



Universidad de Chile
Escuela de Derecho
Departamento Derecho Procesal

EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY N° 20.005 QUE TIPIFICA
Y SANCIONA EL ACOSO SEXUAL

Memoria de prueba para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

JUAN SEBASTIÁN RAMOS PARTARRIEU

Profesor guía: Cristián Maturana Miquel

Abogado

Santiago, Diciembre 2015

Esta tesis está dedicada a mis padres Sebastián Ramos Araneda y Ruth Partarrieu Partarrieu, quienes me dieron mi educación, formación y crianza.

Juan Sebastián Ramos Partarrieu

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	v
El objetivo del presente trabajo es determinar la normativa aplicable y el procedimiento a seguir en el caso del acoso sexual en nuestro país.....v	
En primer término, se expondrán las definiciones y principios básicos contemplados en nuestra legislación, para luego dar cuenta en profundidad del procedimiento establecido y las sanciones relacionadas con el mismo.v	
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. DEFINICIONES GENERALES.....	4
1.1. Derechos afectados por el acoso sexual.....	5
1.2. Tipos de acoso sexual según la doctrina	8
1.2.1. El acoso sexual de intercambio, de chantaje o quid pro quo.	8
1.2.2. El acoso sexual ambiental.	9
1.2.3. El acoso moral o mobbing.....	9
1.3. Definición de acoso sexual en el Código del Trabajo chileno.	10
1.3.1. El sujeto activo	10
1.3.2. El sujeto pasivo	11
1.3.3. La conducta constitutiva de acoso sexual.....	11
CAPÍTULO II. PRINCIPIOS PROCESALES QUE INFORMAN LA LEY Nº 20.005	13
2.1. Principio de la bilateralidad de la audiencia.	13
2.2. Principio del secreto.	14
2.3. Principio de la escrituración.....	15
CAPITULO III. EL PROCEDIMIENTO AL QUE SE SOMETERÁN Y LAS MEDIDAS DE RESGUARDO Y SANCIONES QUE SE APLICARÁN EN CASO DE DENUNCIAS DE ACOSO SEXUAL.....	17
3.1. El procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias de acoso sexual.....	17
3.2. De la investigación y sanción del acoso sexual.	20
CAPITULO IV. HISTORIA DE LA LEY 20.005 PUBLICADA EN EL DIARIO, OFICIAL, EL 18 DE MARZO 2005, TIPIFICA Y SANCIONA EL ACOSO SEXUAL	23
CAPITULO V. LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA EMANADA DE LA DIRECCION DEL TRABAJO DE CHILE.....	39
CAPITULO VI. EL ACOSO SEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO	60

6.1. Respecto de los procedimientos especiales de reclamación en el Derecho Comparado.	60
6.2. Respecto de la existencia de Autoridades Institucionales relacionadas con el acoso.....	65
6.3.Francia.....	65
6.4.La lucha contra el acoso sexual en el trabajo. Protección legal.	68
6.5. Planteamientos legales para el acoso sexual en el trabajo.	71
6.6.Responsabilidad.....	72
6.7.Sanciones y compensaciones.....	73
6.8.La lucha contra el acoso sexual en el trabajo	74
6.9.Alemania	75
6.10.Protección legal	77
6.11.Responsabilidad.....	80
6.12.Sanciones y compensaciones.....	82
6.13.Procedimientos.....	84
6.13.ESTADOS UNIDOS	87
6.14.Protección legal	93
Capítulo VII. LAS VÍAS PARA LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS SOBRE ACOSO SEXUAL.....	119
7.1. Medidas preventivas.....	119
7.2. La investigación desjudicializada de las conductas de acoso sexual.	121
7.3. Los procesos judiciales laborales que pueden llevarse a cabo en caso de una conducta de acoso sexual dentro de la empresa.	125
7.3.1. Despido indirecto.....	125
7.3.2. Despido directo.....	131
CONCLUSIONES	137
BIBLIOGRAFÍA	140
I. Libros.....	140
II. Recursos bibliográficos en línea.....	140
III. Revistas	141

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es determinar la normativa aplicable y el procedimiento a seguir en el caso del acoso sexual en nuestro país.

En primer término, se expondrán las definiciones y principios básicos contemplados en nuestra legislación, para luego dar cuenta en profundidad del procedimiento establecido y las sanciones relacionadas con el mismo.

En segundo lugar, se analizará la historia de la Ley N°20.005 y la jurisprudencia referida a la materia por parte de la Dirección del Trabajo.

A modo de cierre, se revisará cómo el derecho comparado trata la materia.

INTRODUCCIÓN.

a) Generalidades.-

El acoso sexual en la sociedad moderna es de enorme trascendencia, puesto que atenta directamente contra la dignidad de la persona, universalmente protegida en la actualidad. Junto a ello, la calidad de vida, que es uno de los valores esenciales de nuestra convivencia, también con semejantes conductas ilícitas se ve seriamente afectada.

De ahí que, en diversos países se ha legislado al respecto. En algunos, estas disposiciones se refieren específicamente al tópico del acoso sexual, como un tema innovador que se independiza de las ramas tradicionales del derecho. En otros países, se ha extendido a la aplicación de tipos penales ya existentes y, a partir de ellos, se sanciona con penas corporales y pecuniarias. En fin, también, la jurisprudencia se ha remitido a la legislación civil tradicional, y por la vía de una interpretación extensiva, se ha hecho cargo de este flagelo de las sociedades modernas.

En Chile, la ley N° 20.005, del año 2005, por primera vez, provee a nuestro ordenamiento jurídico, de un conjunto de disposiciones que regulan un procedimiento específico para comprobar y sancionar este tipo de ilícitos, en que participan armónicamente, tanto el empleador como la Inspección del Trabajo.

En efecto, la ofendida u ofendido, tiene la facultad de recurrir al empleador directamente, o bien, a la Inspección del Trabajo correspondiente, denunciando los hechos constitutivos de la conducta sexual abusiva. En el primer caso, el empleador puede iniciar una investigación interna que no podrá exceder del plazo de 30 días, o bien, dentro de los 5 días, remitir todos los antecedentes a la Inspección. En el segundo caso, se hace cargo ésta, en el mismo plazo, de comprobar la veracidad de los hechos y la responsabilidad que afecte a alguno de los denunciados.

Finalizada la investigación, sus conclusiones deberán ser notificadas a través de un informe al empleador, al denunciante y al denunciado por parte de la Inspección del Trabajo, si así fuere el caso.

b) Actualidad del tema

Es evidente la actualidad del tema, pues que son muchos los trabajadores, especialmente las mujeres, que sufren acoso sexual, situación que puede ser reprimida jurídicamente y otorgar una pronta y justa composición al afectado o afectada.

La ley aludida se encuentra vigente desde el año 2005. Por ello afirmamos que esta nueva legislación es muy actualizada y determina los criterios para resolver las señaladas situaciones con criterios del presente.

c) El enfoque de la Memoria

El trabajo de la Memoria se enfoca a resaltar los aspectos negativos que sufren los ofendidos por el acoso sexual, y a delinear las etapas procedimentales para lograr la sanción de los sujetos agresores en este plano

CAPÍTULO I. DEFINICIONES GENERALES.

El artículo 20 de la nueva ley N° 20.005, sobre acoso sexual, establece que *“las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.”*

Se debe entender, que el acoso sexual es un ilícito laboral que se da en el seno de las relaciones al interior de la empresa, administración pública o municipalidades, y que no reviste una pena de carácter corporal, diferenciándose, así entonces, del delito de abuso sexual tipificado en el Código Penal.

Es también y por sobretodo, un ilícito constitucional pluriofensivo, que ataca, vulnera y lesiona el derecho a la intimidad y privacidad, el derecho a la no discriminación y el derecho a la integridad física y psíquica.

Las sanciones que se dan en esta ley son de carácter indemnizatorio civil o medidas que tienden al resguardo del denunciante y denunciado, como al

normal desempeño en sus labores, que con estas medidas cautelares se pretende lograr.

Por ello se dice, que junto con constituir un ilícito laboral, *"el acoso sexual corresponde también y por sobretodo, a un ilícito constitucional pluriofensivo, porque los actos que lo constituyen lesionan diversos derechos de rango constitucional de la víctima: derecho a la intimidad (y privacidad), derecho a la no discriminación y derecho a la integridad física y psíquica"* (1).

1.1. Derechos afectados por el acoso sexual

En primer lugar, el acoso sexual afecta el derecho a la intimidad y privacidad consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, que asegura a todas las personas *"el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia"*.

Es precisamente en esa zona que denominamos intimidad y privacidad, en que se radica la libertad sexual, la cual está protegida por la garantía constitucional recién señalada.

Uno es libre de determinar con quien y en qué momento desarrolla y practica la sexualidad; es este un derecho que corresponde al espacio vital íntimo de las personas.

Así entonces, el acoso sexual mediante requerimientos sexuales no deseados ni consentidos, debe estar precisamente fuera de ese ámbito personal.

Segundo, el acoso sexual vulnera el derecho a la no discriminación laboral, el cual se encuentra garantizado en el artículo 19 N° 16 de la Constitución que dice: *"Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos"* (2).

El acoso es precisamente un tipo de discriminación laboral por sexo, que está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico por la norma constitucional ya citada, como también por el artículo 2° del Código del Trabajo.

Este atropello ocurre porque la víctima es una mujer que generalmente se encuentra en situación de subordinación o desventaja por las prácticas laborales. En la gran mayoría de las ocasiones, es la situación de inferioridad y

vulnerabilidad en que se encuentra la mujer en el mundo del trabajo, lo que propicia estos ilícitos en su contra.

Tercero, el acoso sexual transgrede el derecho a la integridad física y psíquica de la víctima, el cual se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución, que estipula, *"el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona"* (3).

En estos casos, el empleador se encuentra en la obligación de proteger al trabajador, como lo señala expresamente el artículo 184 del Código del Trabajo, que dice *"... el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir los accidentes y enfermedades profesionales"* (4).

Esto significa que el empleador debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar un ambiente de trabajo seguro y confiable para sus dependientes, lo cual implica que no se afecte la integridad física y psíquica de éstos, previniendo y tomando todas las medidas para erradicar la ocurrencia de conductas nocivas e indeseables con ocasión del desempeño laboral.

Sin embargo, aparece que la nueva legislación chilena se construye sobre un concepto legal de riesgo profesional, y sus mecanismos de protección no dicen razón con los bienes jurídicos lesionados, que son los derechos fundamentales del trabajador. Sólo la exigencia legal grava al empleador para que adopte algunas medidas reglamentarias y no se utiliza la solución propia de la protección de los derechos constitucionales. Se habría requerido mucho más de lo contemplado en la actual normativa.

1.2. Tipos de acoso sexual según la doctrina

Existen tres tipos de acoso sexual: el acoso sexual de intercambio, de chantaje o *quid pro quo*, el acoso sexual ambiental, y el acoso moral o *mobbing*.

1.2.1. El acoso sexual de intercambio, de chantaje o *quid pro quo*.

"Es aquel en que la conducta se constituye por exigencias sexuales de un superior a cuya aceptación se condicionan la obtención de determinadas ventajas laborales para la víctima, ya sea para obtener nuevos beneficios laborales (por ejemplo, aumentos salariales), o bien, para mantener los que ya se disfrutaban (por ejemplo, conservar el empleo)" (5). Se requiere entonces, en

este caso, que el acosador esté en una ubicación jerárquica superior a la víctima, donde ejercita un uso abusivo del poder en el ambiente laboral.

1.2.2. El acoso sexual ambiental.

"El acoso se constituye por una conducta de hostigamiento sexual que genera para la víctima un entorno laboral humillante y hostil, sin que se requiera que el acosador ofrezca ventajas laborales de ningún tipo" (6). A diferencia del anterior, este tipo de acoso sexual tiene como sujeto activo o victimario a un compañero de trabajo no superior jerárquicamente.

1.2.3. El acoso moral o mobbing.

"Por mobbing se ha entendido toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud) que atenta, por su repetición o sistematización contra la dignidad o integridad psíquica o física de una persona poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo" (7).

La ley utiliza la expresión *"entre otras conductas"* y esto nos permite deducir que conforme a ella se comprende al acoso sexual entre los comportamientos lesivos de la dignidad de los trabajadores, y entonces, queda comprendido el ya citado acoso moral o mobbing.

"La jurisprudencia norteamericana, probablemente la mas avanzada en el mundo en esta materia, ha señalado que la conducta del acosador debe ser suficientemente severa para crear, en la evaluación de una persona razonable, un ambiente hostil de trabajo" (8).

1.3. Definición de acoso sexual en el Código del Trabajo chileno.

El artículo 2º del Código del Trabajo define el acoso sexual en los siguientes términos: *"...el que una persona realice en forma indebida por cualquier medio requerimientos de carácter sexual no consentido por quien lo recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo".*

De lo anteriormente dicho podemos constatar los siguientes elementos fundamentales que conforman la situación de acoso sexual: el sujeto activo, el sujeto pasivo y la conducta.

1.3.1. El sujeto activo

El sujeto activo del acoso sexual puede ser cualquier persona cuyas conductas puedan ser calificadas de hostigamiento de naturaleza sexual, sin

importar ni su cargo ni ubicación jerárquica dentro de la empresa, ni tampoco su sexo.

La ley chilena es clara: el acoso sexual puede ser cometido por el empleador (acoso vertical) o un compañero de trabajo (acoso horizontal), ya sea del mismo o inferior plano jerárquico.

1.3.2. El sujeto pasivo

No hay restricción alguna por parte de la ley, de tal forma que la víctima del acoso sexual puede ser cualquiera que tenga la calidad de trabajador dependiente de acuerdo a la actual normativa laboral. También puede ser de cualquier sexo, tanto varones como mujeres, incluso nada impide, en cuanto la ley no efectúa ninguna limitación, que la víctima y el victimario correspondan al mismo sexo.

1.3.3. La conducta constitutiva de acoso sexual

La ley señala como acción básica la de efectuar requerimientos de carácter sexual cuando se presentan dos condiciones fundamentales.

-- no sean consentidos por quien lo recibe,

-- se produzca una amenaza o un perjuicio en su situación laboral o en sus oportunidades de empleo.

Según la jurisprudencia administrativa los requerimientos pueden estar constituidos por una amplia variedad de conductas. Es así como lo ha señalado la Dirección del Trabajo en la materia: “... *las conductas constitutivas de acoso no se encuentran limitadas a acercamientos o contactos físicos, sino que incluye cualquier acción del acosador sobre la víctima, que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido*”, tal como lo pone expresamente de manifiesto el concepto legal recién transcrito, cuando señala que el acoso sexual puede producirse “*por cualquier medio*”, incluyendo en ese sentido propuestas verbales, correos electrónicos, cartas o misivas personales, etc.¹

¹ Dictamen N° 11.331/36, del 21 de marzo del 2005

CAPÍTULO II. PRINCIPIOS PROCESALES QUE INFORMAN LA LEY Nº 20.005

Se han enunciado tres principios formativos que informan y le dan contenido a esta ley, como lo son el principio de la bilateralidad de la audiencia, el principio del secreto y el principio de la escrituración.

2.1. Principio de la bilateralidad de la audiencia.

a) Nos referimos a la bilateralidad y a la unilateralidad de la audiencia según las partes tengan o no la posibilidad de intervenir en el proceso en defensa de sus intereses, y suponen la posibilidad o imposibilidad, respectivamente, de conocer los planteamientos del contradictor.

b) La bilateralidad de la audiencia supone el conocimiento recíproco de las partes respecto de sus pretensiones y contrapretensiones.

Se concreta en que nadie puede ser condenado sin ser oído. No hay juicio que se siga sin la presencia de la parte a quien eventualmente perjudica y no hay sentencia o decisión válida si no se ha dado a las partes por igual, la oportunidad de una debida defensa.

Este principio, en consecuencia, se relaciona con la esencia del debido proceso, que reconoce como garantía la Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 3.

c) En la investigación interna que se realiza a propósito de la denuncia de acoso sexual al interior de la empresa, deberá también garantizarse que las partes sean notificadas de las gestiones realizadas por el fiscal, y de que éstas tengan conocimiento de ellas.

Las partes pueden comparecer sin abogado en esta investigación, pero se recomienda que se hagan representar y defender por, ya sea, profesionales, directores sindicales, o bien un compañero de labores

2.2. Principio del secreto.

a) El artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales, expresa que *"los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley"*, por lo que la publicidad constituye un principio en nuestro sistema procesal, y es la regla general.

Por otro lado, el principio del secreto implica que la tramitación de todo o parte del proceso no puede hacerse público. Algunos interesados desconocen la materia que es motivo del expediente.

Ahora bien, el secreto también admite graduaciones, puede ser absoluto o relativo. Es absoluto cuando el expediente no puede ser conocido ni por las partes ni por terceros, tratándose entonces de una privación general de la posibilidad de conocimiento, y es relativo cuando la imposibilidad de conocimiento sólo alcanza a terceros y permite el acceso al expediente sólo a las partes en el juicio.

b) Este principio se da con la exigencia de que la investigación a la que hemos aludido se lleve en estricta reserva. Se trata de un secreto relativo porque la ley no permite el acceso de terceros a la investigación, pero sí de las partes. Esto se justifica por cuanto se trata de hechos que revisten una connotación humillante y ofensiva para aquel que las sufre.

2.3. Principio de la escrituración

a) En términos generales en el proceso civil chileno se aplica el principio de la escrituración. De acuerdo al artículo 31 del Código de Procedimiento Civil chileno, el juicio ordinario de mayor cuantía es el procedimiento base y

supletorio de nuestro sistema, y se efectúan por escrito la demanda, la réplica, las peticiones de diligencias, la sentencia, etc.

Este principio incorpora el hecho que todo el material de la causa ha de presentarse por escrito. Las fases de discusión, prueba y de sentencia se realizan por medio de la palabra escrita, es este el medio de comunicación entre las partes y el juez.

b) En el proceso de investigación interna y en el proceso de acoso sexual al interior de la empresa, el principio de la escrituración se evidencia en que la ley requiere que la investigación conste por escrito. Debe existir entonces un registro completo y exhaustivo de todas las actuaciones practicadas. Este mandato legal se debe a que con posterioridad al desenvolvimiento de la investigación, se realiza un control administrativo de las conclusiones que alcanza el fiscal, el que hace efectivo la Inspección del Trabajo.

