su vez, la subordinación histórica de lo femenino versus lo masculino¹⁷⁶; en ese contexto y a raíz de sus características pluriofensivas, la presencia del acoso sexual dentro de la empresa implicará la vulneración de múltiples derechos en la persona de la víctima, tales como el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a la honra y a la intimidad, el derecho a no ser objeto de discriminación, entre otros¹⁷⁷.

En acápites anteriores fueron desarrolladas las opciones que tendría la víctima para dar cuenta del acoso sexual y las afectaciones sufridas por el mismo dentro de su

¹⁷⁵ CHÁVEZ, Eric Andrés. Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo, colectivo y jurisdicción laboral. 4º Ed. P. 29.

¹⁷⁶ VERA GARCÍA, Rodrigo Hernán. "El consentimiento de la víctima en el acoso sexual laboral" Revista de Derecho N° 38, Facultad de Derecho UCSC, 2021. P. 12.

¹⁷⁷ UGARTE CATALDO, José Luis. Op. Cit. P. 3.

trabajo; una de ellas corresponde a la instancia empresarial, donde ya entablada la denuncia se ha de desarrollar un procedimiento de investigación que cumpla con los estándares mínimos de un debido proceso, teniendo instancias de prueba y de oír a la contraparte. En ese escenario, la sanción más gravosa para el denunciado puede ser el despido sanción mediante la aplicación de la causal consagrada en el artículo 160 N° 1 letra b) del CT, en cuyo caso se pone fin al contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna.

Adicionalmente, la empresa de manera estrictamente voluntaria puede tomar medidas en orden a prevenir este tipo de conductas en el futuro, como implementar capacitaciones dentro del equipo de trabajo y/o implementar opciones paliativas respecto de la víctima del acoso, por ejemplo, proporcionarle un acompañamiento psicológico, a fin de que pueda volver a retomar sus funciones con normalidad y continuar con el vínculo laboral¹⁷⁸.

Ahora, dentro del espectro judicial, dadas las potenciales afectaciones a múltiples derechos de la víctima es que el procedimiento de tutela se plantea como una de las vías judiciales para analizar casos de acoso sexual, resultando ser el camino preferente por tres razones fundamentales: (1) permite que el juez en su primera resolución ponga término, de oficio o a petición de parte, los efectos nocivos o vulneratorios del acto; (2) permite al trabajador probar la existencia de indicios sobre la vulneración alegada y, (3) obliga al sentenciador a establecer las acciones que tiendan a reparar las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, junto con determinar las indemnizaciones que correspondan, logrando un cierto efecto reparatorio¹⁷⁹.

La acción de tutela puede interponerse respecto de hechos vulneratorios ocurridos durante la relación laboral o con ocasión del despido, en el caso del acoso sexual es usual que estos se produzcan durante la relación laboral, pero también puede

¹⁷⁸ PLANET, Lucía. Op. Cit. P. 115.

¹⁷⁹ DIGHERO EBERHARD, Andrés. Acoso Laboral, Auto despido y Tutela Laboral: Un caso de estudio. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 5, N° 9, 2014, p. 188.

producirse un despido a la trabajadora como reacción a la interposición de la denuncia¹⁸⁰.

Si la acción de tutela se ejerce estando vigente la relación laboral, su acogida puede significar el término del hostigamiento sexual del que es objeto la trabajadora, ya sea mediante la cesación de la conducta por parte del acusado o mediante la declaración de ineficacia de algún acto que haya materializado el acoso, como una amonestación o traslado¹⁸¹. A su vez, la reparación puede incluir la indemnización del daño moral que el acoso sexual haya causado en la víctima, como lo ha declarado la Corte Suprema de acuerdo con el artículo 495 N° 3 del CT¹⁸².

Cuando la denuncia se interpone con ocasión del despido y es acogida por el tribunal, las indemnizaciones a pagar dependerán de la causal de despido invocada por el empleador, si se trata de aquellas consignadas en el artículo 159, 160 o 161 del CT.

De ser invocada la causal de despido por necesidades de la empresa (artículo 161) el juez ordenará el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo equivalente a la última remuneración mensual devengada y la indemnización por años de servicio aumentada en un 30% por la aplicación improcedente de la causal individualizada. Mientras que, de aplicar aquellas dispuestas en los artículos 159 y 160 del CT será exigible la indemnización por años de servicio -si correspondiere- aumentada en un 50% y un 80% respectivamente.

Con la aplicación de cualquiera de las causales que menciona la ley y resultando efectiva la vulneración de derechos, el juez puede sumar una indemnización a pagar, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual. Asimismo, se ha entendido que en esta hipótesis procede la indemnización por el daño moral causado¹⁸³.

Sobre este respecto, cabe puntualizar que parte de la doctrina estima que la indemnización de seis a once remuneraciones mensuales es una reparación de

¹⁸⁰ PLANET SEPÚLVEDA, Lucía. Op. Cit. P. 110.

¹⁸¹ UGARTE CATALDO, José Luis. Op. Cit. P. 8.

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Ibid.

carácter sancionatorio para el empleador y, por tanto, quedaría pendiente la indemnización por el daño moral producido a la víctima, constituyendo dos montos a pagar por separado¹⁸⁴. No obstante, otros autores creen que la referida indemnización sancionatoria deja un margen de apreciación importante al juez de la causa respecto del daño producido a la víctima, especialmente desde la perspectiva moral, y de esta forma el legislador fija un piso y un tope para evaluar los daños, sin necesidad de sumar un monto adicional¹⁸⁵.

Una segunda y última vía judicial útil es el auto despido o despido indirecto regulado en el artículo 171 del CT, donde el trabajador pone término a su contrato de trabajo por el incumplimiento de obligaciones cometidas por su empleador. En cuanto al acoso sexual, la causal a invocar corresponde a aquella dispuesta en el artículo 160 N° 1 letra b) del CT, donde de obtener sentencia favorable, la trabajadora afectada tendrá derecho a percibir la indemnización sustitutiva de aviso previo y la indemnización por años de servicio aumentada en un 80%, al tratarse de una de las causales consignadas en el artículo 160. Asimismo, de acuerdo con la normativa citada, la víctima tendrá derecho a percibir “las otras indemnizaciones a que tenga derecho” dando cabida a la eventual reparación por daño moral, al igual que la tutela.

Cabe destacar que, “la doctrina laboral en su mayoría ha estado de acuerdo en que el ejercicio de la acción de tutela laboral es compatible con el auto despido”¹⁸⁶; aunque la respuesta de la judicatura ha sido vacilante al determinar la forma correcta de proponerlas, en forma conjunta o en subsidio a la acción de tutela, existiendo sentencias en ambos sentidos¹⁸⁷.

Una vez relatado el sentido y descritas las sanciones que resultan aplicables tanto en el caso del acoso y los delitos sexuales en materia penal como en el acoso sexual exclusivo en el área laboral, se vislumbran varias diferencias. De partida, ambas ramas como parte del derecho de por sí tienden a buscar el orden y la armonía en la

¹⁸⁴ GAMONAL, Sergio. Progression of Moral Damage for Termination of Contract of Employment in Chilean Law. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. 2012, n.39 [citado 2021-12-01], pp.161-176.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ DIGHERO EBERHARD, Andrés. Op. Cit. P. 188.