Para que opere el incentivo pro investigación, de acuerdo a la ley, se requiere acreditar ante el juez del trabajo que se ha realizado la indagación por escritos, ciñéndose estrictamente a los requisitos prescritos en el Capítulo IV del Libro II del Código del Trabajo.

CAPITULO III. EL PROCEDIMIENTO AL QUE SE SOMETERÁN Y LAS MEDIDAS DE RESGUARDO Y SANCIONES QUE SE APLICARÁN EN CASO DE DENUNCIAS DE ACOSO SEXUAL.

3.1. El procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias de acoso sexual.

El procedimiento para la investigación de denuncias de acoso sexual deberá ser normado libremente por el empleador en su reglamento interno de Orden, Higiene y Seguridad, pero para los efectos de beneficiarse del incentivo pro investigación conforme a la ley, es necesario que éste cumpla con los requisitos previstos en el título IV del Libro II del Código del Trabajo.

La ley considera la intervención de la Inspección del Trabajo en las diferentes fases del procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual, interactuando con el trabajador denunciante y el empleador.

Los trámites que contempla el procedimiento legal son (a) denuncia escrita, (b) adopción de medidas de resguardo, (c) investigación, (d) aplicación de medidas y/o sanciones.

a) El reclamo escrito.

En concordancia con el artículo 211 - A del Código del Trabajo, la primera gestión que da inicio al procedimiento de investigación es la presentación de un reclamo escrito por parte de quien es víctima de acoso sexual. La denuncia podrá presentarse de acuerdo a lo que estime el afectado, ante la Inspección del Trabajo del domicilio del empleador o ante la jefatura de la empresa, establecimiento o servicio.

La empresa designará a un ejecutivo ante el cual ha de presentarse el reclamo o queja. Es aconsejable que sea ante el gerente de recursos humanos o el jefe de personal.

Presentado que sea el reclamo ante la Inspección del Trabajo, en ella sus fiscalizadores realizarán la investigación de acuerdo al procedimiento legal, adoptando y proponiendo las medidas de resguardo a favor de la víctima y la aplicación de sanciones al responsable. Estas dos últimas medidas son privativas del empleador

El reclamo no necesita mayor formalidad salvo que sea presentado por escrito. Sin embargo, deberá llevar la individualización del afectado, descripción

de los hechos denunciados y las indicaciones que apuntan a los responsables de los mismos. No se requiere comparecencia de abogados.

También el empleador podrá iniciar de oficio una investigación para comprobar los hechos constitutivos, si así estuviese contemplado en el reglamento interno.

b) Las medidas de resguardo.

Presentado que sea el reclamo ante el empleador, éste resolverá la aplicación *ipso facto* de medidas de resguardo a favor del denunciante, para impedir que se continúen produciendo tales ilícitos.

Presentada la denuncia ante la Inspección del Trabajo, esta autoridad administrativa aconsejará con prontitud la aplicación de estas medidas al empleador. De acuerdo al artículo 211-B del Código del Trabajo, las medidas de resguardo que él puede adoptar por vía ejemplar son: separación de los espacios físicos o disponer de una diferente locación y tiempos de trabajo. En todo caso, según la ley, al tomarse estas medidas debe tenerse en cuenta la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades de acuerdo a las condiciones de trabajo.

La adopción de estas medidas por parte del empleador nunca podrá significar un menoscabo de carácter material o moral para el afectado.

También el empleador está facultado para adoptar, como medida de resguardo de la víctima, la suspensión del contrato de trabajo con derecho a remuneración para el acosador; dándose casos graves y cuando no es posible aplicar las medidas que sugiere la ley, un ejecutivo de la empresa confidencialmente podrá asistir a la víctima.

3.2. De la investigación y sanción del acoso sexual.

a) Investigación de la Inspección del Trabajo.

La investigación de los hechos denunciados se efectuará por la inspección del trabajo del domicilio del empleador, en dos hipótesis: a) cuando el trabajador haya presentado el reclamo por escrito ante ella, de acuerdo al artículo 211 – A del Código del Trabajo, o bien, b) cuando el empleador dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la denuncia, la haya remitido a la Inspección del Trabajo, conforme al artículo 211 del Código del Trabajo.

La investigación que debe realizar la Inspección del Trabajo sólo tiene un límite legal: deberá concluirse en el plazo de treinta días. Si bien, el Código del

Trabajo no contempla otras exigencias para la autoridad administrativa, son exigibles los mismos principios para la investigación interna, esto es, bilateralidad, escrituración y secreto.

Concluida que sea la investigación, sus conclusiones han de ser notificadas en la forma de un informe al empleador, al denunciante y al denunciado.

b) Aplicación de sanciones

Finalmente, conforme al artículo 211-E del Código del Trabajo, una vez recibido el informe de la Inspección del Trabajo, ya sea con las observaciones a la investigación interna efectuada por el empleador, o bien, con las conclusiones a la indagación practicada por ella misma, el empleador deberá disponer la aplicación de las medidas y sanciones que correspondan, dentro del plazo de quince días.

Estas sólo podrán consistir en amonestación verbal, censura por escrito y multa de hasta el 25% de la remuneración diaria del trabajador.

Finalmente, el empleador podrá despedir al trabajador responsable de las conductas constitutivas del acoso sexual si los hechos son especialmente graves y resultan comprobados en el curso de la investigación. Las conductas

de acoso sexual, la ley laboral las ha incorporado como causal de caducidad del contrato de trabajo en el artículo 160 N° 1 letra b) del Código del Trabajo.

**CAPITULO IV. HISTORIA DE LA LEY 20.005 PUBLICADA EN EL
DIARIO, OFICIAL, EL 18 DE MARZO 2005, TIPIFICA Y SANCIONA EL
ACOSO SEXUAL**

La fecha de promulgación es el 08 de Marzo del 2005 y su fecha de publicación, el 18 de Marzo del 2005.

Se inició este Proyecto de ley por moción de los diputados señores Elizalde, Ascencio, Aguiló, Errázuriz, De la Maza, Letelier, Silva y las diputadas señoras Cristi, Pollarolo y Prochelle.

Se expresa en el considerando que inicia esta moción.

- 1.- Que existe una preocupación naciente a nivel nacional e internacional de proteger al trabajador frente a cualquier abuso de poder.
- 2.- Que no existe en Chile ninguna normativa que sancione el acoso u hostigamiento sexual a que se ven enfrentados muchas trabajadoras y trabajadores de nuestro país.
- 3.- Que los legisladores tenemos la obligación moral y constitucional de crear los medios legales idóneos para proteger la integridad física y psíquica de todos los habitantes del país.

A continuación se expresan las ideas matrices o fundamentales del proyecto.

En el informe de la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados, conforme al artículo 287 N° 1 del Reglamento de la Corporación y para los efectos de los artículos 66 y 70 de la Constitución Política de la República, como asimismo, de los artículos 24 y 32 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, cabe señalar que el proyecto original, en informe que consta de cinco artículos permanentes, fija como objetivo básico introducir en la legislación chilena la figura del acoso sexual.

El artículo 1° modifica el artículo 78 de la ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, agregándole una letra a) nueva, con el objeto de establecer dentro de las prohibiciones que afectan a los funcionarios públicos, el hecho de acosar sexualmente a subordinados de cualquier sexo. El artículo 2°, modifica el inciso 1° del artículo 114 de la citada ley, para disponer que los funcionarios públicos que acosen sexualmente a un subordinado podrán ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias. El artículo 3°, agrega dos numerales nuevos al artículo 494 del Código Penal, para tipificar como constitutivo de falta el hecho de cometer acoso sexual en contra de un subordinado o dependiente y el hecho de demandar laboral o penalmente a un superior por un falso acoso sexual. El artículo 4°, sustituye el inciso

primero del artículo 171 del Código del Trabajo, disponiendo que el trabajador víctima de acoso sexual podrá poner término al contrato de trabajo y recurrir al tribunal competente para que éste ordene el pago de las indemnizaciones laborales que sean procedentes, aumentadas hasta en un cincuenta por ciento. Y por último, el artículo 5° dispone que para los efectos de esta ley se entenderá que una persona es objeto de acoso sexual, cuando su empleador, un representante de éste o un superior jerárquico del afectado, le solicite verbal o gestualmente relaciones sexuales, contacto sexual o cualquier otra forma de actividad sexual que conlleve una promesa implícita o expresa de otorgarle un tratamiento preferencial en el empleo o una amenaza implícita o expresa de infringirle un tratamiento perjudicial. Al menos son tres los factores que han contribuido al mayor interés que suscita hoy este asunto:

1° El progreso del movimiento feminista en la política de los países industrializados. La promulgación de leyes en pro de la igualdad de oportunidades y la mayor atención que prestaban los empleadores a todo lo relacionado con las mujeres, incitaron a éstas a considerar más enérgicamente que antes el acoso sexual. También contribuyó al reconocimiento de la importancia de la cuestión, la decisión de efectuar numerosos estudios sobre su envergadura y su gravedad, así como la actuación de sindicatos y asociaciones femeninas, que dieron a conocer las características del fenómeno y sus

consecuencias, y la existencia de un entorno laboral en el cual resultaban más aceptables las quejas formuladas por las víctimas de acoso sexual.

2° El aumento del número de trabajadoras. En efecto, la incorporación de un gran número de mujeres al mundo del trabajo suscitó dos reacciones en cierto modo contradictorios.

Por un lado, en determinadas empresas antes dominadas por los hombres, se percibió el flujo de mujeres como una amenaza. La oposición a su presencia, revistió a veces, la forma de un acoso sexual, ideado con la finalidad de desconcertarlas y humillarlas, de disuadirlas a ocupar un puesto de trabajo en sectores laborales de dominación masculina y de poner de manifiesto su condición de trabajadoras inferiores y de segunda categoría, que sólo podían dedicarse a un "*trabajo femenino*". En otras empresas, la irrupción de mujeres, trajo consigo la exigencia de que cedieran a solicitudes sexuales para conseguir un empleo, no perder su trabajo o ser ascendidas o trasladadas.

Se sugería con ello, primero que las mujeres no debían competir con los hombres para los mismos trabajos, ni salirse de sus funciones femeninas tradicionales y en segundo lugar, que la mujer es ante todo un objeto sexual y solamente después una trabajadora apreciada.

3° Las primeras decisiones judiciales de Tribunales Federales Norteamericanos, a fines del decenio de 1970, en las cuales se declaraba que el acoso sexual era un tipo específico de comportamiento prohibido por la ley.

Estas decisiones formularon la tesis de que relaciones de índole sexual en el trabajo imponen al empleador ciertos deberes y obligaciones. Dejó de considerarse el acoso sexual como un problema personal entre dos personas.

En general, las diferentes legislaciones dan por configurado el acoso sexual en los siguientes casos:

- a) Cuando la sumisión a la conducta de acoso, se convierte de manera implícita o explícita en una condición para acceder al empleo;
- b) Cuando la sumisión, o el rechazo, por parte de un individuo, se convierte, en fundamento para la toma de decisiones que afectan a ése individuo en el empleo, y
- c) Cuando dicha exigencia interfiere en el desempeño el trabajo de ése individuo, creando un ambiente de trabajo intimidante, hostil u ofensivo.

Por otra parte, esas legislaciones exigen, generalmente, los siguientes requisitos o elementos para tipificar estas conductas como ilícitas: 1.- Que se trate de un comportamiento de carácter o connotación sexual. 2.- Que no sea deseado por la persona a la que va dirigido; y 3.- Que incida negativamente en la situación laboral de la víctima.

El actual Código del Trabajo contempla la institución del Reglamento Interno, en sus artículos 153 y siguientes.

Sin embargo, pese a que en sus disposiciones obligatorias se consignan las obligaciones y prohibiciones a que están sujetos los trabajadores, y la designación de los cargos ejecutivos o dependientes del establecimiento ante quienes los trabajadores deben plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias, no se conocen reglamentos que registren en forma especial este tipo de prácticas.

Ya al comienzo de la discusión en general y, específicamente en la discusión en particular de este proyecto de ley, se abordó el vacío que presentaba la iniciativa, al no contener normas que sancionaran el acoso sexual que fueran producto de conducta de mandos medios o se produjeran entre pares.

Al respecto, la señora Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, Sernam, explicó que el Código del Trabajo regula las relaciones entre empleador y trabajador, pero no entre trabajadores. Lo que si es obligatorio para el empleador es mantener un clima de respeto en la empresa, de forma tal que no se produzcan este tipo de conductas.

En el caso de que el acosador no sea el empleador, se entiende que no es posible responsabilizarlo de la conducta del trabajador, pero no es menos cierto que en la ocurrencia de una conducta de acoso sexual, habría un riesgo que el empleador debería prever o cautelar jurídicamente. Podría ser reprochable establecer una responsabilidad objetiva por un hecho de un tercero, pero también es cierto que hay un riesgo probable que la empresa debe asumir, porque resulta necesario objetivar, un tipo de cuidado, de prevención y de información y capacitación a todos sus dependientes. De lo que se trata, es de no castigar injustamente al empleador, pero hacerse cargo de la conducta ilícita. Entonces, la solución ha sido incorporar al articulado de los Reglamentos Internos la obligación legal de la empresa de practicar una investigación formal, secreta y rápida, semejante a una investigación sumaria, frente a una conducta de este tipo.

De esta forma se cuenta con un mecanismo efectivo de prevención del acoso sexual. La Dirección del Trabajo cuenta con la atribución para fiscalizar

todas las empresas respecto a este tipo de conductas. Así, cuando se produce un acoso *inter pares*, el empleador tiene dos alternativas: si no está contemplada la conducta en el Reglamento Interno, significa que la empresa no previó y será responsable, caso en el cual es procedente el auto despido; en caso contrario, si previó la situación y practicó la investigación correspondiente, será facultad del empleador, despedir o no hacerlo o aplicar otro tipo de sanciones establecidas en el Reglamento Interno.

Respecto de la indicación, se planteó la preocupación por la situación que puede presentarse en las pequeñas empresas, que no tienen el espacio suficiente ni la flexibilidad de la jornada de trabajo que permitan separar espacial y temporalmente a acosado y acosador, cuestión que no se presenta, ciertamente, en las medianas o grandes empresas.

A continuación transcribo el debate que suscitó en el parlamento, el acápite sobre "El procedimiento que se someterá los reclamos por acoso sexual".

El Honorable Senador señor Ruiz De Giorgio manifestó que resultaría conveniente fijarle un plazo al empleador para que, una vez recibida la denuncia, y en tanto no pueda resolver de inmediato el problema, ponga los antecedentes en conocimiento de la respectiva Inspección del Trabajo, ya que, de no establecerlo, este procedimiento podría transformarse en algo ineficaz.

El señor Ministro del Trabajo y Previsión Social estimó pertinente la sugerencia anterior, precisando que sólo cabría determinar la duración del plazo en cuestión, para que el procedimiento de que se trata se lleve adelante en los tiempos adecuados.

En otro orden de cosas, el Honorable Senador señor Parra destacó que la propuesta del Ejecutivo está diseñada para el evento de que el acoso no provenga del empleador; luego, si el acosador es este último, el reclamo debiera hacerse directamente ante la Inspección del Trabajo.

En relación a lo anterior, el asesor del Ministro del Trabajo y Previsión Social, señor Francisco Del Río, señaló que este proyecto de ley incluye las conductas de acoso sexual en el N° 1 del artículo 160 del Código del Trabajo, para hacer posible que, en caso de que el empleador sea el acosador, pueda operar el artículo 171 de dicho Código, que permite al trabajador, en los casos que señala, poner término al contrato de trabajo recurriendo al juzgado respectivo, cuestión que se conoce como "despido indirecto". Esto constituye la única defensa posible del trabajador.

Agregó que el procedimiento propuesto por el Ejecutivo efectivamente está diseñado para el acoso entre pares, y tiene dos objetivos fundamentales: 1) dar

una clara señal de que la empresa adoptará medidas frente a problemas que se presenten en materias de esta naturaleza, y por eso se incorpora en el Reglamento Interno, y 2) objetivar la responsabilidad del empleador en estos temas.

El Honorable Senador señor Parra dejó constancia que, en conformidad a lo expuesto, se obliga al trabajador acosado por el empleador a utilizar siempre la vía del "despido indirecto", lo que demandará soluciones judiciales. A su turno, el procedimiento que se consulta en la propuesta del Ejecutivo - del cual dará cuenta el respectivo Reglamento Interno - sólo regirá el acoso sexual entre trabajadores, esto es, entre pares.

Por su parte, el Honorable Senador señor Ríos subrayó que, como siempre lo ha sostenido, la ley sólo debe referirse a los aspectos globales y fundamentales de las materias que aborda, correspondiendo la regulación detallada de estas últimas a los reglamentos de ejecución de las leyes, propios de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Expresó que dicho predicamento también debe aplicarse respecto del tratamiento de las materias que aborda la iniciativa legal en debate y, por ello, el procedimiento en análisis - que contiene una regulación pormenorizada - no debiera contenerse en la ley, sino en su reglamento.

El H. Senador dejó constancia de que confía en que las autoridades del Ejecutivo dictarán los reglamentos adecuados que permitirán regular de mejor forma los múltiples aspectos relacionados con el tema en análisis. Más aún, las diversas e imprevistas situaciones que se presentarán en la práctica, implicarán modificar numerosas veces estas disposiciones.

El Senador Parra hizo presente la pertinencia de que el procedimiento en cuestión se contenga en este proyecto, toda vez que se está disponiendo la participación de un organismo público, a saber, la Inspección del Trabajo, y, por ello, se trata de una materia de ley, más aún, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. En consonancia con ello, el Ejecutivo presentó la indicación número 8) que, en lo fundamental, se recoge en la propuesta en comento. Por otra parte, este procedimiento garantiza la eficacia de la normativa del proyecto.

A su turno, el Honorable Senador señor Bombal, hizo presente que la propuesta de procedimiento del Ejecutivo señala que el empleador podrá adoptar medidas de resguardo para los involucrados en una denuncia por acoso sexual, pero debiera aclararse que ello procedería en tanto fuera posible, ya que no puede sujetarse al empleador a una serie de obligaciones que muchas veces no podrá cumplir.