¹⁸⁷ MESÍAS TORRES, Cesar. “Acción de Tutela de Derechos Fundamentales y de Despido Indirecto”. Parte II, *Revista Laboral Chilena*, 2012, p. 85.

convivencia social, estableciendo sanciones en el caso de que tales disposiciones se vean interrumpidas.

No obstante, como ya avocinamos, las materias que involucra cada una obedecen a lógicas diferentes, el derecho penal procura ejercer el poder estatal del Estado frente a la vulneración de bienes jurídicos prioritarios, mientras el derecho laboral más que girar en torno al marco punitivo genera normativa a fin de ordenar los espacios de trabajo, la relación con los trabajadores de manera individual o colectiva y el régimen contractual aplicable, garantizando la protección del operario como principio fundamental.

En ese marco evidentemente las sanciones que se contemplan son distintas, el derecho penal en orden a evitar la transgresión de la vida castiga severamente el homicidio, mientras el derecho laboral no viene a regular situaciones de tal calibre y por lo mismo no ha de contemplar consecuencias que involucren la prisión del acusado; en ese sentido son ramas del derecho que se tornan incomparables entre sí.

El punto de conexión previamente establecido en esta tesis radica en el acoso sexual laboral y los delitos sexuales, ambas conductas que atentan contra la integridad sexual de sus víctimas; sin embargo, la divergencia entre las consecuencias que arrojan sigue siendo perimetralmente distintas, un delito sexual como la violación puede llegar a establecer penas de 15 a 20 años de privación de libertad, afectando de manera considerable la libertad de circulación del imputado. Lo mismo ocurre en el acoso sexual en espacios públicos, donde si bien se configura prisión como máximo durante 60 días, siendo una cantidad de tiempo bastante menor, aun así, considera una hipótesis distinta a la monetaria como única vía de sanción, a diferencia de lo que ocurre en el acoso sexual dentro del trabajo.

Así, como ya vimos, el derecho laboral respecto del acoso sólo estipula la posibilidad de despedir al trabajador que comete el ilícito dentro de la investigación al interior de la empresa o sanciones de carácter patrimonial impuestas judicialmente, las que de concurrir con ocasión del despido o del despido indirecto se encuentran condicionadas a la remuneración que obtenga la trabajadora, mientras el objetivo resarcitorio

vendría de la mano con la indemnización del daño moral; sin embargo, la concurrencia o no de dicho monto reparativo dependerá del criterio o posición que asuma el juzgador del caso concreto dada la controversia en la interpretación de la indemnización.

Por consiguiente, la reparación de la víctima no parece ser el principal objetivo en las resoluciones de este tipo de casos y aun cuando así se plantee en la regulación, para obtenerla la víctima deberá acreditar un daño mayor que aquel contemplado por la indemnización de hasta 11 remuneraciones que puede aplicar el juez¹⁸⁸; razón por la cual la práctica judicial tenderá a limitarse a dicho monto mientras la víctima no sea capaz de probar un daño mayor, cuestión que, como ya sabemos, en el caso del acoso sexual resulta una tarea difícil.

En contraste, el derecho penal dista de ese intento normativo, puesto que la pena se aplica en virtud del quebrantamiento a la ley y no en orden a hacer justicia por las víctimas, cuestión que deberá solicitarse por las vías civiles correspondientes¹⁸⁹.

De cualquier modo, es evidente la diferencia entre una sanción que puede implicar la cárcel del imputado por extensos períodos de tiempo a que el pago de una sanción monetaria, especialmente teniendo en cuenta los sujetos que responden por estas consecuencias.

Sobre esto último, en lo penal los delitos se imputan respecto de uno o más sujetos plenamente identificables, persona en la cual recae la pena aplicable, respondiendo ya sea con sus propios bienes o con la privación de su libertad frente al delito cometido; mientras que, en el derecho del trabajo y especialmente las vías judiciales referidas, implican la interposición de demandas que no se dirigen al trabajador que efectuó la conducta de acoso, sino que, la legitimación pasiva le compete al empleador.

En esa línea, la empresa demandada carga con el pago de las indemnizaciones que correspondan por su rol de garante de la salud y seguridad de sus trabajadores,

¹⁸⁸ GAMONAL, Sergio. Op. Cit. Pp. 161 – 176.

¹⁸⁹ MAIER, Julio BJ. La víctima y el sistema penal. *Jueces para la Democracia*, 1991, no 12, p. 31.

cuestión que estratégicamente puede resultar más conveniente que la obtención de una indemnización respecto del acosador, quien muy probablemente tendrá un respaldo económico mucho menor que aquel que puede comprometer el empleador, pudiendo ser beneficioso para la víctima en términos monetarios.

De las consideraciones expuestas anteriormente, quedan en evidencia diferencias importantes en el ámbito sancionatorio de las figuras, cuestión que responde a la lógica que prima en cada una de las diversas ramas y sus particularidades, la entidad o gravedad de las sanciones que resultan aplicables teniendo en cuenta el derecho o bien jurídico que afecta respecto del imputado u acosador, y por último, el sujeto que ha de responder por tales consecuencias, uno de ellos plenamente identificable y el otro, un ente garante.

4.2. Derechos en pugna.

Un segundo tópico por analizar se encuentra estrechamente relacionado con las sanciones señaladas, poniendo en evidencia otra importante divergencia entre las ramas que termina por hacer improcedente una comparación adecuada entre los delitos sexuales y el acoso sexual laboral, al tratarse de figuras que se enmarcan en áreas regulativas con propósitos y características distintas.

Ambos ilícitos buscan tutelar la libertad e integridad sexual de la víctima, quien ve sujeta a coerción la libre determinación de su sexualidad, en cuanto al qué, quién y cuándo. No obstante, las consecuencias jurídicas que implica la perpetuación de cada una de las conductas son distintas para el acusado.

En los delitos sexuales, quien es considerado culpable ve restringida su libertad de circulación por períodos que pueden resultar bastante significativos, mientras que, en el acoso sexual, la sanción de ninguna manera podrá consistir en la privación de libertad, ya que "existe cierto consenso en torno a que la privación de libertad es exclusiva de la sanción penal"¹⁹⁰, sino que las repercusiones se inclinan por conculcar principalmente el patrimonio del empleador, quien se ve sujeto a desembolsar parte de él en el pago de las indemnizaciones concurrentes.

¹⁹⁰ LETELIER, Raúl. Op. Cit. 622 – 689.

Por lo tanto, el contraste entre ambas figuras se da en virtud del derecho fundamental al que afectan en caso de ser sancionada: los delitos sexuales afectan el derecho a la libertad personal, mientras el acoso sexual laboral afecta el derecho de propiedad del empleador respecto de su patrimonio.

Si bien todos los derechos fundamentales son importantes dentro del ordenamiento jurídico y se procura su protección, ello no obsta a que la afectación de ciertos derechos no pueda estimarse de mayor o menos entidad que otros¹⁹¹.

En efecto, restringir la libre circulación de una persona por un lapso superior a 10 años puede interferir considerablemente en su proyecto de vida y en sus relaciones afectivas cotidianas, mientras que, el pago de una indemnización, si bien puede constituir un detrimento considerable al patrimonio del empleador, no interrumpe la posibilidad de la empresa y sus jefaturas de corregir las problemáticas presentadas y procurar evitar tales lesiones a futuro.

Ponderando ambos derechos, es evidente que la libertad personal registra mayor importancia para el desarrollo integral de la persona, produciendo una afectación vital, lo que no implica desvalorizar la importancia de los recursos económicos, pero un precio a pagar siempre será preferible al tiempo de vida perdida.

Debido a tales diferencias, es que las decisiones judiciales en orden a condenar o absolver al acusado de la conducta tienen repercusiones distintas y exigen condiciones más estrictas en el caso penal para su concurrencia, en vista del bien jurídico que puede resultar afectado, así "la posible afectación de un bien fundamental como la libertad justifica que se quiera evitar a toda costa castigar a un inocente (de ahí la aversión al riesgo de error) y, en cambio, es un bien sacrificable el de absolver a un culpable"¹⁹².

En efecto, tal como lo menciona LETELIER a propósito de las sanciones administrativas en contraste con las sanciones penales, en el derecho laboral tampoco existen razones

¹⁹¹ BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. 2003. P. 227.

¹⁹² LETELIER, Raúl. Op. Cit. 622 – 689.

evidentes para justificar una especial necesidad de evitar condenar a un inocente, pues la sanción aplicable nunca podrá ser la privación de libertad¹⁹³.

5. Dificultades probatorias propias del acoso sexual laboral y el derecho del trabajo.

Ya precisadas las diferencias producidas debido al área del derecho a la cual pertenece cada una de las figuras en análisis, cabe hacer hincapié en ciertas particularidades que se encuentran presentes exclusivamente dentro del derecho del trabajo y que responden al vínculo de subordinación existente entre las partes, lo que produce consecuencias importantes en materia probatoria y específicamente respecto de la prueba testimonial.

Como condición agravante de las situaciones a comentar, en nuestro país existe una subvaloración de la prueba testimonial, al considerarse un medio probatorio de carácter subjetivo y por ende inferior a otros instrumentos, provocando que su concurrencia por sí sola no sea suficiente para apoyar la efectividad de los hechos, en contraposición a una sobrevaloración de la prueba científica empleada por los jueces, las que por el hecho de presentarse como científicas han ido acompañadas de un aura de infalibilidad que ha frenado cualquier intento de reflexión crítica sobre la mismas, resultando su validez y valor probatorio asumido como dogma de fe¹⁹⁴.

Ahora, los obstáculos a destacar corresponden a la dificultad de que determinados testigos concurren al procedimiento judicial a declarar en favor de la víctima de acoso sexual, y la falta de credibilidad respecto del testimonio de personas que constituyan ex trabajadores de la empresa en cuestión, lo que ha sido mirado con malos ojos por la judicatura laboral.

Tales factores suman mayores dificultades al acceso a la justicia para las víctimas de casos de acoso sexual, quienes además de cargar con las consecuencias de la desigualdad de género y sus repercusiones probatorias deben tener en vista las dos situaciones a describir.

5.1. Dificultad en la participación de testigos.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ GASCÓN, Marina. Op. Cit. 2013. P. 2.

Sobre la prueba del acoso sexual laboral, FERNÁNDEZ señala que generalmente los hechos que pretenden probarse en estos procesos se desarrollan en espacios de relativa privacidad, encontrándose la víctima en fuertes dificultades a la hora de hacerse de los medios de prueba pertinentes para convencer al sentenciante, a ello suma que los potenciales testigos del hecho suelen encontrarse ligados al agresor por una relación laboral, identificando una dificultad probatoria adicional¹⁹⁵.

Así, "la propia naturaleza del fenómeno hace que generalmente no suelen existir testigos que denuncien o ratifiquen las declaraciones de las personas acosadas"¹⁹⁶, a ello se suma la dificultad de que quienes hayan presenciado los hechos evidentemente corresponderán a trabajadores asociados a la empresa, entendiendo que se trata de una figura que se desenvuelve dentro del área de trabajo. Es en su calidad de dependientes a la empresa donde radica la dificultad adicional para la víctima de acoso: muchas veces los trabajadores manifiestan su temor por testificar en un juicio en contra de quién sería su empleador actual, teniendo en vista que, con posterioridad a la instancia judicial, deben regresar diariamente a cumplir sus funciones y percibir su remuneración de dicha empresa.

En esa línea, es razonable que el trabajador, quién necesita mantener su fuente de ingresos, "teman declarar por las posibles represalias que puedan caer sobre ellos"¹⁹⁷, las que podrían ser tanto económicas o de trato a su retorno al trabajo, además de no estar ausente la posibilidad de que medien amenazas de tipo laboral por parte de directivos de la empresa en orden a evitar que se presenten.

Tal factor resulta lamentable para la obtención de sentencias justas y acorde a la realidad; así ha sido sostenido por RUBIO, quien expresa que la prueba testifical en el proceso laboral logra notable utilidad al poder corroborar la declaración de la víctima, lo que puede ocurrir incluso si los testigos refuerzan la posición del acosador, puesto

¹⁹⁵ FERNANDEZ, Mariela Lucía. Mecanismos de protección contra el acoso sexual en el trabajo. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 8, N° 15, 2017, P. 148.

¹⁹⁶ PÉREZ GUARDO, Rocío. Las limitaciones en la cuantificación del acoso sexual laboral en España. Universidad de Valladolid. Athenea Digital, 2012, P. 210.

¹⁹⁷ Ibid.

que el juzgador debe poner énfasis en las fisuras y contradicciones que presenten lo manifestado por los testigos y quién los presenta¹⁹⁸.

Ahora, en el ordenamiento jurídico laboral a fin de evitar este tipo de desincentivos en el desarrollo de juicios del trabajo se consagró la garantía de indemnidad, la que “viene a suponer la prohibición de cualquier género de represalia empresarial contra el trabajador, que traiga su causa de forma directa por el ejercicio por parte de este de su legítimo derecho a la tutela judicial efectiva, incluyendo determinados actos previos al propio proceso”¹⁹⁹.

Sin embargo, sus efectos se restringen al actor de la demanda y no así a los trabajadores que puedan concurrir en el mismo juicio sin la calidad de tal, por lo que evidentemente traerá como consecuencia un desincentivo a los espectadores de las vulneraciones a relatar lo sucedido, optando derechamente por evitar verse relacionados con el asunto.

Esta problemática urge, sumando un nuevo obstáculo a la prueba del acoso sexual, evitando la concreción de justicia efectiva respecto de conductas que vulneran de manera importante la integridad de sus víctimas.