El Honorable Senador señor Ríos expresó que, si se opta por regular este aspecto, además del alcance anterior, sería adecuado cambiar la frase "podrá adoptar" por "adoptará".

El Honorable Senador señor Bombal destacó, además, que resulta relevante que se resguarde la reserva de estos procedimientos, ya que debe velarse por la integridad de los trabajadores involucrados.

Al respecto, la abogada señora Pilar Oyarzún manifestó que el artículo 154 bis del Código del Trabajo asegura lo anterior, en tanto obliga al empleador a mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.

El asesor del Ministro del Trabajo y Previsión Social, señor Francisco Del Río, acotó que la jurisprudencia ha sido unánime en el sentido de aplicar dicho precepto a todos los elementos consignados en el Reglamento Interno.

Cabe señalar que, a solicitud del Honorable Senador señor Parra, se dejó constancia de que para la Comisión es importante que todo este procedimiento sea reservado y que, para estos efectos, se entienda aplicable el artículo 154 bis del Código del Trabajo.

En otro orden de cosas, el Honorable Senador Ríos expresó que el plazo que el procedimiento en análisis otorga a la Inspección del Trabajo para que emita su informe - así como los demás plazos planteados- no se adapta a la realidad de muchas faenas del mundo laboral, como por ejemplo, respecto de las contrataciones en época de navidad o en el caso de los trabajadores agrícolas de temporada.

Sobre el particular, el Honorable Senador señor Bombal manifestó que aquel plazo le parece muy breve, en atención a que se trata de materias complejas que pueden demandar un gran esfuerzo para Inspectores del Trabajo que no están habituados a pronunciarse sobre problemas de estas características, cuestión que podría significar que, en definitiva, estos asuntos se resuelvan en sede judicial.

El asesor del Ministro del Trabajo y Previsión Social, señor Francisco Del Río, señaló que la Dirección del Trabajo ha propiciado la creación de una suerte de unidades especializadas en cada Inspección del Trabajo, de manera de abordar las distintas denuncias que reciban. No obstante, el plazo en análisis puede resultar breve, por lo que podría elevarse a sesenta días.

El Honorable Senador señor Parra recordó que esta norma está referida al acoso entre pares, y lo que da sentido a la intervención de la Inspección del

Trabajo es evitar la judicialización de estos temas. En esa línea, elevar el plazo en cuestión a sesenta días, no genera problemas y contribuye a alcanzar dicho objetivo.

En síntesis, producto de este debate, se agregó el siguiente N° 12, nuevo, al artículo 154 del Código del Trabajo:

"12. El procedimiento a que se someterán los reclamos por acoso sexual, deberá considerar lo siguiente: La persona afectada deberá hacer llegar su reclamo por escrito a la dirección de la empresa, establecimiento o servicio. Recibida la denuncia, el empleador podrá adoptar las medidas necesarias para resolver de inmediato la denuncia, o bien poner los antecedentes de la misma en conocimiento de la respectiva Inspección del Trabajo a fin de que ésta fiscalice el cumplimiento de la legislación laboral relativa a acoso sexual. En ambos casos, el empleador podrá adoptar medidas de resguardo para los involucrados, tales como la separación de los espacios físicos o la redistribución del tiempo de jornada. La Inspección del Trabajo, en un plazo de 30 días deberá emitir su informe, el que será puesto en conocimiento del empleador, él o la denunciante y la o el denunciado. En conformidad al mérito del informe, el empleador deberá, dentro de los siguientes treinta días contados desde la recepción del informe, disponer y aplicar las medidas o sanciones que correspondan. La parte denunciante o denunciada podrá, por su parte, si no se

adoptan dichas medidas o sanciones o si éstas no son suficientes, poner término a su contrato de trabajo en virtud de lo dispuesto en el artículo 171 de este Código."

A continuación, se consideró la indicación número 20), de Su Excelencia el Presidente de la República, para intercalar, a continuación del numeral 4, el siguiente, nuevo:

En el artículo 168, agregase el siguiente inciso tercero nuevo:

"En el caso de las denuncias sobre acoso sexual, el empleador que haya cumplido con su obligación en los términos que señala el artículo 153 inciso segundo y 154 N° 12, no estará afecto a recargo de la indemnización a que hubiere lugar, en caso de que el despido sea declarado injusto, indebido o improcedente".

Esta indicación fue aprobada con enmiendas formales, por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores Bombal, Canessa, Parra y Ruiz De Giorgio.

Se enmienda el artículo 171 del Código del Trabajo, que contempla lo que se conoce como "*despido indirecto*", esto es, la facultad del trabajador de poner

término al contrato de trabajo cuando quien incurre en las causales que la norma indica es el empleador, pudiendo, además, recurrir al juzgado respectivo para que éste ordene el pago de las indemnizaciones que se señalan².

² La discusión señalada puede encontrarse en Historia de la Ley 20.005 Compilación de Textos oficiales del Debate Parlamentario, Santiago de Chile 2005.

CAPITULO V. LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA EMANADA DE LA DIRECCION DEL TRABAJO DE CHILE

Esencialmente la normativa administrativa ha sido establecida por la Dirección del Trabajo, entidad dependiente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, a través de Oficios Ordinarios o Dictámenes que han fijado el alcance de la ley, para los efectos de ser adecuadamente interpretada en el ámbito administrativo.

En el **ORD. N° 1133/136, del 21.03.2005** se fija el sentido y alcance de las normas contenidas en la Ley No 20.005, sobre prevención y sanción del acoso sexual.

A su vez, en el **ORD. N° 3127/786, de 21.07.2005**, se fijan las normas que sobre acoso sexual deben contemplar los reglamentos internos de las empresas.

A continuación analizaremos estos cuerpos normativos.

La Ley No 20.005 corresponde a una manifestación del pleno reconocimiento de los derechos fundamentales dentro de las relaciones laborales, tal como en su momento lo hiciera la Ley No 19.759, del 2001, que modificó el inciso primero del artículo 5° del Código del Trabajo, señalando que *"el ejercicio de las*

facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.

De este modo, la represión del acoso sexual tiene su fundamento en el respeto y promoción de los derechos fundamentales de la persona afectada en el trabajo, cuestión que exige a las empresas, tal como lo señala la nueva redacción del artículo 153 del Código del Trabajo, la creación de *“un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”*. Especialmente relevante en la prevención y represión del acoso sexual en el ámbito laboral, es el deber de protección establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo que señala que *“el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales”*.

El acoso sexual corresponde en lo fundamental, a una conducta ilícita que lesiona diversos bienes jurídicos del trabajador afectado, tales como la integridad física y síquica, la igualdad de oportunidades, la intimidad y la libertad sexual, todos derechos derivados de la dignidad de la persona, cuestión, por lo demás, expresamente protegida en la nueva redacción del artículo 2° del

Código del Trabajo, al señalar que *"las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona"*.

1.- En primer lugar, en lo referido al concepto de acoso sexual, cabe señalar que la ley en comento ha modificado el artículo 20 del Código del Trabajo, disponiendo que se entiende por tal *"el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo"*.

De este modo, existe acoso sexual, según lo dispuesto por la norma legal recién citada, cuando una persona, ya sea el empleador u otro trabajador, efectúa o solicita requerimientos de naturaleza sexual al afectado(a), no consentidos por éste, amenazándolo en su situación y entorno laboral o perjudicándolo en sus oportunidades en el empleo.

En ese sentido, cabe precisar que las conductas constitutivas de acoso no se encuentran limitadas a acercamientos o contactos físicos, sino que incluye cualquier acción del acosador sobre la víctima que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido, tal como lo pone expresamente de manifiesto el concepto legal recién transcrito, cuando señala que el acoso sexual

puede producirse *"por cualquier medio"*, incluyendo en ese sentido, propuestas verbales, correos electrónicos, cartas o misivas personales, etc.

La ley ha entendido, al utilizar la expresión *"amenacen o perjudiquen su situación laboral"*, que se configura la conducta de acoso sexual no sólo cuando la persona afectada sufre un perjuicio o daño laboral directo en su situación al interior de la empresa, sino que también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo de trabajo, se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo.

2.- En segundo lugar, es necesario señalar que la nueva normativa legal establece como una obligación de los empleadores contar con normas sobre acoso sexual en los reglamentos internos de orden, higiene y seguridad. En efecto, tal como señala expresamente el artículo 153, inciso segundo, del Código del Trabajo, a partir de la reforma de la ley:

"Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores".

En el caso de las denuncias sobre acoso sexual, el empleador que, ante una denuncia del trabajador afectado, cumpla íntegramente con el procedimiento

establecido en el Título IV del Libro II, no estará afecto al aumento de la indemnización señalado en la letra c) del inciso primero del artículo 168.

De este modo, armonizando los preceptos anteriores, es posible señalar que en las empresas que se encuentren obligadas por la legislación laboral vigente a contar con reglamento interno de orden, higiene y seguridad, éstos deberán necesariamente contener normas que tengan por objeto el adecuado respeto a la dignidad de los trabajadores.

Para el logro de ese objetivo exigido por la ley, es necesario que los empleadores señalen en sus respectivos reglamentos, como mínimo, las siguientes estipulaciones:

a.- El procedimiento a que se someterá el conocimiento de las denuncias de acoso sexual por parte de los trabajadores, deberá sujetarse a las condiciones mínimas señaladas en el artículo 211-C del Código del Trabajo.

b.- Las medidas de resguardo que la empresa aplicará en caso de denuncias de acoso sexual, con el objeto de garantizar los derechos de los involucrados, se practicarán conforme al artículo 211-B del Código del Trabajo.

La exigencia anterior, de contar con normas sobre acoso sexual en los reglamentos internos de las empresas, es exigible aún cuando éstos hayan sido dictados con anterioridad a las normas contenidas en la Ley N° 20.005.

En el caso de empleadores que no tengan obligación de contar con un reglamento interno de orden, higiene y seguridad en conformidad a la legislación vigente, es necesario precisar que, por carecer de dicho deber, no están obligados a contar con normas sobre acoso sexual en los términos precedentemente señalados. Sin perjuicio de lo anterior, nada impide que el empleador en esta situación decida contar con normas de prevención y sanción del acoso sexual, mediante la dictación del respectivo reglamento interno, favoreciéndose de ese modo de la norma de no recargo indemnizatorio prevista en el inciso tercero del artículo 168 del Código del Trabajo.

En el caso de que un empleador que no tiene obligación de tener reglamento interno de orden, higiene y seguridad reciba una denuncia de acoso sexual, y no tenga normas sobre acoso sexual en los términos del párrafo anterior, deberá inmediatamente remitirla a la Inspección del Trabajo respectiva, para que esta autoridad administrativa dé curso al procedimiento de investigación.

3.- En tercer lugar, cabe referirse al procedimiento de investigación del acoso sexual establecido en el nuevo Título IV del Código del Trabajo. Al

respecto, cabe señalar que la nueva normativa establece un procedimiento que se instruye sobre la base que el denunciado no corresponde al empleador, sino a otros trabajadores, incluyendo a los superiores jerárquicos.

En efecto, el artículo 211-A, que encabeza el título citado señala:

"En caso de acoso sexual, la persona afectada deberá hacer llegar su reclamo por escrito a la dirección de la empresa, establecimiento o servicio, o a la respectiva Inspección del Trabajo".

De este modo, el procedimiento establecido en la ley se inicia con una denuncia presentada por la persona afectada, la que puede ser dirigida a su empleador directamente o a la Inspección del Trabajo correspondiente.

Dicha denuncia puede ser presentada por el propio afectado, o por el sindicato al que se encuentre afiliado cuando sea requerido expresamente, por aplicación de los números 2 y 3 del artículo 220, que facultan, respectivamente, a la organización sindical de que se trata, a *"representar a los trabajadores en el ejercicio de los derechos emanados de los contratos individuales de trabajo, cuando sean requeridos por los asociados"* y a *"velar por el cumplimiento de las leyes del trabajo o de la seguridad social, denunciar sus infracciones ante las autoridades administrativas o judiciales"*.

El empleador que ha recibido una denuncia sobre acoso sexual puede decidir efectuar un procedimiento interno de investigación y sanción o remitirla a la Inspección del Trabajo para que dicho organismo investigue.

En todo caso, el empleador debe inmediatamente después de recibida la denuncia, adoptar medidas de resguardo destinadas a mantener un ambiente laboral de respeto entre los involucrados, cuestión que corresponde a un deber legal plenamente exigible desde el punto de vista de la autoridad administrativa.

El procedimiento efectuado por la empresa debe sujetarse a las condiciones mínimas establecidas en el artículo 211-C del Código del Trabajo, es decir, *“ésta deberá enviarse a la Inspección del Trabajo respectiva”*.

Los resultados de esta investigación interna deben ser remitidos a la Inspección del Trabajo, para que ésta, si lo estima pertinente, efectúe, tanto desde el punto de vista procedimental como de las conclusiones del empleador, las observaciones que correspondan y que deberán ser puestas en conocimiento del empleador, denunciante y denunciado.

En caso de presentarse la denuncia a la Inspección del Trabajo, ya sea por la persona afectada o por el empleador que la remite, esta Institución deberá,

junto con sugerir de inmediato al empleador las medidas de resguardo para proteger a los involucrados, investigar los hechos en conformidad al procedimiento administrativo correspondiente. En todo caso, la investigación respectiva no podrá exceder de treinta días.

En cualquiera de las situaciones anteriores, ya sea que la investigación fuere efectuada internamente por el empleador, o ya sea que fuere realizada por la Inspección del Trabajo respectiva, el empleador tiene un plazo de quince días, desde que recibe el informe elaborado por la Inspección del Trabajo o las observaciones de ésta, para disponer las medidas y aplicar las sanciones que correspondan.

4.- Para el caso que el denunciado sea el propio empleador, cabe señalar que no corresponde la aplicación del procedimiento contemplado en el Título IV del Código del Trabajo, de la investigación y sanción del acoso sexual, debiendo en dicho caso efectuarse la denuncia directamente a la Inspección del Trabajo respectiva por infracción a las normas legales laborales contenidas en el artículo 2° del texto legal citado.

Cabe destacar que, tal como se ha señalado, el acoso sexual corresponde a una conducta ilegal, que transgrede el artículo 2° del Código del Trabajo, y lesiona diversos bienes de la persona afectada, protegidos por el ordenamiento

jurídico vigente, debiendo el Estado, a través de sus órganos fiscalizadores, sancionar administrativamente dicha conducta. En esta situación, en que el empleador es el denunciado, el procedimiento para la denuncia de acoso sexual será el que corresponda para la aplicación de una multa administrativa de esta naturaleza, según lo disponga la Institución, dando garantías de celeridad y reserva para los involucrados,

En consecuencia, de las consideraciones jurídicas precedentemente transcritas, es posible concluir lo siguiente:

1.- Las conductas constitutivas de acoso no se encuentran limitadas a acercamientos o contactos físicos, sino que incluye cualquier acción del acosador sobre la víctima que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido, incluyendo en ese sentido, propuestas verbales, correos electrónicos, cartas o misivas personales, que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. La ley ha entendido que se configura la conducta de acoso sexual no sólo cuando la persona afectada sufre un perjuicio o daño laboral directo en su situación al interior de la empresa, sino que también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo de trabajo, se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo.

2.- Las empresas que se encuentren obligadas por la legislación laboral vigente a contar con reglamento interno de orden, higiene y seguridad, ellos deberán necesariamente contener normas que tengan por objeto el adecuado respeto a la dignidad de los trabajadores, especialmente las referidas a la prevención y sanción del acoso sexual, así como el procedimiento interno en caso de denuncia.

Ahora, en el caso de que un empleador que no tiene obligación de tener reglamento interno de orden, higiene y seguridad reciba una denuncia de acoso sexual, y no tenga normas sobre acoso sexual en los términos del párrafo anterior, deberá inmediatamente remitirla a la Inspección del Trabajo respectiva, para que esta autoridad administrativa dé curso al procedimiento de investigación respectiva.

3.- Tanto en el caso que la investigación fuere efectuada internamente por el empleador, o ya sea que fuere realizada por la Inspección del Trabajo respectiva, el empleador tiene un plazo de quince días, desde que recibe el informe elaborado por la Inspección del Trabajo o las observaciones de ésta a las conclusiones del procedimiento efectuado por el empleador, para disponer las medidas y aplicar las sanciones que correspondan.

4.- El acoso sexual corresponde a una conducta ilegal, que infracciona el artículo 2° del Código del Trabajo, y lesiona diversos bienes de la persona afectada, protegidos por el ordenamiento jurídico vigente, debiendo el Estado, a través de sus órganos fiscalizadores, sancionar dicha conducta a través del procedimiento administrativo que corresponda.

ORD. No 3127/86, sobre las modificaciones al reglamento Interno para incorporar las nuevas normas relativas al acoso sexual.

La obligación del empleador de establecer en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad las disposiciones sobre acoso sexual introducidas al Código del Trabajo por la Ley No 20.005, debe entenderse cumplida si éstas se consignan en un documento modificadorio de dicho instrumento, incorporado a éste y publicitado en la forma que establece la ley, cuya copia debe ser entregada a los trabajadores, como también, al delegado del personal y demás entidades a que alude el inciso lo del artículo 156 del Código del Trabajo, si correspondiere, no siendo necesario, por ende, que para tal efecto se proceda a confeccionar un nuevo texto de dicho reglamento. Deja sin efecto lo resuelto en Ord. No 615 y 622, ambos de 29.04.05, de la Inspección Comunal del Trabajo de Maipú.

Mat.: Reglamento Interno. Modificaciones. Acoso Sexual.

RDIC.: La obligación del empleador de establecer en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad las disposiciones sobre acoso sexual introducidas al Código del Trabajo por la Ley N° 20.005, debe entenderse cumplida si éstas se consignan en un documento modificadorio de dicho instrumento, incorporado a éste y publicitado en la forma que establece la ley, cuya copia debe ser entregada a los trabajadores, como también, al delegado del personal y demás entidades a que alude el inciso lo del artículo 156 del Código del Trabajo, si correspondiere, no siendo necesario, por ende, que para tal efecto se proceda a confeccionar un nuevo texto de dicho reglamento. Deja sin efecto lo resuelto en Ord. No 615 y 622, ambos de 29.04.05, de la Inspección Comunal del Trabajo de Maipú.

ANT.: 1) Pase N° 82 de 30.06.05, Inspección Comunal del Trabajo de Maipú.

Mediante presentación citada en el antecedente impugna las observaciones formuladas por la Inspección Comunal del Trabajo de Maipú a los reglamentos internos de las empresas Hipermercado Maipú Ltda. e Hipermercados Lonquén Ltda., en relación con las nuevas normas sobre acoso sexual incorporadas al Código del Trabajo por la Ley No 20.005, publicada en el Diario Oficial de 18 de marzo de 2005.

Fundamenta tales impugnaciones, entre otras consideraciones, en que sus representadas, en cumplimiento de la citada ley, que establece la obligación de contemplar tal normativa en los respectivos reglamentos internos de orden, higiene y seguridad, procedió a complementar los actualmente existentes, insertándoles un párrafo específico sobre la materia y cumpliendo con las medidas de publicidad que establece el artículo 194 del Código del Trabajo.

El inciso 2o del artículo 2o del Código del Trabajo, incorporado por la ley No 20.005, dispone:

"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».

A su vez, el artículo 153 del Código del Trabajo, en sus dos primeros incisos, el último de los cuales fue introducido por la citada ley, prescriben:

"Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los

que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligados a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento".

"Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores".

Por su parte, el artículo 154 del mismo Código, que establece las disposiciones que debe contener el reglamento interno, en su No 12, agregado por la Ley No 20.005, dispone:

"El procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual.

«En el caso de las denuncias por acoso sexual, el empleador, que ante una denuncia de; trabajador afectado, cumpla íntegramente con el procedimiento establecido en el Título IV del Libro 11, no estará afecto al aumento señalado en la letra c) del inciso primero del artículo 168".

Finalmente, el nuevo inciso 30 del artículo 168 del Código del Trabajo, previene:

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

Del análisis armónico de las normas legales precitadas, se infiere, en primer término, que nuestra legislación laboral reconoce como conductas incompatibles con la dignidad de la persona, entre otras, aquellas que constituyen acoso sexual de acuerdo al concepto fijado en el artículo 20, inciso 2o del código del Trabajo, precedentemente transcrito.

Se infiere asimismo, que la nueva normativa sobre la materia, establece la obligación del empleador de incorporar en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, disposiciones que garanticen un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores, como también, las normas de procedimiento a que deberán someterse las denuncias por acoso sexual que eventualmente pudieren formularse y las medidas de resguardo y sanciones correspondientes.

Finalmente, de las normas precitadas se desprende que si ante una de dichas denuncias el empleador cumple íntegramente con el procedimiento previsto en el Título IV del Libro 11 del Código del Trabajo, incorporado por la referida Ley No 20.005 -procedimiento éste que se contempla en los artículos 211 -A a 211 -E de dicho Código- no regirá a su respecto lo dispuesto en la letra c) del artículo 168 del mismo cuerpo legal y, por ende, no estará afecto a la obligación de incrementar la indemnización legal por años de servicio en el porcentaje allí establecido, vale decir, en un 80%, cuando habiéndose reclamado judicialmente del despido producido por aplicación de la causa; establecida en la letra b) del artículo 160, esto es, "conductas de acoso sexual", éste sea declarado injusto, indebido o improcedente.

Precisado lo anterior, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 156 del Código del Trabajo, el cual prescribe:

«Los reglamentos internos y sus modificaciones deberán ponerse en conocimiento de los trabajadores treinta días antes de la fecha en que comiencen a regir, y fijarse, a lo menos, en dos sitios visibles del lugar de las faenas con la misma anticipación. Deberá también entregarse una copia a los sindicatos, al delegado del personal y a los Comités Paritarios existentes en la empresa.

Además, el empleador deberá entregar gratuitamente a los trabajadores un ejemplar impreso que contenga el texto del reglamento interno de la empresa".

De la norma legal precitada se infiere que el legislador ha establecido que los reglamentos internos, como también, las modificaciones que se les introduzcan, deben ponerse en conocimiento de los trabajadores treinta días antes de la fecha en que comiencen a regir y que deberán fijarse en dos sitios visibles del lugar de las faenas con la misma anticipación, haciendo entrega de la copia respectiva a los trabajadores, como asimismo, a los sindicatos, delegado del personal y Comités Paritarios, si correspondiere.

Como es dable apreciar, la propia ley reconoce al empleador la facultad de modificar los reglamentos internos, previo cumplimiento de las medidas de publicidad que la misma establece.

De este modo entonces, este Servicio no ve impedimento legal alguno para que las nuevas disposiciones que, conforme a las modificaciones introducidas al Código del Trabajo por la Ley No 20.005, debe contener el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, se inserten en éste a través de un documento modificador de dicho instrumento, cumpliendo las medidas de publicidad correspondientes y haciendo entrega de copia del mismo a los

trabajadores, como también, al delegado de personal y demás entidades a que e refiere el inciso lo del artículo 156, ya citado, si correspondiere, no siendo necesario en tal caso, elaborar un nuevo reglamento interno.

En mérito de todo lo expuesto, no cabe sino concluir que los ordinarios Nos 615 y 622, ambos de 29.04,05, no se ajustan a derecho en cuanto ordena a las empresas recurrentes confeccionar un nuevo reglamento interno que contenga las nuevas disposiciones sobre acoso sexual incorporadas al texto del Código del Trabajo por la tantas veces citada, Ley No 20.005.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, la obligación del empleador de establecer en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad las disposiciones sobre acoso sexual incorporadas al Código del Trabajo por la Ley No 20.005, debe entenderse cumplida si éstas se consignan en un documento modificadorio de dicho instrumento, incorporado a éste y publicitado en la forma que establece la ley, cuya copia debe ser entregada a los trabajadores, como también, al delegado del personal y demás entidades a que alude el inciso lo del artículo 156 del Código del Trabajo, si correspondiere, no siendo necesario, por ende, que para tal efecto se proceda a confeccionar un nuevo texto de dicho reglamento. Deja sin efecto lo resuelto en Ord. Nos 615 y 622, ambos de 29.04.05, de la Inspección Comunal del Trabajo de Maipú.

Conforme al **Dictamen N° 4354/059, de 29.10.2009**, se precisan las atribuciones de que está investida la Inspección del Trabajo respectiva. Así, en tal pronunciamiento, se explica que esta entidad administrativa tiene atribuciones para pronunciarse sobre la investigación y las conclusiones a que hubiese arribado el empleador y, tales observaciones deben ponerse en conocimiento de todos los interesados en el procedimiento.

Ahora bien, estas atribuciones del ente administrativo se encuentran investidas de imperio. Es decir, el punto de vista de la Inspección debe ser acatado por el empleador, tanto en el aspecto de los vicios de procedimiento en que se podría haber incurrido en su investigación, como también en la apreciación de los hechos investigados y la calificación jurídica que de ellos se haya practicado, lo que incluye la entidad y gravedad de las conductas involucradas.

Asimismo, el **Dictamen N° 0100/002, de 09.01.2012**, interpretando la ley N° 20.005 y con el objeto que ésta cumpliera adecuadamente con las finalidades que le señalara el legislador, incorporó un plazo que originalmente el cuerpo legal no contemplaba.

Efectivamente, en el caso que la investigación por acosos sexual se instruya por el empleador, el texto legal omite la fijación de plazo para que ésta sea enviada para su pronunciamiento por la Inspección del Trabajo respectiva.

En tal situación, la Dirección del Trabajo no sólo interpreta la ley, sino que además incorpora expresamente un plazo que el legislador omitió, y que la instancia administrativa lo fijó en 5 días; esto es, perentoriamente, el empleador, concluida la investigación por acoso, debe remitir todos los antecedentes a la Inspección en el referido término.

Con esta jurisprudencia, se ha querido garantizar la eficacia de la ley, en el sentido que, en la medida que estén involucrados derechos fundamentales, cabe especialmente a un órgano que integra la Administración del Estado, como la Dirección del Trabajo, asumir una actitud activa y coadyuvante.

Lo anterior, en la práctica, implica adherir a la moderna doctrina sobre la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, de tal forma que deben servir de pauta de comportamiento de los individuos en su relaciones y no simplemente de ser un elemento interpretativo de derecho privado.

CAPITULO VI. EL ACOSO SEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO

6.1. Respecto de los procedimientos especiales de reclamación en el Derecho Comparado.

Los procedimientos especiales aplicables a las reclamaciones por acoso sexual y, más ampliamente, por discriminación, sexual, se encuentran muy a menudo en las leyes de igualdad de oportunidades. Típicamente, algunas de estas leyes de igualdad de oportunidades han creado una comisión especial de igualdad de oportunidades, una comisión de derechos humanos, juntas, un defensor del pueblo o un comisario que tienen autoridad para admitir e investigar reclamaciones por acoso sexual (Australia, Canadá, Finlandia, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Suecia, Estados Unidos).

Las reclamaciones se mantienen normalmente en secreto hasta que se hace una reclamación formal contra el empleador, y se solicita el testimonio del mismo. En algunos casos puede asignarse a un demandante un investigador del mismo sexo, si los hechos del caso fueren demasiado embarazosos o delicados para que el demandante los discutiera con alguien del sexo opuesto. Si la entidad institucional encuentra que la querrela tiene fundamento, intentará, normalmente, propiciar un acuerdo entre las partes. Sin embargo, si fallan estos

esfuerzos, en algunos países el órgano institucional puede hacer que se cumpla la ley, o remitir al demandante a otra entidad institucional para que ésta haga que se cumpla la ley, o hacer propuestas en nombre del demandante (Australia, Canadá, Finlandia, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Suecia, Estados Unidos). En algunos países, la misma entidad institucional es el órgano que juzga la reclamación en un proceso administrativo, por ejemplo, Canadá, Estados Unidos (California).

Con la excepción de Nueva Zelanda, cuya ley de contratos de empleo prevé procedimientos complejos para tramitar las reclamaciones de acoso sexual, como queja personal contra un empleador, no hay procedimientos especiales para tratar las reclamaciones por acoso sexual de acuerdo con las leyes laborales de los 23 países examinados, especialmente los Estados Unidos de América.

De forma similar, en relación con los procedimientos aplicables a la presentación de reclamaciones de acoso sexual basadas en las teorías de la ley de actos ilícitos, no existen procedimientos especiales y la reclamación se tramita en los tribunales ordinarios tal como se hace con otras reclamaciones civiles.

En los casos penales, queda ordinariamente a discreción del fiscal del Estado entablar un procedimiento penal contra un presunto acusado por acoso sexual. Por lo tanto, con la excepción del Reino Unido, donde todavía se permiten acciones criminales privadas, un demandante tendrá que convencer al fiscal del Estado para entablar una acción criminal contra el presunto acosador, si se quiere que haya un castigo.

Al proseguir con cualquier tipo de pleito civil en los países examinados, la carga de la prueba recae en el demandante que alega el acoso. En los países de habla inglesa, esta carga de la prueba es a menudo denominada el predominio de la evidencia (Estados Unidos), o el balance de las probabilidades (Australia, Reino Unido), mientras que en muchos países con legislación civil, el Código Civil impone al demandante una simple obligación de demostrar las alegaciones sostenidas en la reclamación, lo que ha sido interpretado en el sentido de que el juez debe estar firmemente convencido de la tesis sostenida por el demandante. De cualquier modo, esto puede ser difícil de probar en un proceso de acoso sexual. La mayoría de las proposiciones de beneficios tangibles de trabajo a cambio de favores sexuales, no se hacen con testigos presentes, sino que se hacen con la sola presencia del presunto acosador y de la víctima elegida. Por lo tanto, puede darse el caso de que sea la palabra del demandante contra la del presunto acosador.

Como tesis general, no se permite ordinariamente a un empleador indagar acerca de la vida sexual o la reputación de un demandante. Esta prohibición se establece, por ejemplo, en la Norma 412 de las Normas Federales de Prueba de los Estados Unidos, que prohíbe dicha prueba en los casos de violación, y que ha sido aplicada por analogía a los casos de acoso sexual. En forma parecida, en la ley de contratos de empleo de Nueva Zelanda, hay una disposición explícita según la cual no puede tenerse en cuenta la experiencia o reputación sexual de un demandante en un procedimiento por agravios personales relativo a alegaciones de acoso sexual.

Sin embargo, se permitirían los testimonios en un juicio relativo a una relación del demandante con un presunto acosador, para desacreditar la afirmación de que la conducta del presunto acosador era molesta. Por lo tanto, en los Estados Unidos, por ejemplo, sería normalmente admisible la prueba de que el demandante tenía relaciones amorosas con el presunto acosador, o habla ido solo por la noche a la casa del presunto acosador, o que el demandante había pasado voluntariamente el tiempo con el presunto acosador en lugares acordados fuera del empleo.

Debe también admitirse a prueba, en relación con el asunto de la buena acogida de la conducta sexual, el comportamiento en el lugar de trabajo de un demandante con otras personas. En los Estados Unidos, se mantuvo en un

caso que la prueba que demostraba que la demandante había iniciado conversaciones, sexualmente orientadas, con los colegas masculinos y femeninos, que había preguntado a los empleados masculinos sobre sus relaciones matrimoniales y fuera del matrimonio, y que ella misma había hecho voluntariamente alusiones a detalles sobre sus propias relaciones sexuales prematrimoniales y matrimoniales, podía ser presentada en el juicio para mostrar que la conducta de la que se quejaba había sido incitada por el propio comportamiento de la demandante, y era, por lo tanto, recibida con agrado. Sin embargo, una prueba admitida que demuestra el uso por parte del demandante de un lenguaje sexual explícito o de alusiones sexuales en un lugar acordado con personas distintas del presunto agresor, es un motivo para privar al demandante de protección legal contra el acoso sexual, y tiene utilidad limitada para determinar si el demandante recibió con agrado la conducta del presunto acosador.

La conducta sexual del demandante con terceras personas fuera del lugar de trabajo no es generalmente admitida a prueba en un juicio en los pleitos estadounidenses, basándose en que está demasiado alejada en tiempo o espacio del lugar de trabajo. Dicha prueba ha sido también excluida como prueba inadmisibile del carácter del demandante .

6.2. Respetto de la existencia de Autoridades Institucionales relacionadas con el acoso

En otros países se ha establecido una oficina adscrita a un ministerio del gobierno, para ocuparse de los derechos de las mujeres. Muy comúnmente dichas oficinas de derechos de las mujeres están adscritas al Ministerio de Trabajo (Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Portugal). Pero a veces se encuentran adscritas al Ministerio de Asuntos Sociales (España) o al Ministerio de Justicia y Policía (Suiza). Dichas oficinas son normalmente competentes para tratar las cuestiones del acoso sexual en el lugar de trabajo, y son normalmente el centro de iniciativas legislativas³.

6.3.Francia

³ Para una exposición más detallada, ver KADUE, David. Sexual harassment in employment law, Washington, D.C., Bureau of National Affairs, 1999. PP.538-540. Antes de la aprobación de la Norma 412, se podía presentar una prueba de la promiscuidad del querellante, basándose en que la promiscuidad sexual probaba el consentimiento de someterse a los actos sexuales. Bigoni v. Almacenes Pak Pan'n, 48 FEP Casos 732 (D Or. 1988) Reichman v. Oficina de Acción Afirmativa, 536 F Supp. 1149, 30 FEP Casos 1644 (M.D. Pa. 1982) (el querellante invitó al presunto acosador a almuerzos caseros en diversas ocasiones). Ver, por ejemplo, Evans y Mail Handiers, 32 FEP Casos 634 (D.D.C. 1983) (relaciones sexuales consensuadas, fuera del centro de trabajo, relacionados con la buena acogida de las insinuaciones); Laudensiager v. Covert, 163 Mich. App. 484, 415 N W 2d 254, 45 FEP Casos 907 (1987, apelación denegada, 430 Mich 865 (1988) (actividades consensuadas fuera del lugar de trabajo relacionadas con la buena acogida de las insinuaciones sexuales).

No se hace ninguna referencia explícita al acoso sexual en ninguna ley específica francesa en vigor a mayo de 1992.

Los Tribunales han interpretado que diversas disposiciones del Código Penal en vigor, incluyen los actos de acoso sexual. Se ha interpretado también por los tribunales, que el acoso sexual está prohibido por ciertas disposiciones del Código del Trabajo, muy especialmente por aquellas que prohíben el despido sin una causa justa. Estas resoluciones judiciales han establecido también la responsabilidad basada en un abuso de autoridad, pero no tratan la cuestión del acoso sexual por los compañeros o los no empleados. No se ha interpretado por los tribunales que la legislación que prohíbe la discriminación en el empleo basándose en el sexo, que forma parte también del Código de Trabajo, prohíba el acoso sexual. El acoso sexual se trata específicamente en una nueva ley penal que hará que el acoso sexual de los supervisores sea ilegal. La nueva ley ha sido aprobada por la Asamblea Nacional, y debe entrar en vigor, como parte del nuevo Código Penal, aprobado éste en 1993, estando sujeta a su posible armonización por la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional y el Senado, con otras leyes del nuevo Código Penal.