5.2. Falta de credibilidad en el testimonio de ex trabajadores.

Con la sobrevaloración que reviste la prueba pericial, la confianza depositada a la prueba testimonial fue disminuyendo considerablemente al poner especial énfasis en el interlocutor, más que en el contenido de su declaración²⁰⁰, pese a que en este tipo de casos la información que puedan brindar los testigos podría resultar esencial para la resolución del caso, dados los escasos recursos investigativos.

Como fue señalado, el testimonio otorgado por trabajadores que se desempeñan actualmente en la empresa resulta obstaculizado por el miedo de perder su fuente

¹⁹⁸ RUBIO RODRÍGUEZ, Laura. Op. Cit.P. 29.

¹⁹⁹ MARTÍNEZ MERINO, Gonzalo. “La Garantía de Indemnidad en Chile: análisis normativo y comparativo desde el derecho comparado y el *common law*”. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte. Sección: Ensayos. N° 2, 2012. P. 337.

²⁰⁰ GONZÁLEZ COULON, María de Los Ángeles. Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto. Revista Chilena de Derecho, vol. 46 N° 3, 2019. p. 801.

laboral. Tal temor no concurre en el caso de personas que solían trabajar en la empresa, pues ya no existe la inminente posibilidad de quedarse sin empleo; en consecuencia, hay mayor probabilidad de que acudan a declarar en un juicio laboral en contra de su anterior empleador.

Evidentemente el testimonio del ex trabajador solo tendrá relevancia en la medida que se hubiere encontrado trabajando en la empresa al tiempo en que sucedieron los hechos; de lo contrario, su declaración sólo podría otorgar elementos de contexto sobre el comportamiento y relación de la víctima y el victimario, más que aseveraciones relativas al acoso sexual como hecho puntual.

En ese escenario, donde sus dichos resultan pertinentes, es que se presenta un obstáculo distinto a aquel desarrollado en el acápite anterior. En este caso, el factor que puede producir una falta de credibilidad en la persona que declara es precisamente su salida de la empresa y particularmente si fue despedido por causas ajenas a su voluntad, ya que, permite suponer que el trabajador tendría un motivo que justifique otorgar una declaración tendiente a perjudicar al empleador, favoreciendo la postura que se incline a sancionarlo en lugar de colaborar en la búsqueda de la verdad jurídica.

En efecto, RAMÍREZ ORTIZ plantea que, desde finales de los años 80, el Tribunal Supremo de España habría fijado ciertos parámetros para valorar la credibilidad de quienes afirman ser víctimas, uno de ellos era su credibilidad subjetiva; criterio que constata la concurrencia de móviles en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo, pudiendo incluir odio, resentimiento, venganza o enemistad²⁰¹.

Si bien no extiende la aplicación del criterio a los testigos de un procedimiento judicial, es posible extrapolar el mismo concepto a su testimonio, sobre todo si viene a apoyar lo sostenido por la víctima, entendiendo que dicho testigo podría estar influenciado por alguna de las partes o tener un cierto interés en el juicio²⁰². Así, en la identidad del testigo radica la desconfianza en su declaración por parte del juzgador, al inducir un móvil de venganza o resentimiento en contra del empleador.

²⁰¹ RAMÍREZ, José Luis. Op. Cit. P. 211.

²⁰² GONZÁLES COULON, María de los Ángeles. Op. Cit. P. 791.

El ex trabajador es víctima de los mismos prejuicios que resultan aplicables a familiares o amigos cuando concurren a un juicio como testigos; la relación que ostentan con alguna de las partes produce en el juez la inmediata calificación de parcial, aun cuando ese vínculo no implique de por sí que su testimonio no sea veraz²⁰³.

Es dable obtener esta conjetura puesto que "en la vida cotidiana tendemos a desconfiar de las informaciones con las cuales el comunicador persigue sus supuestos intereses propios"²⁰⁴; por lo tanto, si se verifica una motivación externa que permita inducir una pretensión del testigo en orden a afectar a alguna de las partes -en este caso el empleador-, el razonamiento del tribunal puede restar credibilidad a su declaración, ya que si las conoce sin duda las tendrá en consideración, tanto por motivos psicológicos o sociológicos²⁰⁵.

Por consiguiente, "todo gira en torno al agente que realiza la declaración, olvidando el producto de la declaración de dicha persona"²⁰⁶. Sin embargo, cabe tener en vista que el objeto del análisis de credibilidad ha de ser determinar si los sucesos descritos en la declaración del testigo corresponden a hechos realmente vividos por él²⁰⁷, más que la búsqueda de motivaciones que puedan venir a desacreditar la veracidad de sus dichos. Así pues, el foco en la valoración judicial de su testimonio debe ponerse precisamente en discernir si experimentó lo que asegura o no, más que el contexto en que se habría verificado su salida de la empresa; debiendo valorar en primer lugar la declaración y después, en su caso, a la persona del testigo²⁰⁸.

De ese modo, la jurisdicción no privaría al proceso de un elemento probatorio que pueda resultar fundamental para establecer la concurrencia o no del acoso sexual laboral y evita incorporar otro obstáculo más a su configuración, el que siendo propio del derecho del trabajo se suma a aquellos identificados como comunes con el derecho penal.

²⁰³ NIEVA, Jordi. Op. Cit. P. 266.

²⁰⁴ OFFE, Heinz. El dictamen sobre la credibilidad de las declaraciones de testigos. Anuario de Psicología Jurídica, 2000. P. 19.

²⁰⁵ NIEVA, Jordi. Op. Cit. P. 265.

²⁰⁶ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles. Op. Cit. P. 792.

²⁰⁷ OFFE, Heinz. Op. Cit. P. 12.

²⁰⁸ NIEVA, Jordi. Op. Cit. P. 266.

CAPÍTULO IV: Propuesta de estándar probatorio para el acoso sexual laboral.

La invisibilización del acoso sexual en todas sus variantes se origina en su mayoría por las actitudes que las personas mantienen acerca de las víctimas, los acosadores y la conducta de acoso en sí misma, las que involucran: culpar a la acosada, minimizar el impacto psicológico que produce el acto y justificar las acciones del acosador²⁰⁹.

Esas actitudes se ven reforzadas cuanto más se adhieren, tanto hombres como mujeres, a los roles de género tradicionales, ya que resultan más propensos a considerar ciertos comportamientos de acoso sexual como aceptables o normales. En ese contexto, se ha demostrado que una ideología sexista promueve dicha tolerancia, contribuyendo a mantener la desigualdad entre hombres y mujeres²¹⁰.

La figura del acoso sexual reviste especial importancia precisamente por eso, porque su existencia causa controversia dependiendo del espectador y los componentes socio-culturales que influyen en su forma de ver la realidad. Por ello, la promoción en la concientización de la violencia de género ha permitido que estas conductas sean identificadas y denunciadas más masivamente en la actualidad.