El Gobierno francés ha propuesto también modificar el Código de Trabajo para prohibir el acoso sexual en el lugar de trabajo por los supervisores. Se aprobó por el Consejo de Ministros en abril de 1992 un texto propuesto, y se

revisó por el Parlamento. El acoso sexual en el trabajo, como un asunto político en Francia, estuvo afectado por el desarrollo de la legislación en Canadá y los Estados Unidos, en los años 1970, y por las iniciativas de las Comunidades Europeas, a mediados de los años 1980. En octubre de 1985, el Secretario de Estado para los Derechos de las Mujeres condenó públicamente el acoso sexual en el lugar de trabajo. En mayo de 1988, se envió una delegación oficial del Secretario de Estado para los Derechos de las Mujeres a Quebec para establecer contactos y recoger información sobre los problemas de las mujeres en el lugar de trabajo. En marzo de 1989 se celebró en París una reunión internacional sobre el tema del acoso sexual y el abuso de autoridad en el lugar de trabajo.

a) Definición

En la nueva ley penal adoptada por la Asamblea Nacional se menciona el acoso sexual en el título de la ley, pero no se da una definición legal. La nueva ley hace constar que *"el acto de cualquier persona, que abusa de la autoridad que se le ha conferido por su posición para presionar a alguien con la intención de obtener favores sexuales, es punible"*. Ya que el significado en el diccionario de acoso es el de un contacto repetido, hubo algunos legisladores que prefirieron el término agresión sexual, en el sentido de una acción física o verbal. Acoso sexual fue considerado como un término importado de EE.UU. de

América y no totalmente adecuado para prohibir la conducta sexual no deseada. Estos legisladores estaban preocupados por la interpretación judicial que con el tiempo se diera a la palabra "acoso" si estuviera incluida en el texto. Sin embargo, el título del nuevo Artículo 222-32-1 que se aprobó por votación es el de acoso sexual, aunque no aparezcan las frases "acoso sexual" ni "agresión sexual" en el texto de la ley. Este compromiso dejó a los promotores de la ley con el título simbólico deseado, pero satisfizo a los legisladores que expresaron su intención de que una conducta molesta repetida y una conducta molesta basada en un único incidente estuvieran claramente prohibidas '

6.4.La lucha contra el acoso sexual en el trabajo. Protección legal.

a) Código de Trabajo.

En el Código de Trabajo hay disposiciones que establecen que la discriminación sexual en el empleo es ilegal [Artículos 123-1 a L 123-5, L 122-35, L-900-41 Sin embargo, no ha habido procesos donde se haya interpretado por los tribunales que estas disposiciones prohíben el acoso sexual

De acuerdo con el Artículo L 122-14-4, cuando un empleador despide a un empleado por una razón que no es "real y grave", el empleado puede poner reparos a la decisión El tribunal tiene la posibilidad de recomendar la

reintegración del empleado, y, si no se sigue esta recomendación, exigir indemnizaciones en dinero que deben pagarse al empleado y que no pueden ser inferiores al salario de la persona durante los seis meses previos. Esta disposición se aplica solamente a los empleados que han trabajado durante dos años como mínimo para el empleador, y a los establecimientos que emplean once o más trabajadores. Se ha usado con éxito para poner reparos a un despido que no era por una causa grave o real, pero se basó más bien en la respuesta del empleado al acoso sexual realizado por un supervisor.

De acuerdo con el Artículo L 122-4, un empleado puede también dimitir y reclamar

Un despido sobreentendido con indemnización, si el acoso sexual por un supervisor crea tal insostenible situación que justifica la dimisión. El despido sobreentendido basado en acoso sexual ha sido establecido en un proceso judicial. De acuerdo con el Artículo L 122-41, un empleado puede también poner reparos a una acción del supervisor que tiene como resultado una sanción disciplinaria, si se basó en la resistencia del empleado al acoso sexual de un supervisor.

En ciertos procesos se ha considerado que el acoso sexual por los supervisores del personal femenino constituye un agravio grave por el que está justificado un despido inmediato sin pagar indemnizaciones.

b) Código Civil.

El acoso sexual podría potencialmente ser considerado como un agravio grave tal como se define en el Artículo 1383 del Código Civil. Este artículo es la disposición legal equivalente en la legislación francesa a la ley común de responsabilidad civil. Estipula que todas las personas son responsables por una conducta negligente o voluntaria que tiene como resultado un perjuicio para otros Sin embargo, no se conocen procesos judiciales donde se haya interpretado que el Artículo 1383 incluye el acoso sexual

c) Código Penal.

Hay diversas disposiciones del Código Penal en vigor que podrían actualmente usarse para combatir el acoso sexual en el trabajo, aunque no mencionan explícitamente el término Por ejemplo, las disposiciones penales que prohíben la violencia física [Artículo L 30919), la violencia injustificada por un funcionario público [Artículo 1861), el comportamiento indecoroso mediante el uso de la prensa y los medios de comunicación social relacionados [Artículos

283), 2841, la ofensa contra el decoro público [Artículo 3301), el comportamiento obsceno [Artículo 3331) y la discriminación que se basa en el sexo, podrían aplicarse a un comportamiento que constituya acoso sexual [Artículo 187-1, 187-2, 416, 16-11).

6.5. Planteamientos legales para el acoso sexual en el trabajo.

Se ha interpretado por un tribunal que la disposición penal que prohíbe el comportamiento obsceno es aplicable a un tocamiento repetido y molesto de una empleada, y que la disposición que prohíbe la violencia física es aplicable a una oferta de empleo condicionada a tener relaciones sexuales con la persona responsable del reclutamiento

El texto del Artículo 222-32-1 aprobado por votación en la Asamblea Nacional (ver arriba *Definición*) está en vigor desde en 1993 El nuevo texto se basa en el principio de la prohibición de un abuso de autoridad para obtener favores sexuales, y como tal, incluye solamente el acoso por los supervisores, pero no por los colegas o no empleados.

El abuso de autoridad para presionar a alguien para obtener favores sexuales, no se limita al contexto del empleo, sino que puede aplicar en otras situaciones también donde una persona tiene autoridad

6.6.Responsabilidad

a) Código de Trabajo.

El empleador es el ente normalmente responsable, y los actos de acoso sexual cometidos por los supervisores son imputables al mismo.

b) Código Civil.

Toda persona es responsable personalmente de sus acciones cuando tengan por resultado un perjuicio. Esto podría aplicarse potencialmente a la conducta que implique acoso sexual, e incluiría las acciones del empleador, los supervisores, colegas y no empleados, tales como los clientes o usuarios.

c) Código Penal.

Todas las personas están sometidas al Código Penal. Por lo tanto, el empleador, los supervisores, colegas y no empleados, tales como los clientes o usuarios, son responsables si están implicados en un acoso sexual que constituye un delito criminal. Podría no aplicarse el principio de la responsabilidad indirecta que considera que el empleador es responsable de las acciones criminales de un trabajador o un supervisor.

6.7.Sanciones y compensaciones

a) Código de Trabajo.

La compensación principal es el pago de indemnizaciones por un empleador que no ha tenido una razón "*grave y real*" para el despido. Estas indemnizaciones no pueden ser inferiores a un mínimo de 6 meses de salario [Artículo L 122-13-41). Pueden aplicarse las indemnizaciones si el empleador no sigue también los procedimientos normales de despido, lo que sucede a menudo en el caso de materias de acoso sexual.

El tribunal puede proponer la reintegración de la persona despedida injustamente, pero cualquiera de las partes puede rechazar dicha propuesta del tribunal [Artículo 122- 14-41). Sin embargo, si el despido no es por una razón "*grave y real*", y constituye una infracción del Artículo L 123-5 que prohíbe el despido que se basa en el hecho de entablar una demanda para poner en práctica las disposiciones de igualdad de oportunidades [señaladamente el Artículo L 123-11), entonces se considera que el despido es legalmente ineficaz, y se trata al empleado como si nunca hubiera dejado su trabajo.

Si el empleado rehúsa volver al trabajo, deben pagarse indemnizaciones no inferiores a 6 meses de trabajo, de acuerdo con el Artículo L 123-5.

b) Código Civil.

En los procesos entablados de acuerdo con el Artículo 1383 por conductas de responsabilidad civil, la forma prevista de compensación es el pago de dinero en función de la cuantía de los daños causados.

Esta disposición podría aplicarse potencialmente para obtener indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados por una conducta de responsabilidad civil que constituya acoso sexual

6.8.La lucha contra el acoso sexual en el trabajo

a) Código Penal.

De acuerdo con la disposición penal que prohíbe la violencia física [Artículo 3091), que incluye el acoso sexual según la interpretación de un tribunal, la condena puede ser una multa de 500 a 20 000 francos franceses o su equivalente en euros, y a una pena de prisión de dos meses a dos años De acuerdo con la disposición penal que prohíbe el comportamiento obsceno [Artículo 3331), que incluye el acoso sexual según se ha interpretado, la condena puede ser una multa de 6 000 a 60 000 francos o su equivalente en euros y a una pena de prisión de 5 años Si hay circunstancias agravantes de

acuerdo con el Artículo 333, las sanciones pueden aumentarse hasta una multa de 12 000 a 130 000 francos franceses (equivalentes en euros) y a una pena de prisión de 5 a 10 años.

De acuerdo con el Artículo 222-32-1 de la nueva ley penal, que ha sido aprobado en votación en la Asamblea Nacional, puede castigarse el acoso sexual mediante una multa por una cantidad máxima de 100 000 francos (equivalentes en euros) y a una condena de un año de cárcel.

b) Autoridades institucionales

Las iniciativas para una nueva legislación, que trate específicamente el acoso sexual, tanto en relación con los cambios del Código Penal como los del Código de Trabajo, han sido propuestas por la Oficina del Secretario de Estado para los Derechos de las Mujeres, que depende del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación Profesional

6.9.Alemania

No hay leyes o reglamentos específicos federales que incluyan el acoso sexual en el trabajo a nivel federal, solamente la Ley Contra la Discriminación del Estado de Berlín, que se aplica a los empleados del Estado de Berlín, incluye una disposición que prohíbe el acoso sexual en el trabajo.

Se ha interpretado en los procesos judiciales que diversas disposiciones del Código Penal, del Código Civil y de la Ley de Trabajo se aplican, o podrían aplicarse eventualmente a situaciones de acoso sexual. Aunque la legislación federal alemana estipula una prohibición general de discriminación por motivos de sexo. No se han aplicado estas disposiciones en ningún proceso judicial para prohibir el acoso sexual.

Los sindicatos abordaron la cuestión del acoso sexual a mediados de los años 1980, hicieron campañas públicas e incluyeron la materia en los cursos de formación educativa. El primer estudio pormenorizado sobre la cuestión del acoso sexual en el lugar de trabajo se llevó a cabo en 1990 a petición del Ministerio de la Juventud, Familia, Mujeres y Salud. Este estudio demostró que el acoso sexual en el trabajo es un problema significativo, en particular respecto a las consecuencias para el empleado acosado. El 6 % de todas las mujeres entrevistadas han dejado sus trabajos como consecuencia de haber sido acosadas sexualmente. Sólo el 6% de los supuestos acosadores habían recibido una advertencia de su empleador, el 1% habían sido trasladados y menos de un 1% habían sido despedidos.

a) Ley Contra la Discriminación del Estado de Berlín.

Esta Ley utiliza la siguiente definición: *"el acoso sexual en el lugar de trabajo es, en particular, un contacto físico innecesario, unos comentarios molestos de contenido sexual, observaciones molestas, comentarios o chistes indecentes sobre el cuerpo o la apariencia de una persona, exhibición de literatura pornográfica y proposiciones sexuales"* [Sección 12 (2)].

b) Código Civil.

Conforme al Código Civil, un tribunal de trabajo federal ha sostenido, que es acoso sexual el hecho de que un entrenador haga tocamientos a sus aprendices femeninas, y otro tribunal ha puesto de manifiesto que el tocamiento y la conversación no solicitada sobre prácticas sexuales, constituyen una forma de acoso sexual

6.10. Protección legal

a) Ley Contra la Discriminación del Estado de Berlín

Esta ley proporciona explícitamente protección contra el acoso sexual en el lugar de trabajo, y condena el acoso sexual realizado por un funcionario. El superior tiene el deber de *"emprender todas las medidas necesarias para impedir el acoso sexual en el lugar de trabajo, e investigar las alegaciones de*

acoso sexual" [Sección 12(1)]. Las materias de acoso sexual están incluidas en los reglamentos disciplinarios establecidos para los funcionarios [Sección 12(3)].

b) Reglamento funcionario.

De acuerdo con estos reglamentos están prohibidas todas las propuestas sexuales no solicitadas. La conducta de un funcionario tiene que estar de acuerdo con sus obligaciones y debe actuar de buena fe.

Una transgresión o infracción de esta ley se castiga con medidas disciplinarias. Los supervisores en particular deben evitar toda observación verbal, comentarios o insinuaciones de naturaleza sexual. Además, se considerará la intrusión sexual como un agravio muy grave si el demandante es un trabajador joven inexperto o cuando la intrusión esté relacionada con el trabajo. Los reglamentos especifican que un supervisor que está al tanto del acoso sexual, pero que no interviene para combatir estos incidentes, comete un delito que es motivo de sanción [Secciones 54.77(1)].

c) Código Civil

Diversas disposiciones contenidas en el Código Civil podrían proporcionar protección contra el acoso sexual. Con arreglo al Título VI de la División VII del

Libro 11 del Código, que se ocupa de los contratos de servicio, se prohíbe la discriminación de hombres y mujeres en el lugar de trabajo, en particular en el reclutamiento, la promoción, en la dirección del trabajo y en lo relativo al despido injusto. De acuerdo con la Sección 618, se considera que el empleador tiene que emprender todas las medidas necesarias para la protección de la vida y la salud de sus empleados. .

De acuerdo con la Sección 626(1), un empleado tiene derecho a dimitir y a reclamar un despido, sobreentendido con indemnización, cuando la situación de acoso hace insoportable continuar más con una relación de trabajo. Pero se considera que el demandante tiene que proporcionar pruebas de la violación de los deberes del empleador de acuerdo con el contrato de empleo.

d) Código Penal.

Aunque no se hace mención específica del acoso sexual en el Código Penal, éste establece que es punible abusar sexualmente de los menores cuando están a cargo de una persona, en particular cuando se aprovecha una posición de autoridad, como en el caso de la relación de empleado y empleador (formador-aprendiz) [Sección 174 (1)-(2)].

Se prohíben los delitos contra la intimidad sexual así como cualesquiera actos exhibicionistas y la difusión de fotografías y revistas pornográficas [Sección 184(I)]. Los insultos sexuales potencialmente podrían constituir otra forma de acoso sexual [Sección 1851).

En un proceso judicial se interpretó que una propuesta de naturaleza sexual a una empleada femenina joven, constituía un delito sexual Se ha declarado también ilegal inducir a otra persona a implicarse en unas relaciones sexuales

6.11.Responsabilidad

a) Ley Contra la Discriminación del Estado de Berlín.

El empleador tiene que garantizar que no se producirán perjuicios a un demandante por acoso sexual cuando presente una reclamación contra el supuesto acosador [Sección 12(4).

b) Reglamentos de Funcionarios.

Puede considerarse al empleador responsable si no ha tomado medidas para combatir el acoso sexual en el trabajo

c) Código Civil.

Las disposiciones pueden establecer que el empleador y el presunto agresor son responsables, si el acoso sexual está incluido en la definición de "*actos no autorizados*". El empleador puede ser responsable cuando el acoso sexual es consecuencia de una conducta descuidada en lo que se refiere a la negligencia cometida por no velar por las medidas para prevenir o combatir el acoso sexual. El empleador puede ser igualmente responsable de todos los perjuicios que el demandante pueda haber sufrido como consecuencia del acoso sexual [Secciones 276, 8311]. El presunto acosador es responsable si el deterioro en la salud, incluyendo la angustia psicológica, es consecuencia del acoso sexual.

d) Código Penal.

De acuerdo con las disposiciones penales, toda persona es responsable de sus propias acciones. Por lo tanto, todo acosador potencial podría ser responsable, incluyendo al empleador, los supervisores, colegas y no empleados, tales como clientes o usuarios. Puede ser que no se declare a un empleador responsable indirectamente de una conducta criminal de los supervisores o de otros trabajadores, que constituya acoso sexual.

6.12.Sanciones y compensaciones

a) Ley contra la Discriminación del Estado de Berlín.

El acoso sexual constituye un delito contra la disciplina y, de este modo, se persigue de acuerdo con las normas disciplinarias usuales aplicables a los funcionarios [Sección 12(3)].

b) Reglamentos de Funcionarios.

Los recursos varían dependiendo de la gravedad del acto de acoso sexual cometido por un funcionario. Las sanciones varían desde una advertencia, una multa o un traslado, al despido o a una reducción en los salarios.

c) Código Civil

Pueden concederse indemnizaciones por los perjuicios que se originen del acoso sexual, en los casos donde un incumplimiento de las obligaciones contractuales por el empleador conduzca a la dimisión justificada del empleado. Puede ser que no se conceda una indemnización al acosador que ha sido despedido, donde el acoso sexual se comete por un empleado, y el empleador lo despide de acuerdo con su responsabilidad [Sección 628(1)-(2)]. En diversos

procesos judiciales se ha resuelto que el empleador tiene derecho a despedir a un supervisor o a un empleado que son acusados de acosar sexualmente a un subordinado o a un compañero.

El Código estipula que, *"si un tribunal resuelve que no se ha disuelto una relación de empleo por el despido del empleado, pero que no puede esperarse razonablemente que continúe la relación, deberá, a solicitud del empleado, disolverla, y ordenar al empleador que pague una indemnización adecuada"*.

También, si hay razones para suponer que toda cooperación posterior entre el empleador y el empleado probablemente no sea útil para los fines del establecimiento, el empleador puede resolver la relación mediante un fallo de un tribunal, tal como se estipula por la Ley de Protección contra el Despido de 1969.

d) Código Penal.

Las sanciones por la conducta criminal que constituye delito sexual suelen ser encarcelamientos y multas, dependiendo de la gravedad del delito. La intimidación sexual cometida por un superior dirigida a una subordinada femenina puede castigarse con cárcel, particularmente cuando se ha hecho mal uso de una posición de autoridad y se ha colocado al empleado en una situación desventajosa.

6.13.Procedimientos

a) Ley Contra la Discriminación del Estado de Berlín.

Los casos de acoso sexual tienen que presentarse ante el Funcionario de Igualdad de Oportunidades que es responsable de investigar todas las alegaciones. El funcionario puede proporcionar asesoramiento y puede informar al empleador, siempre previa consulta con el demandante y con él, y de acuerdo con el mismo [Sección 17(4)].

b) Código Civil.

No se aplican procedimientos especiales a los casos que se basan en una reclamación de acoso sexual presentada ante los tribunales de trabajo en un estado y en diversas ciudades (por ej Bremen y Dortmund). El fiscal público ha instituido servicios especiales para combatir el acoso sexual en el trabajo. Los fiscales públicos que se ocupan de los casos de acoso sexual tienen que recibir cursos de formación educativa con vistas a tratar los procesos judiciales de manera adecuada. Se ha modificado también el planteamiento de los fiscales del Estado hacia el demandante.

c) Código Penal.