Sin embargo, que se ponga énfasis en la erradicación de este comportamiento no necesariamente ha involucrado un avance en materias de género a la hora de verificarse, pese a que resulta manifiesto que son las mujeres las principales víctimas de este fenómeno, mientras los hombres son en la mayoría de los casos los acosadores²¹¹. Así ha quedado en evidencia de los acápites anteriores, donde muchos avances importantes en estos tópicos se presentan en su mayoría en el análisis de los delitos sexuales en desmedro del acoso sexual en el trabajo.

En la necesidad de evaluar estas conductas desde una perspectiva de género es donde se presentan las mayores coincidencias con la figura penal, las que más allá de afectar un mismo bien jurídico, también representan dificultades probatorias

²⁰⁹ AFRODITI, M. Carmen; EXPOSITO, Francisca; HERRERA, Antonio. "¿Mito o realidad? Influencia de la ideología en la percepción social del acoso sexual". Anuario de Psicología Jurídica. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 2014. P. 2.

²¹⁰ Ibid. P. 5.

²¹¹ Ibid. P. 2.

comunes que emanan de las características propias del ilícito: su ocurrencia en la mayoría de los casos en espacios de privacidad y sin testigos, los que producen fenómenos como el testimonio único de la víctima, la importancia de la prueba pericial y la intervención de estereotipos de género en el razonamiento judicial de dichas conductas.

Sin embargo, pese a la presencia de interconexiones entre ambas disciplinas especialmente en el ámbito probatorio y razonamiento judicial, ello no supone extender el mismo estándar probatorio de los delitos sexuales al acoso sexual laboral, al contar con diferencias cruciales e inherentes a cada disciplina, como lo son las sanciones aplicables a cada una, los derechos fundamentales que resultan afectados con dichas sanciones o los inconvenientes propios de la prueba en el derecho laboral, tal como ha sido desarrollado anteriormente.

Como adelantamos, la aplicación de un estándar probatorio exigente en el área penal solo se justifica debido a sus severas sanciones y la privación de libertad del imputado, aspecto en el que difiere considerablemente con el derecho del trabajo, donde la envergadura de las sanciones jamás podrá ser la misma²¹².

Por consiguiente, entendemos que la aplicación del mismo estándar de prueba de los delitos sexuales -más allá de toda duda razonable- podría resultar contraproducente para el acoso sexual laboral, impidiendo que se pueda probar la figura aun cuando se incorpore prueba más convincente que su hipótesis negativa, dejando en la indefensión a mujeres que acuden a la judicatura en busca de justicia.

No obstante, concluir que no compete aplicar el estándar de prueba utilizado en el derecho penal tampoco se hace cargo de los obstáculos ya identificados en la prueba del acoso sexual laboral; por lo tanto, el cuestionamiento sobre el estándar probatorio aplicable persiste, máxime si el ordenamiento jurídico laboral no tiene una disposición expresa -como el artículo 340 del CP- que lo defina.

Las soluciones a dicho vacío, vale decir, las propuestas de estándar probatorio aplicables han sido poco uniformes y no ha sido definido un criterio claro sobre el

²¹² LETELIER, Raúl. Op. Cit. P. 635.

particular, más que la idea de que concurre una menor exigencia probatoria respecto del trabajador/a en razón del principio de protección al trabajador²¹³; como resultado se genera un vacío normativo importante que deja en el criterio del juez de cada caso "dirimir la suficiencia de las pruebas rendidas y de las argumentaciones vertidas por las partes"²¹⁴, lo que impide la uniformidad en la resolución de este tipo de casos a partir de una guía clara e igualitaria sobre la prueba, pudiendo producir respecto del mismo hecho de acoso, respuestas distintas.

Dicho esto, compete formular una propuesta de estándar probatorio a aplicar respecto del acoso sexual laboral como figura particularmente vulneratoria dentro del derecho del trabajo.

1. Propuesta de estándar probatorio aplicable al acoso sexual laboral.

Como vimos, el derecho laboral no estipula norma alguna que establezca un estándar probatorio aplicable a los procedimientos laborales, a lo más ha sido determinado expresamente el sistema de valoración de la prueba al cual se sujetan, correspondiente a la sana crítica.

En principio, cabe tener presente que el conocimiento que se tenga de los hechos dentro de la instancia judicial siempre será relativo, la prueba concluye una hipótesis, un enunciado que aceptamos como verdadero aunque no sabemos si lo es o no, el que se justifica únicamente por su grado de probabilidad²¹⁵. En ese contexto, los estándares de prueba vienen a determinar cuando está justificado aceptar como verdadera una determinada hipótesis²¹⁶.

Construir un estándar implicará dos pasos fundamentales: (1) decidir qué grado de probabilidad o certeza se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera y (2) formular los criterios objetivos que indicaran cuando se alcance ese grado de probabilidad exigido²¹⁷.

²¹³ AGUILAR, Alejandra. P. 23.

²¹⁴ COLOMA, Rodrigo. Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos. Discusiones XVIII N° 18, 2016. P. 25.

²¹⁵ GASCÓN, Marina. Op. Cit. P. 128.

²¹⁶ Ibid. P. 129.

²¹⁷ Ibid. P. 130.

En cuanto a la primera actividad señalada, para proceder a determinar dicha probabilidad es necesario considerar cuestiones de racionalidad y especialmente, cuestiones de política, puesto que el estándar probatorio establece la distribución de error en las resoluciones judiciales, y ello supondrá elegir la intensidad con la que deben ser garantizados los derechos o intereses afectados por cada uno de los errores posibles²¹⁸.

En el caso del acoso sexual laboral, los errores posibles pueden ser:

Error N° 1: aceptar como verdadera la existencia de acoso sexual aunque sea falso, lo que produciría una afectación de carácter patrimonial al empleador y a la reputación de la persona jurídica.

Error N° 2: no aceptar como verdadero el acoso sexual aunque haya ocurrido, lo que supone afectar la libertad e integridad sexual de la víctima y su eventual ganancia patrimonial con las resultas del juicio.

Por consiguiente, dependiendo de la importancia que se conceda a los derechos o intereses afectados por cada tipo de error, el estándar de prueba será más o menos tolerante con ese error particular²¹⁹. De acuerdo a los supuestos señalados, estimamos que los derechos o intereses afectados por el error N° 1 merecen menor protección que aquellos afectados por el error N° 2 referido a la integridad sexual de la víctima.

En ese contexto, el estándar de prueba podrá ser poco exigente y valerse de una probabilidad exigible menor a la probabilidad preponderante, vale decir, la hipótesis será probada cuando sea más probable que cualquiera de las alternativas barajadas en el proceso y siempre que sea más probable que su no ocurrencia²²⁰. Por lo tanto, al considerar preferible aceptar como verdadero el acoso sexual laboral aunque sea falso se zanja la elección sobre el primer criterio.

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ Ibid. P. 131.

²²⁰ Ibid.

Ahora, el segundo paso implicará formular los criterios objetivos que indicarán cuando debe darse por probada una hipótesis, basándose en un determinado esquema de valoración; el más aceptado corresponde al esquema de confirmación, el que estima que la probabilidad de que una hipótesis haya ocurrido dependerá del apoyo que las pruebas le presten en juicio, por lo que solo será aceptada como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas y ha sido confirmada por estas en grado suficiente²²¹.