No se aplican procedimientos especiales a los casos basados en la conducta que pudiera constituir acoso sexual

d) Autoridades institucionales

Ninguna institución particular es responsable, a nivel federal, de los casos de acoso sexual en el lugar de trabajo. Debe indicarse, sin embargo, que las instituciones públicas, cada vez más, nombran a funcionarios femeninos de igualdad de oportunidades con vistas a obtener una igualdad de trato. Es su deber seguir muy de cerca si las normas y políticas establecidas sobre igualdad de trato durante las actividades de reclutamiento y contratación, o de las

materias relativas a las condiciones de empleo, incluyendo la promoción, el traslado, la formación y otros beneficios o servicios, se observan y se aplican. La cuestión del acoso sexual está incluida igualmente dentro del ámbito de su competencia.

Con arreglo a la Ley Contra la Discriminación del Estado de Berlín, una Funcionaria de Igualdad de Oportunidades es responsable del seguimiento de todas las alegaciones de acoso sexual en el lugar de trabajo

e) Otros

Los comités de empresa tienen, en Alemania, derechos y obligaciones legales en relación con la protección contra la discriminación por motivos de sexo, el control de las normas de seguridad del trabajador y el libre desarrollo de la personalidad del mismo. Diversas disposiciones prevén que el comité de empresa puede poner reparos a la decisión del empleador en lo que se refiere al despido, e ir con el caso ante el tribunal. El comité de empresa puede también influir en las decisiones sobre el personal, tales como las promociones o traslados, así como en las directrices para la selección durante el reclutamiento.

De acuerdo con la Ley de Constitución de Trabajos, un empleado tiene, además, derecho a reclamar a las autoridades competentes en el

establecimiento, si la persona se siente discriminada por el empleador o por otros empleados, o cree que es tratada injustamente en relación con otros aspectos [Sección 84(1)].

Estas disposiciones podrían aplicarse potencialmente a las reclamaciones por acoso sexual de los supervisores u otros empleados

6.13.ESTADOS UNIDOS

a) Generalidades

En 1980, la Junta de Protección de Sistemas de Valores, dirigió la mayor encuesta americana, hasta la fecha, sobre acoso sexual en el trabajo, incluyendo aproximadamente a 23.000 empleados federales. De las mujeres encuestadas, aproximadamente el 1% denunciaron violaciones o violencia sexual, el 10% presiones para favores sexuales, el 20% presiones para citas no deseadas, el 25% tocamientos deliberados, pellizcos o comentarios sexuales o sexualmente orientados, y el 35% observaciones sexuales, preguntas y chistes burlones.

La encuesta puso de manifiesto que las mujeres que están solteras o divorciadas, de edades comprendidas entre los 20 y 44 años, que tienen alguna

educación universitaria, un trabajo no tradicional, o trabajan en un ambiente predominantemente masculino o para un supervisor masculino, tienen la mayor posibilidad de ser acosadas. Una encuesta de 1988, de la revista *Working Women*, realizada entre las 160 mayores empresas americanas, puso de manifiesto que éstas dedican un promedio de 6,7 millones de dólares anualmente, excluyendo los gastos de abogados, al ausentismo, baja productividad y renovación de empleados como consecuencia del acoso sexual.

En los procesos dirigidos por el Comité del Senado sobre Trabajo y Recursos Humanos, se puso de manifiesto que el aumento del estrés era la manifestación más común del daño psicológico y emocional ocasionado por el acoso sexual, y que las mujeres también sufrían *"sentimientos de impotencia, miedo, angustia, nerviosismo, satisfacción por el trabajo disminuida y una menor ambición"*. Un tribunal federal ha indicado que *"se reconoce que el estrés como consecuencia del acoso sexual es un problema específico que podría diagnosticarse por la Asociación Psiquiátrica Americana"*. Hasta 1976 los tribunales federales no reconocieron que el acoso sexual era una forma prohibida de discriminación. De acuerdo con un informe el término *"acoso sexual"* no se utilizó en los medios de información públicos hasta 1975. Antes de 1976, aunque los tribunales federales habían rehusado reconocer el acoso sexual como una forma de discriminación sexual, existía un elemento de protección a nivel estatal donde los tribunales habían intervenido eficazmente, empleando las teorías de la ley

común de responsabilidad civil para proteger a las mujeres de los casos extremos de acoso sexual que implicaban un comportamiento físico molesto.

Sin embargo, el acoso sexual verbal fue ampliamente excluido de la protección por los tribunales del Estado antes de 1976, siendo los jueces reacios a intervenir en lo que se consideraba que era un asunto personal entre los litigantes.

Además de la Ley Federal de Derechos Civiles de 1964, que proporciona protección a nivel estatal por las leyes de igualdad de oportunidades, la legislación estatal estipula protección suplementaria para los empleados de pequeñas empresas, ya que la legislación federal contra la discriminación está limitada a establecimientos con quince o más empleados. Además, a nivel estatal, la protección contra el acoso sexual se estipula en la ley común de responsabilidad civil y en la ley de contratos. La legislación penal, esencialmente dentro de la competencia de los Estados, proporciona cierto grado de protección contra el acoso sexual, aunque también existe una protección limitada en la legislación penal a nivel federal.

Prácticamente todos los Estados y el Distrito de Columbia tienen algún tipo de protección legal aplicable al acoso sexual en el trabajo. El término acoso sexual no aparece en la legislación federal contra la discriminación, pero

algunas leyes estatales de igualdad de oportunidades si que mencionan explícitamente el término en el texto de la ley.

En la práctica, las leyes federales son la protección principal contra el acoso sexual en el lugar de trabajo. Se describen más adelante la Ley Federal y la Ley del Estado de California aplicables al acoso sexual. La presentación de reclamaciones de derecho consuetudinario, es decir, reclamaciones por contratos y actos de responsabilidad civil basadas en el acoso sexual, no se limita a California, sino que se relacionan con las reclamaciones de derecho consuetudinario en otros Estados también.

La Ley de Derechos Civiles de 1964 no menciona el acoso sexual; sin embargo, los tribunales federales han interpretado que el acoso sexual es una forma de discriminación sexual.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha reconocido dos formas de acoso sexual:

El primer tipo es el acoso sexual *quid pro quo* (literalmente "*esto a cambio de eso*"), donde se propone que los favores sexuales sean a cambio de beneficios laborales tangibles (por ej., una promoción, un aumento salarial o la contratación), o que se hagan frente a una amenaza de un perjuicio tangible en

el empleo (por ej., un descenso de categoría, un traslado indeseable, no ser contratado o ser despedido).

El segundo tipo de acoso sexual reconocido es el que crea un ambiente abusivo u hostil. De acuerdo con el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, para que el acoso sexual sea punible de acuerdo con la teoría del ambiente hostil, *"debe ser lo suficientemente grave o profundo como para alterar las condiciones de empleo de la víctima, y crear un ambiente de trabajo abusivo"*. Los tribunales federales, al decidir si una persona razonable sería víctima de un ambiente hostil al enfrentarse a incidentes de acoso sexual, han adoptado el punto de vista de la *"mujer razonable"* en vez del punto de vista del *"hombre razonable"*, planteando que la conducta sexual puede ser considerada de forma diferente, y parece ser más amenazadora para una mujer que para un hombre. La Comisión de Igualdad de Oportunidades de Empleo (EEOC), que es la agencia federal que tiene la responsabilidad de investigar y hacer que se cumpla el Título VII, promulgó unas directrices interpretativas en 1980, definiendo el acoso sexual como una forma de discriminación sexual.

Aunque legalmente no son obligatorias en los tribunales, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha observado que las directrices de la EEOC *"constituyen un conjunto de experiencias y juicios documentados a los que los tribunales y litigantes pueden recurrir adecuadamente para asesorarse"*, y ha

dado su aprobación a las directrices de la EEOC que definen el acoso sexual. ”

La definición utilizada en las directrices de la EEOC es la siguiente:

"(a) El acoso por razón de sexo es una violación de la sección 703 del Título VII. Los requerimientos sexuales molestos, la petición de favores sexuales y cualquier otra conducta física o verbal de naturaleza sexual, constituyen acoso sexual cuando: (1) se hace explícita o implícitamente que sea un término o condición de empleo de un individuo someterse a dicha conducta; (2) la sumisión o el rechazo a dicha conducta por un individuo se utiliza como base para decisiones de empleo que afectan al mismo, o (3) dicha conducta tiene el propósito o el efecto de obstaculizar el rendimiento en el trabajo del individuo, o el de crear un ambiente de trabajo ofensivo, hostil o amenazador.

b) California Ley de Establecimientos y Prácticas de Empleo Justo

El Código Administrativo de California, Título 2, Reglamento 7287 6 (1988) define el término "acoso", tal como se utiliza por la Ley, el acoso sexual incluye, pero no se limita a:

A) Acoso físico, por ejemplo, violencia física, impidiendo o bloqueando la actividad, o todo impedimento del trabajo o actividad normal cuando va dirigido a un individuo

B) Formas visuales de acoso: carteles despectivos, caricaturas, o dibujos

C) Favores sexuales, es decir, propuestas sexuales no deseadas que condicionan los beneficios del empleo a un intercambio de favores sexuales.

D) Al aplicar esta subsección, los derechos de libertad de expresión y asociación se compatibilizarán con el propósito de la misma.

Los puntos (A) a (C) anteriores hacen que sea ilegal el acoso sexual en ambiente hostil, y el (D) define el acoso sexual en los términos clásicos de acoso quid pro quo. Es interesante porque proporciona una referencia legal para equilibrar la libertad de expresión, y los intereses de asociación protegidos constitucionalmente, con el derecho a estar exento de acoso sexual, un asunto que ha suscitado el interés de algunos comentaristas.

6.14. Protección legal

a) Federal Ley de Derechos Civiles de 1964.

El Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, prohíbe la discriminación sexual en el trabajo, y se ha interpretado por los tribunales federales que el acoso sexual es una forma prohibida de discriminación sexual El acoso sexual

puede ser una violación de la Ley si se comete por el empleador, los supervisores y los compañeros de trabajo. Puede ser también una violación de la Ley cuando los empleados son acosados sexualmente por personas no empleadas, tales como los clientes o transeúntes. Por ejemplo, donde se pidió a un empleado femenino que se pusiera unos atuendos "*cortos, reveladores y sexualmente provocativos*" que potencialmente podrían someterla a un acoso sexual físico y verbal de los clientes y transeúntes. Se alcanzó un resultado semejante donde se pidió a una camarera de aperitivos que transmitiera la sensación de disponibilidad sexual de acuerdo con un programa de comercialización, lo que originó unas propuestas sexuales molestas y un abuso sexual verbal y físico.

b) Planteamientos legales para el acoso sexual en el trabajo.

Se ha interpretado que la Ley prohíbe el acoso sexual de personas del mismo sexo, es decir las propuestas sexuales de los homosexuales. La razón es que la víctima se elige a causa del sexo de la persona. El acoso de los homosexuales que no sea de naturaleza sexual, no se protege sin embargo por la Ley, a causa de que la discriminación se basa en la inclinación sexual de la persona y no en el sexo de la misma.

La jurisprudencia se ha ocupado también de la cuestión del acoso sexual indirecto. Por ejemplo, un tribunal ha admitido como ilegal una forma de acoso sexual donde el favoritismo sexual estaba muy extendido en una oficina, y la persona que no participara en las relaciones sexuales con los supervisores, como consecuencia, resultaba perjudicada. En un caso donde la demandante manifestó que era discriminada indirectamente porque no se la tomaba en serio en relación con su trabajo porque sus supervisores concedían trato preferente a las mujeres de la oficina que se sometían a sus propuestas sexuales, y ella no participaba en dicha conducta, el tribunal puso de manifiesto que la demandante era víctima de acoso sexual *quid pro quo*, así como de acoso sexual en ambiente hostil.

Otra forma de acoso sexual indirecto admitido por los tribunales, implica la conducta sexual en ambiente hostil que no se dirige a una persona en particular, pero que, sin embargo, establece un ambiente degradante y abusivo en el que se tiene que trabajar. En un caso donde los trabajadores masculinos de un astillero habían decorado las paredes con fotos de mujeres desnudas en posturas sexualmente sugerentes, el tribunal puso de manifiesto que no había habido intención de acosar sexualmente a la demandante porque no trabajaban mujeres en el establecimiento donde se colocaron los carteles. Sin embargo, el tribunal puso de manifiesto que había tenido lugar un acoso sexual, razonando que aunque las fotos no estaban dirigidas a la demandante femenina contratada

con posterioridad, *"la presencia de las fotos, aunque con ellas no se pretendiera ofender a un empleado femenino en particular, impregnaba de sexualidad el ambiente de trabajo en perjuicio de todas las empleadas femeninas"*.

La Ley es aplicable tanto al sector público como al privado, y a los establecimientos de quince o más empleados. La Ley es aplicable a los casos de acoso sexual en la contratación, durante el empleo y en el despido. Las excepciones a la Ley incluyen las circunstancias donde el sexo de una persona es una calificación laboral justificada.

c) Legislación Penal

Las leyes penales no se utilizan normalmente para proporcionar protección contra el acoso sexual en los Estados Unidos. La mayoría de las leyes relativas a un comportamiento de características de acoso sexual son a nivel estatal, aunque la legislación federal sobre abusos sexuales podría potencialmente incluir algunas formas de acoso sexual. La ley federal que prohíbe realizar llamadas telefónicas obscenas para acosar a alguien, podría también aplicarse como protección contra el acoso sexual.

d) California Ley de Establecimientos y Prácticas de Empleo Justo

La Ley estipula que *“será una práctica ilícita de empleo, a no ser que esté basada en una calificación laboral de buena fe, o excepto donde esté basada en los reglamentos de seguridad aplicables establecidos por los Estados Unidos o el Estado de California, que un empleador, una organización de trabajo, una agencia de empleo, un programa de formación de aprendizaje, o cualquier programa de formación que conduzca al empleo, o cualquier otra persona, por razón de sexo, acose a un empleado o a un solicitante de trabajo”* [Sección 12940(h)] La Ley también estipula que *“una entidad deberá tomar todas las medidas razonables para impedir que ocurra el acoso No será necesaria la pérdida de beneficios laborales tangibles para probar que se produce el acoso”* [Sección 12940(i)].

La Ley incluye los sectores público y privado y se aplica al acoso sexual en la contratación, durante el empleo y en el despido [Sección 12940(a)]. La Ley incluye a todos los empleadores, independientemente de la dimensión de la empresa, aunque excluye a las organizaciones religiosas y sin ánimo de lucro [Sección 12940(h)].

Se ha mantenido que la Ley no se apropia de forma exclusiva de las reclamaciones de derecho consuetudinario basadas en un comportamiento que constituye acoso sexual. Por lo tanto, se puede hacer una reclamación tanto de

acuerdo con la Ley de California como con las reclamaciones de derecho consuetudinario.

e) Código Penal

El Código Penal de California tiene disposiciones aplicables potencialmente al acoso sexual. Las conductas prohibidas suelen incluir la violencia sexual, que hacen que sea una falta leve, tanto tocar una parte íntima de otra persona con el objeto de excitar la sexualidad, la recompensa o el abuso, si se hacen en contra de la voluntad de la persona afectada. Se perpetraría la violencia sexual cuando una persona intenta específicamente llevar a cabo un fuerte contacto sexual no consensuado, pero no completa el acto- También es un delito criminal hacer una llamada telefónica obscena con la intención de acosar a la persona que contesta la llamada o abusar de ella, y dicha actividad puede ser un tipo de acoso sexual. El acoso sexual, especialmente en el contexto *quid pro quo* donde se ofrecen tangibles beneficios laborales a cambio de favores sexuales, puede ser punible, y puede entablarse un proceso al considerar que es una solicitud de prostitución. El acoso sexual podría en algunas circunstancias violar la legislación sobre reclusión ilegal, que se define como la restricción ilegal de la libertad personal de otro. La restricción no necesita ser llevada a cabo mediante contacto físico o violencia, sino que puede alcanzarse mediante palabras

acompañadas de una demostración de fuerza o autoridad a la que se somete a la víctima.

f) Otros Estados: reclamaciones estatales basadas en el derecho consuetudinario

Las reclamaciones estatales basadas en el derecho consuetudinario por acoso sexual, pueden estar reservadas a la legislación de igualdad de oportunidades en ciertos Estados, mientras que en otros se pueden entablar estas reclamaciones basadas en el derecho consuetudinario y en la legislación de igualdad de oportunidades. En los Estados donde las reclamaciones de derecho consuetudinario no están reservadas a la legislación estatal de igualdad de oportunidades, hay dos tipos generales de reclamaciones de derecho consuetudinario que un demandante puede hacer a nivel estatal. Éstas son las reclamaciones basadas en la legislación sobre responsabilidad civil y las que se basan en un incumplimiento de contrato.

g) Reclamaciones de responsabilidad civil.

La carga intencionada de angustia emocional es la reclamación de responsabilidad civil más frecuente de derecho consuetudinario sostenida en los procesos de acoso sexual. Esta responsabilidad civil consta de cuatro

elementos: (1) conducta extremada y escandalosa; (2) el intento de causar angustia emocional, o el descuido imprudente de la posibilidad de causarla; (3) una grave angustia emocional sufrida por el demandante; (4) que la conducta demandada causó la grave angustia emocional del demandante. Los veredictos de conducta ultrajante basada en acoso sexual se han hecho en situaciones donde el presunto acosador se involucró en una conducta violenta, en un escándalo sexual o en tocamientos ofensivos de las zonas íntimas del cuerpo. Sin embargo, varios demandantes han perdido las reclamaciones por angustia emocional donde aquéllas estaban basadas en acoso sexual meramente verbal o en tocamiento no deseado de naturaleza no vulgar, aunque otros tribunales han puesto de manifiesto que las alegaciones por requerimientos sexuales no deseados, abuso verbal y solicitudes sexuales constituyen, un motivo suficiente para formular una reclamación por conducta ultrajante .