En el caso del acoso sexual laboral, estimamos que bastaría un criterio que permita dar por confirmada la hipótesis de culpabilidad del acusado, cuando la hipótesis explique mejor los hechos cuya ocurrencia se trata de probar que la hipótesis de la contraparte, de acuerdo a los elementos del juicio existentes en el expediente judicial²²².

2. Justificación de la propuesta.

La configuración determinada radica en múltiples detonantes, varios de ellos han sido mencionados en contraste con los delitos sexuales, tales como: las dificultades probatorias que implica el acoso sexual laboral, los derechos que pugnan en ambos casos, obstáculos propios del derechos del trabajo, interferencia de estereotipos de género, entre otros.

En primer lugar, el estándar definido entiende que el derecho de propiedad del empleador sobre su patrimonio será merecedor de menor protección que aquella afectación propinada al derecho a la integridad física y psíquica de la víctima de acoso sexual laboral. Ahora, si bien ambos derechos aparecen como igual de relevantes para cada uno de los involucrado, ello no obsta que existan grados de afectación distintos dependiendo de la intensidad que impliquen sus consecuencias²²³.

Asimismo, es posible que en ocasiones uno de esos derechos pueda tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominantes

²²¹ Ibid. P. 135.

²²² FERRER, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre el estándar de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. Ponencia presentada en el Primer Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio, Girona, 2018.

²²³ BERNAL, Carlos. Op. Cit. P. 227.

en la sociedad²²⁴. Ese es el caso de la integridad sexual versus un derecho de carácter patrimonial, donde evidentemente el resguardo de la auto determinación de las personas para experimentar y decidir sobre su vida sexual obtendrá mayor prioridad que el desembolso de una suma de dinero por concepto de indemnizaciones, especialmente si lo que se quiere es promover espacios laborales seguros para el desarrollo profesional femenino y erradicar un fenómeno que pone de manifiesto el poder social del orden patriarcal²²⁵.

Dicha relevancia justifica la distribución del error del umbral probatorio: es preferible sancionar el acoso sexual laboral aunque resulte ser falso porque los efectos que puede producir su indefensión son demasiado costosos para la víctima, pudiendo generar un daño irreparable en la integridad y vida personal de la misma. Por lo tanto, el foco debe establecerse en poner fin a estos comportamientos, máxime si el caso no tendrá como consecuencia la privación de libertad del acusado, sino que el establecimiento de reparaciones patrimoniales por parte del empleador, de ahí radica una diferencia relevante que se tiene con el derecho penal.

Así, en contraste al área penal, el objetivo de la sanción en la figura del acoso sexual laboral "en caso alguno es generar un castigo al infractor como forma de retribución de su pecado, sino simplemente hacer coercible, aplicable, ejecutable un estándar de comportamiento"²²⁶. Luego, el estado debe propender a sancionar la existencia de conductas que hagan prevalecer el fenómeno de la violencia sexual y especialmente dentro del escenario laboral que favorece su reproducción²²⁷.

Por su parte, que el estándar permita establecer como probada una hipótesis cuando explica mejor los hechos que la contraria, se justifica especialmente teniendo en vista las dificultades probatorias, las que como fue explicado concurren al igual que los delitos sexuales, al tratarse de hechos que suelen ocurrir dentro de una esfera de acercamiento privado o clandestino entre la víctima y el acosador, y por lo tanto, sin testigos.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ VERA, Rodrigo. Op. Cit. P. 2.

²²⁶ LETELIER, Raul. Op. Cit. P. 637.

²²⁷ VERA, Rodrigo. Op. Cit. P. 2.

A ello también se suma un razonamiento judicial mermado por estereotipos de género que definen el rol femenino de manera subyugada a aquel que obtiene el hombre dentro de la sociedad, y perpetua que el juzgador de las mismas, desde su posicionamiento como ser social y afecto a las influencias culturales pueda reproducir aquella cultura patriarcal que restringe a las mujeres en su corporeidad, obligándolas a reflejar lo femenino en su forma de ser, de vestir o de comunicarse, reforzándolas como objeto de deseo²²⁸.

Como avicinamos, tal fenómeno podría resultar cuestionado y potencialmente erradicado mediante la aplicación de la perspectiva de género en las resoluciones, no obstante, "la perspectiva de género ha tenido escasa relevancia en la jurisprudencia laboral nacional, tanto en términos de frecuencia de fallos que la invocan, como de la relevancia de su contenido en las formas argumentativas dominantes en cuestiones laborales"²²⁹.

Por consiguiente, la incorporación de la perspectiva de género también resultará una herramienta crucial en la concreción de la justicia de las víctimas, proceso de transformación que sumado al establecimiento del estándar probatorio propuesto podrá significar un avance considerable en el desarrollo laboral de las trabajadoras y la efectiva concreción de justicia al verse expuestas al acoso sexual laboral.

²²⁸ Ibid.

²²⁹ UGARTE, José Luis. Op. Cit. P. 46.

CONCLUSIONES

En este trabajo se ha pretendido demostrar la relevancia que tiene el distinguir entre el análisis probatorio efectuado en materia de delitos sexuales frente a aquel empleado respecto del acoso sexual en sede laboral, contraste del que se obtuvieron conclusiones donde es posible resaltar ciertas similitudes y diferencias.

Entre sus similitudes nos encontramos con que ambas encarnan la afectación a un mismo bien jurídico, contienen el testimonio único de la víctima, existe una alta relevancia de la prueba pericial y que, en definitiva, es posible encontrar estereotipos de género que interfieren en el razonamiento judicial y probatorio.

Ahora bien, dentro de este mismo apartado se hace evidente que en materia de delitos sexuales se han obtenido bastos avances académicos, cobrando especial relevancia los estudios de género tanto en su teoría como en su práctica, mientras que en los casos de acoso sexual dentro del derecho laboral, el poco entendimiento de la figura como un problema de violencia de género ha impedido los avances en la protección y reparación de las víctimas, pese a la creciente cantidad de denuncias en nuestro país.

Del análisis de sus similitudes concluimos que, los aspectos vinculantes que pudiesen existir con los delitos sexuales en términos probatorios reflejan el bajo o nulo desarrollo de la teoría o perspectiva de género en el acoso sexual laboral, lo que consiga una dificultad mayor para las mujeres víctimas de acoso en contraste con aquellas víctimas de delitos sexuales; pese a que las consecuencias sancionatorias de ambas conductas sean radicalmente diferentes y pueda ser factible para la judicatura preferir la sanción del acoso que su absolución, mirándolo como una representación de la violencia de género y de discriminación femenina en el trabajo.

A lo anterior, se suman las complejidades propias del proceso laboral, que merman especialmente la prueba testimonial, tanto el incentivo a los trabajadores para testificar en juicios seguidos contra su empleador como el nivel de credibilidad que le es otorgado a ex trabajadores de la empresa.

Dentro de sus diferencias, se hace presente la imposibilidad de homologar ambas figuras, poniendo el foco especialmente en las sanciones que implican y los derechos que se encuentran en pugna a la hora de absolver o condenar las conductas.

Como sabemos, en ambos aspectos las conductas en estudio adolecen de una entidad radicalmente diferente entre sí, por lo que aplicar los razonamientos probatorios desde el derecho penal hacia el acoso sexual laboral (pese a su deficiente desarrollo intelectual), podría resultar contraproducente, especialmente si tenemos en vista que cada rama del derecho obedece a objetivos distintos.

Del análisis de sus diferencias queda en claro la lógica que sigue cada una de estas ramas del derecho; por una parte, la actividad sancionatoria del derecho penal tiene por fin proteger los bienes jurídicos prioritarios dentro de la sociedad, haciéndose valer de la privación de la libertad entre sus herramientas fundamentales, y por la otra, el derecho laboral cuya actividad sancionatoria se vincula más con la corrección de comportamientos. De esta forma, el fin impide ocupar el mismo razonamiento probatorio de los delitos sexuales a los casos de acoso sexual en el trabajo, a la vez que exigir los mismos requerimientos solo implicaría dificultar aún más la prueba del acoso.

En esa línea, hacer aplicable el mismo estándar probatorio de los delitos sexuales al acoso resulta improcedente y culmina por evitar el acceso a la justicia de las víctimas; por lo tanto, era pertinente proponer un estándar de prueba propio de la figura que se haga cargo de dichas diferencias, y precisamente de las dificultades probatorias destacadas.

Tal proposición vendría a solucionar la falta de un estándar expreso en el ordenamiento del trabajo que guíe el análisis judicial, especialmente en este tipo de casos, donde la afectación a los derechos fundamentales de la víctima resulta considerable; y a su vez, se haría cargo de aquellos obstáculos probatorios que sin la rebaja del umbral impedirían la sanción de las conductas y la erradicación del acoso sexual de los espacios de trabajo.

En definitiva, en orden a producir los avances necesarios para la proliferación de ambientes laborales seguros para las mujeres, es que resulta imperativo que estos conceptos y aseveraciones se consideren como factores que imposibilitan tal objetivo.

Además, se hace necesario señalar la importancia que requiere la existencia de fórmulas legislativas (como la aplicación de un estándar especial) o judiciales (como el incentivo a la aplicación de la perspectiva de género en el razonamiento de los jueces laborales), que permitan superar un conflicto que ha mermado por años el desarrollo de la fuerza laboral femenina.

BIBLIOGRAFÍA

1. AFRODITI, M. Carmen; EXPOSITO, Francisca; HERRERA, Antonio. "¿Mito o realidad? Influencia de la ideología en la percepción social del acoso sexual". Anuario de Psicología Jurídica. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 2014.
2. AGUILAR, Alejandra. "Aproximación a una noción conceptual del estándar de prueba en el procedimiento laboral chileno". Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, vol. 1, 2016.
3. ARELLANO ORTIZ, Pablo; BENFELD ESCOBAR, Johann. "Reflexiones sobre el principio de protección al trabajador y su influencia en el ámbito sustantivo y procesal del derecho laboral: Otra mirada al caso Kronos". Revista chilena de derecho y tecnología. Vol. 6. Núm. 2, 2017.
4. ASENSI PÉREZ, Laura Fátima. "La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género", Universidad de Alicante, Doctrina Práctica, Instituto Pacífico, N° 26, 2016.
5. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Acoso Sexual y Derecho Penal. Revista de Derecho y Humanidades N° 5, 1997.
6. BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. 2003.
7. CAAMAÑO ROJO, Eduardo. El bien jurídico protegido frente a los actos de acoso sexual en el lugar de trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2010, no 25.
8. CAAMAÑO ROJO, Eduardo. "El acoso sexual en la empresa. Análisis de la Ley 20.005". Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2005.
9. COLOMA, Rodrigo. Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos. *Discusiones XVIII* N° 18, 2016.
10. CONTRERAS ROJAS, Cristian. EL RECURSO DE NULIDAD LABORAL COMO HERRAMIENTA DE CONTROL DE LAS EXIGENCIAS IMPUESTAS POR LA SANA CRÍTICA A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA ROL 1068-2010 DE LA COTE DE

APELACIONES DE SANTIAGO. *RDUCN* [online]. 2011, vol.18, n.1 [citado 2021-09-28], pp.269-280.

11. COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*. Bogotá: Profamilia, 2010.
12. COUTURE, Eduardo. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil" Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires. 1981, 12º Edición.
13. CHÁVEZ, Eric Andrés. *Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo, colectivo y jurisdicción laboral*. 4º Edición.
14. DEL CUVILLO, Antonio Álvarez. *La eficacia de las políticas frente al acoso sexual y sexista en la universidad: Marco teórico*. En *Análisis de la realidad del acoso sexual y sexista en la universidad y propuestas de mejora: Un estudio de caso*. Tirant Humanidades, 2020.
15. DÍAZ BERR, Ximena; MAURO CARDARELLI, Amalia; ANSOLEAGA MORENO, Elisa y TORO CIFUENTES, Juan Pablo. *Violencia de género en el trabajo en Chile. Un campo de estudio ignorado*. *Ciencia & Trabajo* 2017, vol. 19, no 58, p. 42 - 48.
16. DIGHERO EBERHARD, Andrés. *Acoso Laboral, Auto despido y Tutela Laboral: Un caso de estudio*. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 5, N° 9, 2014.
17. EASTEAL, Patricia; SAUNDERS, Skye. "Interpreting Vicarious Liability with a Broad Brush in Sexual Harassment Cases". *Alternative Law Journal*, no 33, 2018.
18. ESPASANDÍN, María Victoria; LÓPEZ, Alejandra. *Acoso sexual en los ámbitos laboral y educativo. Aporte hacia una propuesta de intervención*. Montevideo, Uruguay. *Universidad de la República*, 2018.
19. FERNÁNDEZ, Mariela Lucia. *Mecanismos de protección contra el acoso sexual en el trabajo*. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 8, N° 15, 2017. pp. 143 - 152.

- 20.FERRER BELTRÁN, Jordi. "La valoración racional de la prueba" Editorial Marcial Pons, España, 2007.
- 21.FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre el estándar de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. Ponencia presentada en el Primer Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio, Girona, 2018.
- 22.FUENTES SORIANO, Olga. "La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? De algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz". Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio. Vol. 1. 2020.
- 23.GAMA, Raymundo. "Prueba y perspectiva de género". Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio. Vol. 1. 2020.
- 24.GAMONAL CONTRERAS, Sergio. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA. *Estudios constitucionales* [online]. 2013, vol.11, n.1 [citado 2021-09-21], pp.425-458. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100011&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100011>.
- 25.GAMONAL CONTRERAS, Sergio. "El procedimiento de tutela de derechos laborales" Editorial LegalPublishing, 2º Ed., Santiago, 2008.
- 26.GAMONAL, Sergio. Progression of Moral Damage for Termination of Contract of Employment in Chilean Law. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2012, n.39 [citado 2021-12-01], pp.161-176. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000200006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000200006>.
- 27.GARMENDIA, Martha Márquez. El acoso sexual en el trabajo. *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, no 4, 2005.
- 28.GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte Especial, Tomo III, 4º Ed., 2010.