Se ha observado que la norma para establecer un ambiente hostil "grave" o "profundo", basado en el acoso sexual que constituyera una violación de la Ley de Derechos Civiles de 1974, es similar, si no equivalente, a la norma para el veredicto de conducta extrema y ultrajante de acuerdo con esta teoría de la responsabilidad civil del derecho consuetudinario. Otros actos de responsabilidad civil del derecho consuetudinario que se han presentado en los casos reales de acoso sexual incluyen la violencia física, la retención ilegal, la

invasión de la intimidad y la difamación, y la retención o supervisión negligente de un empleado conocido como un acosador.

En el contexto del acoso sexual, las reclamaciones por violencia física usualmente alegan contacto físico ofensivo de naturaleza sexual. Una reclamación de retención ilegal basada en acoso sexual se puso de manifiesto en un caso donde un propietario de un restaurante levantó a una camarera de aperitivos, y a continuación la atrapó físicamente mientras la acariciaba. Las reclamaciones por invasión de la intimidad pueden aplicarse a situaciones donde se han hecho peticiones sexuales inoportunas por un supervisor en el lugar de trabajo. En un juicio por acoso sexual basado en la difamación, una secretaria presentó con éxito una reclamación donde ella alegaba que el juez para el que trabajó había dicho a otros que estaba interesada románticamente por él. En otro juicio por difamación, después que una empleada femenina fue despedida por rehusar las propuestas sexuales, la demandante entabló con éxito una demanda por difamación que se originó como consecuencia de las declaraciones falsas que implicaban a aquella demandante en una actividad ilegal.

h) Reclamaciones relacionadas con los contratos

Debe recordarse que, de acuerdo con el derecho consuetudinario, los contratos de empleo por tiempo indefinido se pueden extinguir por deseo del empleado o del empleador. Las reclamaciones por acoso sexual basadas en las teorías del contrato del derecho consuetudinario, se apoyan normalmente en una de las cuatro teorías siguientes, algunas de las cuales se fundan en un incumplimiento de contrato, y otras se basan en una conducta de responsabilidad civil que afecta a las relaciones contractuales.

La primera teoría es que la "política pública" puede limitar el derecho del empleador de despedir a discreción a un empleado, y que el despido basado en un rechazo del acoso sexual o una objeción al mismo, es ilegal porque se motiva por la mala fe y está en contra del interés público. Esta teoría puede formularse o bien desde el punto de vista del incumplimiento del contrato, o desde el punto de vista de la legislación de responsabilidad civil.

La segunda teoría es que el despido basado en un rechazo al acoso sexual o una objeción al mismo, es un incumplimiento de una condición expresa o implícita del contrato de empleo. La prueba de una violación de una condición expresa o implícita del contrato puede ser reforzada mediante la referencia a los manuales del empleado, a las políticas de personal comunicadas, a las promesas verbales o a los acuerdos entre las partes.

La tercera teoría contractual es que el empleador ha incumplido un acuerdo de buena fe y justo trato al involucrarse en acoso sexual. Aunque una mayoría de Estados no han reconocido esta causa de demanda, una minoría sí que lo ha hecho. En un caso, un tribunal de apelación defendió la reclamación de una demandante de un incumplimiento de un acuerdo de buena fe y justo trato, basándose en su alegación de que fue despedida porque rehusó tener trato sexual con su supervisor

En la cuarta teoría contractual el demandante debe demostrar que el acosador impidió intencionada e inadecuadamente la ejecución del contrato de empleo de aquel, bien induciendo al empleador a despedir al demandante, o bien ocasionando algún otro perjuicio. Esta teoría puede ser particularmente adecuada para demandar a los compañeros de trabajo involucrados en acoso sexual. En un juicio, una demandante cobró una indemnización por daños y perjuicios donde ella demostró que las amenazas, insultos e intimidación de un compañero de trabajo masculino la forzaron a dejar su trabajo.

En otro pleito, se demandó con éxito a un supervisor que facilitó el despido de una subordinada después de que ésta rechazara sus propuestas sexuales, basándose en que se había dificultado el contrato. Este motivo de demanda se aplica al acosador y no al empleador, a causa de que la actividad demandada implica un impedimento de responsabilidad civil por una tercera persona en la

relación de empleo entre el demandante y el empleador Aunque se basa en el impedimento de las relaciones contractuales, esta teoría es realmente una reclamación de responsabilidad civil

i) Responsabilidad federal

- Ley de Derechos Civiles de 1964.

De acuerdo con la ley, solamente puede ser considerado responsable el "empleador". Por lo tanto, aunque pudiera interpretarse que las acciones de los supervisores individuales fueran actos del empleador en el contexto de un caso de acoso sexual, y por lo tanto dichos individuos pudieran ser demandados personalmente además de la demanda por responsabilidad potencial indirecta del empleador, no hay responsabilidad directa, de acuerdo con la ley, por el acoso sexual de los compañeros de trabajo o no empleados, aunque como se explicó anteriormente, el empleador puede ser considerado responsable indirectamente bajo ciertas circunstancias. Puede obtenerse la responsabilidad directa de los compañeros de trabajo o de los no empleados de acuerdo con las leyes contra la discriminación estatales, de acuerdo con las reclamaciones de responsabilidad civil del derecho consuetudinario, y de acuerdo con las leyes penales. La responsabilidad del empleador basada en una teoría de responsabilidad indirecta por el acoso sexual de los supervisores, compañeros de trabajo o no empleados depende de las circunstancias, y también de si se

acusa al presunto acosador de acoso sexual *quid pro quo* o de acoso en ambiente hostil.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha manifestado que no serán automáticamente considerados responsables los empleadores por el acoso sexual de los supervisores, y que la determinación de la responsabilidad del empleador por acciones ilícitas de éstos, debe hacerse de acuerdo con los principios de la Ley de Entidades. Los principios de la ley de entidades declaran a un empleador responsable indirectamente de las acciones del empleado, si éstas están dentro del ámbito de empleo. Bajo ciertas circunstancias, puede considerarse también a un empleador responsable de las acciones de los empleados que están fuera del ámbito de empleo, si fuera justo y razonable hacerlo así.

La Comisión de Igualdad de Oportunidades de Empleo (EEOC) ha tomado la postura en sus directrices de que un empleador es responsable automáticamente del acoso sexual de un supervisor, y prácticamente todos los tribunales federales han puesto de manifiesto lo mismo en el contexto del acoso sexual *quid pro quo* que implique un perjuicio tangible.

La justificación de la responsabilidad automática en el caso del acoso sexual *quid pro quo* es que, cuando un supervisor ejerce una autoridad

delegada por el empleador para tomar decisiones, o amenaza tomadas, que afectan a la situación del trabajo de un empleado de una forma tangible, las acciones del supervisor se imputan correctamente al empleador. Sin embargo, la postura de la EEOC de la responsabilidad automática del empleador en el caso de acoso sexual de los supervisores, en los casos de ambiente hostil, ha dividido a los tribunales federales de la Cámara baja, algunos de los cuales adoptaron la norma de la responsabilidad automática de la EEOC, y otros manifestaron que el empleador no podría ser considerado responsable a no ser que la dirección conociera el acoso o debiera haberlo conocido. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, sin embargo, rehusó adoptar la responsabilidad automática de la EEOC en los casos de ambiente hostil, y manifestó que debían aplicarse los principios de la Ley de Entidades. El tribunal añadió, sin embargo, que *"la mera existencia de un procedimiento de trámite de reclamaciones y una política contra la discriminación, unidas al hecho de que el demandante no invoque este procedimiento"*, no aparta necesariamente al empleador de la responsabilidad.

En el caso de acoso sexual por los compañeros de trabajo, la EEOC ha tomado la postura de que *"un empleador es responsable de los actos de acoso sexual en el lugar de trabajo donde él (o sus representantes o empleados de supervisión) conoce dicha conducta, o debería haberla conocido, a no ser que pueda demostrarse que tomó medidas correctivas adecuadas e inmediatas"*.

Los tribunales federales han adoptado y aplicado firmemente este punto de vista. La EEOC ha tomado la postura en sus directrices de que *"el empleador puede ser también responsable de los actos de los no empleados, en relación con el acoso sexual de empleados en el lugar de trabajo, donde el empleador (o sus representantes o empleados de supervisión) conocía la conducta, o debía haberla conocido, y no tomó medidas correctivas inmediatas"*. Al revisar estos casos la Comisión considerará la amplitud del control del empleador y cualquier otra responsabilidad legal que el empleador pueda tener respecto a la conducta de dichas personas no empleadas.

Ha habido pocos procesos judiciales que se hayan enfrentado a este tipo de reclamación, pero los tribunales federales en dichos casos han respaldado la postura de la EEOC. La EEOC resolvió que no existía una causa razonable para seguir adelante con una reclamación de acoso sexual, donde una vendedora reclamaba que se le había pedido vestir un bañador como parte de una promoción de ropa de baño. La EEOC razonó que la reacción de los clientes y de otras personas no era de mal gusto y que no sometía a los empleados a observaciones, alusiones o gestos explícitamente sexuales.

- **Ley Penal**

Cuando la conducta que constituye acoso sexual es también un delito criminal, entonces solamente puede ser responsable el presunto acosador, y el empleador no puede ser responsable indirectamente. El presunto acosador podría incluir al empleador, los supervisores, colegas y no empleados tales como los clientes o usuarios

- **California Ley de Establecimiento y Prácticas de Empleo Justo**

De acuerdo con la Ley un empleador puede ser considerado responsable del acoso sexual *quid pro quo* y del de ambiente hostil. Se ha interpretado que la Ley impone la responsabilidad automática por el acoso sexual de los representantes del empleador y del personal de supervisión. *"El acoso de un empleado o solicitante de trabajo por un empleado distinto del representante o del supervisor será ilegal si la entidad, o sus representantes o supervisores, conocían la conducta, o debían haberla conocido, y no tomaron medidas correctivas adecuadas e inmediatas"* [Sección 12940(h)]. Por lo tanto, la Ley también impone la responsabilidad sobre el empleador por el acoso de los compañeros de trabajo bajo las circunstancias definidas anteriormente. La Ley no se ocupa firmemente de la cuestión de la responsabilidad del empleador por el acoso de las personas no empleadas, pero la directiva de la misma de que *"una entidad deberá tomar todas las medidas razonables para impedir que se*

produzca el acoso" [Sección 12940(h)] es probablemente lo suficientemente amplia como para incluir la responsabilidad del empleador cuando el acoso sexual por los no empleados se pone en conocimiento del mismo, y éste no toma las medidas adecuadas para impedir que se vuelva a repetir dicho comportamiento, a diferencia de la Ley Federal de Derechos Civiles de 1964, que limita la responsabilidad al "Empleador", la Ley de Establecimientos y Prácticas de Empleo Justo de California incluye a toda *"persona que se involucre en acoso sexual* [Sección, 1940(h)]. Por lo tanto, la Ley permite que un demandante demande directamente tanto al acosador real como al empleador, si se puede aplicar la responsabilidad indirecta del empleador. Además, al demandar al acosador real de acuerdo con la Ley de California, el demandante no está limitado a demandar al empleador, o a los empleados del mismo, sino que puede demandar directamente también a los no empleados, tales como los clientes, usuarios, asesores, contratistas independientes o a los vendedores que hacen visitas.

j) Sanciones y recursos

- Ley Federal de Derechos Civiles de 1964

Si se pone de manifiesto que el acoso sexual es una violación de la Ley, de acuerdo con la Sección 706 (g) de la Ley, *"el tribunal puede ordenar una acción*

positiva tal como sea adecuado, lo que puede incluir la reincorporación o la contratación de empleados con o sin pagos atrasados u otras compensaciones equitativas que el tribunal considere adecuadas La responsabilidad de pagos atrasados no se acumulará desde una fecha de más de dos años anterior a la presentación de una acusación ante la EEOC. Las ganancias provisionales o las cantidades que se puedan ganar con una actuación razonablemente diligente de la persona discriminada, deberán surtir el efecto de reducir los pagos atrasados que de otra forma se concederían". Por lo tanto, hasta que se modificó la Ley de Derechos Civiles de 1964 por la Ley de Derechos Civiles de 1991, las únicas compensaciones disponibles de acuerdo con la Ley de 1964, eran los pagos atrasados y la compensación equitativa, tal como la reincorporación o una orden de que el empleador o un supervisor tomaran medidas para detener un acoso sexual futuro. Una orden de pagos atrasados necesita demostrar las pérdidas económicas tangibles debidas al acoso sexual, tales como el despido o no poder obtener una promoción. Esto crea una situación muy difícil en la mayoría de los casos de ambiente hostil, ya que el perjuicio económico tangible no está siempre presente. Sin embargo, la enmienda de la Ley de 1964 por la Ley de 1991, introdujo el derecho a obtener pagos limitados por daños y perjuicios punitivos y compensatorios [Sección 102(a)-(b)]. La Sección 102(b)(l) estipula que se pueden obtener pagos por daños y perjuicios punitivos bajo prueba de que *"el demandado se involucró en una práctica discriminatoria con malicia o con una indiferencia temeraria a los*

derechos protegidos federalmente", y la Sección 102(b)(3) estipula que se concederán pagos por daños y perjuicios compensatorios por pérdidas pecuniarias futuras, angustia emocional, sufrimientos, inconvenientes, angustia mental, pérdida del goce de la vida y otras pérdidas no pecuniarias. La Ley de 1991 estipula que la suma total de las indemnizaciones por daños y perjuicios punitivos y compensatorios está sometida a un techo que varía de acuerdo con la importancia del empleador. Para los empleadores con 15 a 100 empleados, el techo por daños punitivos y compensatorios es de 50.000 dólares, mientras que para los empleadores con más de 500 empleados, el techo es de 300.000 dólares.

Pueden también recuperarse las tasas y costes judiciales por la parte que gana en un pleito por acoso sexual de acuerdo con la Ley de 1964 [Sección 706(k)], y la reforma de la Ley de 1991, que estipuló además, que podrían recuperarse las tasas de los expertos [Sección 1 13(b)].

- **Ley Penal**

Las sanciones aplicables a los delitos criminales, que prohíben la conducta que pudiera caracterizarse como acoso sexual, suelen ser multas y condenas de pena corporal, dependiendo de la gravedad del delito.

- **California Ley de Establecimientos y Prácticas de Empleo Justo**

De acuerdo con la Ley un demandante que haya demostrado que existe acoso sexual, puede ser compensado del daño de pérdidas pecuniarias y obtener una compensación equitativa, tal como la reincorporación. Las víctimas de acoso sexual pueden también cobrar indemnizaciones por daños y perjuicios compensatorios, es decir, compensaciones por daños y perjuicios por herida de los sentimientos y humillaciones que son consecuencia del acoso sexual, y por daños y perjuicios punitivos, y por daños que sean consecuencia de una conducta dolosa del presunto acosador. La parte que gane el juicio puede recuperar las tasas judiciales razonables.

- **Ley Penal**

Las sanciones aplicables a delitos criminales, que prohíben la conducta que pudiera caracterizarse como acoso sexual, suelen ser multas y 10 condenas de cárcel, dependiendo de la gravedad del delito

- **Otros Estados.**

Reclamaciones estatales basadas en el derecho consuetudinario

Reclamaciones de responsabilidad civil

Por las demandas por acoso sexual basadas en las teorías de responsabilidad civil, los demandantes pueden reivindicar pérdidas pecuniarias, así como daños y perjuicios punitivos y compensatorios en la mayoría de los Estados.

- Reclamaciones relacionadas con los contratos

Por las demandas de acoso sexual basadas en la teoría del incumplimiento real del contrato, solamente se podrían reivindicar las cantidades por pérdidas pecuniarias que en total podría haber obtenido el demandante de acuerdo con el contrato, es decir, las pérdidas salariales en el caso de despido Sin embargo, si la reclamación por acoso sexual está relacionada con un contrato de empleo, pero basada en una teoría de responsabilidad civil tal como sería el caso de una reclamación por impedimento de responsabilidad civil de las relaciones contractuales, entonces sí podrían obtener las compensaciones normales por responsabilidad civil incluyendo el perjuicio pecuniario, así como los daños y perjuicios punitivos y compensatorio

k) Procedimientos

- Federal. Ley de Derechos Civiles de 1964

El demandante se reúne con un investigador de la EEOC, y tiene la opción de solicitar la ayuda de alguien del mismo sexo si las circunstancias o la acusación son delicadas o embarazosas. El demandante presenta una acusación de acoso sexual ante la EEOC, y describe las circunstancias que originaron el presunto acoso. Un investigador de la EEOC revisa la información para garantizar que se expone una demanda válida. La acusación puede también ser presentada dentro de los 180 días de la presunta discriminación, o dentro de 300 días en un Estado con legislación de igualdad de oportunidades. La Ley estipula que la agencia estatal contra la discriminación tiene un período de jurisdicción exclusiva, y las oficinas federales y estatales tienen normalmente un acuerdo de reparto de trabajo.

La denuncia formal es redactada por el investigador de la EEOC basándose en la información suministrada por el demandante, y dentro de los 10 días siguientes se entrega una copia de la acusación al empleador. En la acusación se pide al empleador que presente un informe, desde su punto de vista, que conteste las alegaciones de la acusación. Basándose en la acusación y el informe del empleador desde su punto de vista, la EEOC hace investigaciones posteriores que pueden incluir una solicitud de información adicional del empleador, tal como la de los archivos personales del demandante, del presunto agresor, y de otros empleados que hayan hecho reclamaciones por

acoso sexual El investigador de la EEOC se entrevista normalmente con el testigo identificado y recoge testimonios en forma de declaraciones juradas.

En su investigación, la EEOC se centra en dos cuestiones principales: si la conducta denunciada fue molesta, y cuál es exactamente la relación del demandante con el presunto acosador. Después de la investigación, la EEOC decidirá si hay una causa razonable para creer que la acusación del demandante es correcta Si la EEOC encuentra que la acusación está fundamentada, promulgará un veredicto de que hay "causa", de lo contrario promulgará un veredicto de que "no hay causa" Si la EEOC encuentra que la acusación está fundamentada, intentará resolver la cuestión informalmente mediante una conciliación. Si no se tiene éxito, la EEOC puede presentar una demanda ejecutiva en el tribunal federal de distrito, o advertir a la parte acusadora de su derecho a presentar una demanda legal privada en un plazo de 90 días La EEOC no puede demandar a una agencia del gobierno federal, aunque dicha agencia puede ser demandada directamente por el demandante

54 Normalmente no se puede investigar el carácter sexual o los antecedentes de un demandante que ha presentado una reclamación por acoso sexual

- **Ley Penal**

Los procesos penales federales basados en una conducta que implique acoso sexual se llevan a los tribunales federales. No hay procedimientos especiales para los procesos criminales que impliquen alegaciones de acoso sexual.