29. GASCÓN ABELLÁN, Marina. "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos". Cuadernos de Filosofía del Derecho, DOXA, 28, 2005.
30. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prueba científica: un mapa de retos. 2013.
31. GONZÁLEZ COULON, María de Los Ángeles. Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto. Revista Chilena de Derecho, vol. 46 N° 3, 2019.
32. GUILHERME MARINONI, Luiz; CRUZ ARENHART, Sérgio; NÚÑEZ AVILA, René. "La prueba" Editorial Thomson Reuters, Chile, 2015.
33. HENRÍQUEZ, Helia. RIQUELME, Verónica. Asedio sexual en el trabajo. Una política para su erradicación. Artículo principal: Temas Laborales N° 6, 1997.
34. HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho procesal penal chileno – Tomo I, 2003.
35. HUNTER AMPUERO, IVÁN. Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil. *Ius et Praxis* [online]. 2017, vol.23, n.1, pp.247-272.
36. LETELIER WARTENBERG, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. *Política criminal*, 12(24), 2017, 622-689. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200622>.
37. LIZAMA PORTAL, Luis; LIZAMA CASTRO, Diego. Manual de Derecho Individual del trabajo. Ediciones DER, Chile.
38. LIZAMA PORTAL, Luis; CATALDO, José Luis Ugarte. *Nueva ley de acoso sexual*. LexisNexis, 2005.
39. LOUSADA, José Fernando. El derecho fundamental a vivir sin violencia de género. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2014.
40. MAIER, Julio BJ. La víctima y el sistema penal. *Jueces para la Democracia*, 1991, no 12.

41. MANZANERO, Antonio L.; MUÑOZ, José Manuel. La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: reflexiones psico-legales. SEPIN, Madrid, 2011.
42. MARTÍNEZ MERINO, Gonzalo. "La Garantía de Indemnidad en Chile: análisis normativo y comparativo desde el derecho comparado y el *common law*". Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte. Sección: Ensayos. N° 2, 2012.
43. MATURANA BAEZA, Javier. "Sana crítica: un sistema de valoración racional de la prueba", Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2014.
44. MATURANA MIQUEL, Cristián. "Aspectos probatorios en los procedimientos laborales", Charla dictada en el Auditórium del Colegio de Abogados, 12 de junio 2018.
45. MERCEDES CATUOGNO, Lucía. "Estereotipos y violencia de género: estudio de casos paradigmáticos ante el Comité CEDAW". Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 17/N° 50 – 2020.
46. MESÍAS TORRES, Cesar. "Acción de Tutela de Derechos Fundamentales y de Despido Indirecto". Parte II, Revista Laboral Chilena, 2012.
47. MONTERO AROCA, Juan. "Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)" Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, No 7.
48. MONTERO LÓPEZ, Raúl. "Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno", Editorial Librotecnia, Chile, 2017.
49. MONTROYA, Álvaro Eduardo Domínguez; CABRERA, Patricio Eleodoro Mella; DÍAZ, Rodolfo Teodoro Walter. El acoso en el trabajo: algunos aspectos doctrinarios, jurisprudenciales y legales del acoso moral y sexual en Chile. *Revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, vol. 5, no 10.
50. MUNDACA CASTILLO, Sergio Esteban. Violencia sexual y de género y los mecanismos de protección jurídica en la legislación laboral chilena. Anuario de Derechos Humanos, 2017, no 13.

51. MUJICA, Javier Neves. Introducción al derecho laboral. Fondo Editorial PUCP, 2003.
52. NIEVA, Jordi. La valoración de la prueba. Proceso y Derecho. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2010.
53. OFFE, Heinz. El dictamen sobre la credibilidad de las declaraciones de testigos. Anuario de Psicología Jurídica, 2000.
54. PALAVECINO CÁCERES, Claudio. EL NUEVO ILÍCITO DE ACOSO SEXUAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO: the new form of illegality in Chilean labour law. *Revista de derecho (Valdivia)*, 2006, vol. 19, no 1, p. 105-123.
55. PALAVECINO CÁCERES, Claudio. No todo es Acoso Sexual. *Revista Laboral Chilena (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, 2019, no 5.
56. PALOMO VELEZ, DIEGO y MATAMALA SOUPER, PEDRO. PRUEBA, INMEDIACIÓN Y POTESTADES EN EL PROCESO LABORAL: OBSERVACIONES CRÍTICAS Y APELACIÓN AL EQUILIBRIO. *RDUCN* [online]. 2012, vol.19, n.2 [citado 2021-10-18], pp.237-274. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000200008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-9753. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000200008>.
57. PÉREZ DEL RÍO, Teresa. La violencia de género en el trabajo: El acoso sexual y el acoso moral por razón de género. *TEMAS LABORALES*. Núm. 91/2007, España.
58. PÉREZ GUARDO, Rocío; RODRÍGUEZ, Carmen. Un análisis del concepto de acoso sexual laboral: reflexiones y orientaciones para la investigación y la intervención social. *Cuadernos de relaciones laborales*, 2013, vol. 31, no 1.
59. PÉREZ GUARDO, Rocío. Las limitaciones en la cuantificación del acoso sexual laboral en España. Universidad de Valladolid. Athenea Digital, 2012.
60. PLANET SEPÚLVEDA, Lucía. *Desde la identificación a la pérdida del trabajo: problemas jurídicos que enfrenta la víctima de acoso sexual laboral en Chile*.

Estudios sobre el trabajo de la mujer. Red feminista de Profesoras de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2021.

61. RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Madrid, Nº 1, 2020.
62. RUBIO RODRÍGUEZ, Laura. El acoso sexual laboral: la dificultad de su prueba. *Universitat Pompeu Fabra*, Barcelona, 2017.
63. TARUFFO, Michele. "La prueba de los hechos" *Editorial Trotta*, Madrid, 2002.
64. TARUFFO, Michele. «La prueba» *Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.*, España, 2008.
65. TOLEDO, Patsilí. Ley Nº 20.005 sobre acoso sexual en Chile. *Anuario de Derechos Humanos*, 2006, no 2.
66. UGARTE CATALDO, José Luis. "Informe en derecho: Acoso sexual y sexista en el trabajo: revisión desde la doctrina y jurisprudencia". *Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, Poder Judicial*, 2021.
67. UGARTE CATALDO, José Luis. Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII, 2009.
68. VERA GARCÍA, Rodrigo Hernán. "El consentimiento de la víctima en el acoso sexual laboral" *Revista de Derecho* Nº 38, *Facultad de Derecho UCSC*, 2021.
69. WALTER DÍAZ, Rodolfo; LANATA FUENZALIDA, Gabriela. Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno. *Editorial LexisNexis*, Santiago, 2007.