- **California Ley de Establecimientos y Prácticas de Empleo Justo**

El procedimiento a seguir en una demanda por un caso de acoso sexual es que el demandante presente una reclamación a la Comisión Estatal de Establecimientos y Empleo Justo (FEHC). Después de una investigación se celebra una audiencia administrativa en la que la Comisión FEHC juzga la reclamación por acoso sexual. La orden administrativa de la audiencia puede tener como resultado una orden de responsabilidad ejecutable judicialmente y una concesión de indemnización por daños y perjuicios. Esta orden administrativa puede ser apelada ante los tribunales ordinarios de California. La capacidad de la FEHC de California de juzgar realmente las reclamaciones y dictar una orden administrativa de responsabilidad y una indemnización por daños y perjuicios, es mayor que la de la EEOC federal, que solamente puede procesar la denuncia, investigarla, y entablar una demanda ejecutiva en el tribunal federal de distrito.

- **Ley Penal**

Los procesos penales de California basados en una conducta que implique acoso sexual se llevan a los tribunales del Estado de California. No hay procedimientos especiales para los procesos penales que impliquen alegaciones de acoso sexual.

- **Otros Estados.**

Reclamaciones estatales basadas en el derecho consuetudinario.

Las reclamaciones estatales basadas en el derecho consuetudinario por acoso sexual, son normalmente vistas en los tribunales estatales de jurisdicción general, aunque pueden ser vistas en el tribunal federal utilizando una referencia a la ley estatal si hay diversidad de ciudadanos, o las reclamaciones estatales de derecho consuetudinario se agregan a las reclamaciones federales llevadas al tribunal federal. No hay procedimientos especiales para las demandas legales por acoso sexual.

- i. Autoridades institucionales

- **Comisión Federal de Igualdad de Oportunidades de Empleo**

La Comisión de Igualdad de Oportunidades de Empleo (EEOC) es una agencia independiente establecida por una ley federal para ocuparse de las reclamaciones que violan las leyes federales que protegen, inter alia, la igualdad de oportunidades en el empleo. Las reclamaciones por acoso sexual se entablan ante la EEOC, que debe investigar, descubrir si la reclamación está fundamentada, intentar resolver el conflicto entre las partes mediante una conciliación informal, si parece que la reclamación está fundamentada, y, si falla la conciliación, entablar una demanda ejecutiva en el tribunal federal de distrito, o dar derecho al demandante para solicitar una carta para entablar una demanda legal privada.

- **California Comisión de Establecimientos y de Empleo Justo**

La Comisión de Establecimientos y Empleo Justo (FEHC) es una agencia independiente, establecida por ley estatal para ocuparse de las reclamaciones que violan las leyes estatales que protegen, inter alia, la igualdad de oportunidad en el empleo. Las reclamaciones por acoso sexual se entablan ante la FEHC, que debe investigar y juzgar las entabladas de acuerdo con la ley federal que prohíbe el acoso sexual

Capítulo VII. LAS VÍAS PARA LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS SOBRE ACOSO SEXUAL.

Habiendo analizado en los capítulos precedentes la forma en la cual se regula especialmente el acoso sexual en la empresa en nuestro derecho y en el derecho comparado, deberemos referirnos brevemente en este último capítulo a las vías a través de las cuales se puede precaver o bien resolver dicho conflicto y las particularidades que se presentan respecto de ellos.

En esta parte del trabajo nos referiremos someramente a las labores preventivas, procedimientos desjudicializados y procedimientos judiciales que pueden llevarse a cabo con motivo de una conducta de acoso sexual.

7.1. Medidas preventivas.

En primer lugar, debemos advertir que existe una labor de prevención para evitar que acaezcan las conductas constitutivas de un acoso sexual en la empresa.

En tal sentido, se prevé actualmente en el inciso segundo del artículo 153 del Código del Trabajo que en el Reglamento Interno de la empresa, especialmente, se deben estipular las normas que se deben observar para

garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores.

En esas normas de regulación interna de la empresa, el empleador deberá establecer el procedimiento, las medidas de resguardo y las sanciones que se aplicarán en caso que con motivo de una denuncia se acredite en la investigación a realizarse la existencia de una conducta que importe un abuso sexual según lo establecido en el N° 12 del artículo 154 de nuestro Código Laboral.

Ello es necesario para dar una concreta aplicación a lo previsto en el artículo segundo del Código del Trabajo, en cuanto a que las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.”

Debemos tener presente que en esta labor preventiva cabe un importante papel a las organizaciones sindicales, en virtud de sus fines generales contempladas en el artículo 220 del Código del Trabajo, como son los de velar

por el cumplimiento de las leyes del trabajo, denunciar sus infracciones ante la autoridad administrativa o judicial, prestar ayuda a sus asociados, prestar ayuda a a sus asociados y promover la cooperación mutua, como estimular la convivencia humana integral.

De allí que las organizaciones sindicales pueden observar las normas de reglamentación interna, denunciar su infracción y defender a sus asociados en caso de ser objeto de conductas de acoso sexual, tanto en la fase procedimental desjudicializada como judicial.

Finalmente, entendemos que en virtud de sus facultades generales la Inspección del Trabajo podría realizar las investigaciones y formular las recomendaciones para que se adoptaren medidas preventivas, si llegare a constatar que en la empresa por la forma de funcionar sus instalaciones o el ambiente de trabajo pudiera promover o facilitar la realización de esta clase de conductas

7.2. La investigación desjudicializada de las conductas de acoso sexual.

Como analizamos en el Capítulo II., se ha previsto en nuestra legislación laboral la realización de una investigación desjudicializada si se llega a

denunciar una denuncia con motivo de una conducta que importe un abuso sexual.

Dicha investigación deberá ser realizada por el propio empleador, la que debe concluir con la confección de un informe, el que debe ser remitido a la Inspección del Trabajo.

El empleador puede optar, una vez recibida la denuncia, para remitir los antecedentes dentro de un plazo de cinco días a la Inspección del Trabajo, a quien le corresponderá realizar la investigación en tal caso.

En el artículo 211 B del Código del Trabajo, se prevé durante la investigación de una conducta de abuso sexual, que recibida la denuncia deberá el empleador adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados, tales como la separación de los espacios físicos o la redistribución del tiempo de jornada, considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo. En caso que la denuncia sea realizada ante la Inspección del Trabajo, esta sugerirá a la brevedad la adopción de aquellas medidas al empleador.

Es así, como podemos apreciar que en este procedimiento desjudicializado se han contemplado medidas cautelares destinadas a brindar una tutela al trabajador en el plano laboral durante el curso de la investigación.

Atendido ese carácter cautelar en beneficio del trabajador, se puede apreciar que ellas tienen que ser adoptadas por el empleador, tienen un carácter genérico contemplándose sólo a medida ejemplar alguna de ellas, y una duración provisoria, en cuanto deben ser instrumentales a las medidas que se adopten definitivamente al final de la investigación.

Con el mérito del informe sobre la investigación realizada por la Inspección o de las observaciones recibidas por ese organismo respecto de la investigación realizada por el propio empleador, deben adoptarse las medidas que deben encontrarse contempladas en el Reglamento interno, determinándose cómo puede el trabajador reclamar de la sanción aplicada según la gravedad de la misma.

De la medida de amonestación verbal o escrita solo se puede reclamar ante el empleador en la forma y plazos establecidos en el Reglamento Interno.

Si estamos ante una medida de multa debe reclamarse ante la Inspección del Trabajo conforme al artículo 157 del Código del Trabajo, reclamo que

deberá tramitarse conforme a las normas previstas en el inciso tercero del artículo 503 del Código del Trabajo atendida la cuantía de la multa.

Finalmente, si se aplica una medida de despido, podrá el trabajador interponer el reclamo de despido injustificado conforme a lo dispuesto en el artículo 168 del Código del Trabajo.

Cabe tener presente que en la actualidad, el Departamento de Relaciones Laborales de la Dirección del Trabajo tiene como misión promover la capacidad de autorregulación de las partes de la relación laboral, asistiéndolas técnicamente, fortaleciendo la asociatividad laboral, la negociación colectiva y especialmente, para los efectos de la materia que nos ocupa promover las instancias de solución alternativa de conflictos laborales y de diálogo social.

De allí , que este Departamento tiene como una misión trascendental la de establecer un sistema de Prevención y Resolución Alternativa de Conflictos, entendido como un servicios que dicha Institución pone a disposición de los actores laborales para facilitar la solución de conflictos, sean éstos de carácter individual o colectivo, fuera de las instancias jurisdiccionales..

Entre los subproductos de ese sistema se encuentran **la** Conciliación, la Mediación, las Instancias de diálogo social, los Consejos Tripartitos Regionales

de Usuarios y las Mesas de trabajo, revistiendo la primera de esas vías la mayor importancia en esta materia.

En efecto, una parte trascendente de los conflictos laborales son resueltos en vía de conciliación, ya sea ante la inspección del Trabajo como dentro del proceso jurisdiccional laboral mismo.

-Si el conflicto no es resuelto por las partes a través de la vía de la conciliación, ya sea administrativa o judicial, será necesario acudir a la instancia de heterotutela a través del ejercicio de la acción para instar por resolución en uno de los distintos procedimientos que se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico.

7.3. Los procesos judiciales laborales que pueden llevarse a cabo en caso de una conducta de acoso sexual dentro de la empresa.

Para determinar cuál será el proceso judicial que debe adoptarse en caso de determinarse la existencia de una conducta de acoso sexual se deberá distinguir cual es el sujeto activo de esta conducta, pudiendo determinarse que ha sido el empleador, un trabajador o un tercero.

7.3.1. Despido indirecto.

El trabajador podrá ejercer su derecho de despido indirecto o autodespido de conformidad a lo previsto en el artículo 171 del Código del Trabajo, cuando se hubiere configurado la causal de conductas de acoso sexual contemplada en el artículo 160 N° 1 letra b) del mencionado cuerpo legal.

Si la conducta de acoso sexual es del empleador, no cabe duda que el trabajador se encontrará legitimado para ejercer este derecho y recurrir en tal caso al juzgado dentro del plazo de 60 días hábiles, contado desde que opte por la terminación del contrato de trabajo.

Entendemos que si la conducta de acoso sexual se ha ejecutado por otro trabajador y el empleador conociendo de ellas no ha hecho nada para prevenirlas o adoptar las medidas necesarias para hacer cesar el acoso, o cuando recibiendo la denuncia no ha dado cumplimiento al procedimiento establecido en la ley, podrá el empleador fundamentar el despido indirecto en esos antecedentes.

Lo mismo se ha señalado por la doctrina en caso que el acoso sexual se haya producido por parte de un tercero, si se ha omitido por parte de este adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud del trabajador.

“En este sentido, se nos ha indicado que esta situación “podría darse en el caso de un cliente acosa sexualmente a uno de los trabajadores de la empresa, por ejemplo un vendedor en terreno que visita clientes. Frente a esta situación en empleador podría tomar medidas para evitar esta situación como sacar a ese cliente de la cartera del vendedor o, por el contrario, podría hacer caso omiso a la denuncia del trabajador para no perder al cliente que desea ser visitado solo por el denunciante, obligándolo a continuar vendiendo al acosador bajo presión de perder su trabajo.

“Creemos que en este último caso claramente se trata de un caso de acoso sexual, pero de un tercero ajeno a la empresa, lo que no exime al empleador de la obligación impuesta en el artículo 184. En este caso podríamos argumentar que el empleador incurre en actos u omisiones que afectan la salud de los trabajadores y, por lo tanto, podría dar lugar al despido indirecto según lo dispuesto en el artículo 171 del Código del Trabajo.⁴ En contra del tercero, procederán las acciones penales y civiles que diere lugar su conducta ilícita de acoso conforme con las normas generales previstas en dichos ordenes jurídicos.

⁴ CAAMAÑO Rojo, Eduardo, Carvajal Godoy, Gabriela , Jiménez Trejo, Patricio, El acoso sexual en la empresa. 2005, LexisNexis, Santiago. p.82.

La pretensión del trabajador en este caso de despido indirecto será el pago de las indemnizaciones laborales por despido injustificado, con un aumento de hasta el 80%.Adicionalmente, el trabajador podrá recamar del empleador, simultáneamente con el ejercicio de la acción indemnizatoria laboral, las otras indemnizaciones a que tenga derecho, como son las de daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Debemos tener presente que se prevé expresamente que el legislador ha previsto que el empleador debe responder del pago de ambas indemnizaciones previstas en los incisos 1 y 2 del artículo 171 en caso de no haber observado el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual previsto en el Título IV del Código del Trabajo.

Excepcionalmente, se contempla en el inciso final del artículo 171 del Código del Trabajo la responsabilidad del trabajador demandante en caso de denuncia falsa de conductas de acoso sexual o laboral.

Al efecto, se establece que si el trabajador hubiese invocado como causal de despido indirecto las conductas de acoso sexual o laboral en forma falsa o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada y el tribunal hubiere declarado que la demanda carece de fundamento plausible, estará obligado a causar los perjuicios que hubiere causado al afectado. En el evento que la

causal hubiere invocado maliciosamente además de la indemnización de los perjuicios quedará sujeto a las otras acciones legales que procedan.

En este evento, se deberá ejercer la acción civil indemnizatoria cuya fuente será la sentencia laboral ejecutoriada ante el juez civil competente, o bien si se quiere ejercer la acción penal por injuria o calumnia deberá interponerse ante el juez penal competente.

La Corte Suprema ha sostenido que la acción de despido indirecto o autodespido no puede ser interpuesta conjuntamente con una acción de tutela de derechos fundamentales, dado que ésta última exclusivamente se contempla para un despido atentatorio de tales derechos cuando es el empleador quien ha decidido desvincular a su dependiente de conformidad con el tenor literal del artículo 489 del Código del Trabajo, no encontrándose por ello legitimado el trabajador para ejercer la acción de tutela por ser incompatible con la figura del autodespido.⁵

Desarrollando mayormente lo señalado, se ha indicado por la Corte de Apelaciones de Santiago que el art. 489 sigue la regla general en materia de acumulación de acciones, de que las acciones que proceden contra un mismo

⁵ Corte Suprema Recurso unificación jurisprudencia. 28.8.2013.Rol 3689-2013.Revista Derecho del Trabajo y Seguridad social Volumen IV N° 4. 3013. Págs.175 y sgtes.

demandado pueden interponerse en conjunto en un mismo juicio, salvo que sean incompatibles. La acción de despido injustificado es incompatible con la tutela laboral, ya que no puede suceder que un despido sea calificado como vulneratorio de derechos fundamentales, y simultáneamente, como justificado o procedente, y en sentido contrario, sí es posible que un despido en que no se vulneran desproporcionadamente los derechos fundamentales sea improcedente o injustificado. Adicionalmente, el despido vulneratorio de derechos fundamentales contempla las indemnizaciones del art. 168, de manera que no pueden ir conjuntamente ambas acciones ya que de lo contrario se produciría un cumulo indemnizatorio,⁶

Debemos hacer presente que esta incompatibilidad se ve claramente atemperada, si como se ha resuelto por nuestra Corte de Apelaciones de Santiago se considera que la indemnización por despido o despido indirecto, que tiene una finalidad compensatoria de la pérdida del trabajo, y permite al trabajador cierta disponibilidad de recursos en el periodo de desempleo, y otra, la de un vejamen o vergüenza pública causado precisamente por una orden de índole laboral. Esta es una de las razones que justifican la procedencia de las indemnizaciones legales tarifadas por termino de contrato y la indemnización por daño moral, en tanto la primera tiene por finalidad establecer un premio a la

⁶ Corte Apelaciones de Santiago. Recurso nulidad. 29.11.2013.Rol 1.280-2013.Revista Derecho del Trabajo y Seguridad social Volumen II N° 2. 2014. Págs.259 y sgtes.

fidelidad, constituir una especie de previsión y asistencia social y promover la estabilidad en el empleo, pero no cubre los daños reales generados por el despido, como si lo hace la indemnización civil por daño moral.⁷

7.3.2. Despido directo.

El empleador al realizar la investigación por si o enviar antecedentes a la Inspección del Trabajo de los antecedentes de la denuncia de acoso sexual y con el mérito de ellos no está adoptando una decisión a la cual pueda otorgársele una naturaleza jurisdiccional.

En consecuencia, si con el mérito de esos antecedentes y atendida su gravedad, estima pertinente proceder a materializar el despido por la concurrencia de la causal de acoso sexual contemplada en la letra b) del N°1 del artículo 160, el trabajador podrá reclamar de la medida de despido ante los tribunales del trabajo competentes.

Estimamos en todo caso que el despido no puede efectuarse por el empleador en forma directa sin haberse efectuado previamente la investigación,

⁷ Corte Apelaciones de Santiago. Recurso nulidad. 29.11.2013.Rol 1.280-2013.Revista Derecho del Trabajo y Seguridad social Volumen II N° 2. 2014. Págs.259 y sgtes.

porque en tal caso se habría adoptado una decisión sin haberse seguido íntegramente el procedimiento establecido en la ley.

Adicionalmente, esos antecedentes de investigación no tiene mérito por si solo en el procedimiento oral, sino que deberá rendirse la prueba de conformidad con las reglas generales ante el mismo, las cuales deberá el juez ponderar en la sentencia que pronuncie conforme con el sistema de la sana crítica y solo así podrá fundadamente para dar por establecidos los hechos que configuran el acoso sexual.

De allí que es posible que el tribunal acoja el reclamo por despido injustificado por estimar que no se ha acreditado una conducta de abuso sexual que revista la gravedad que haga procedente la adopción de tan drástica medida,

En tal caso, si el empleador ante la denuncia de acoso sexual por el trabajador afectado ha cumplido íntegramente con el procedimiento previo de investigación previsto en el Título IV del Libro II, no estará afecto al aumento del 80% contemplado en la letra c) del artículo 168 del Código del Trabajo.

7.3.3. Demanda de indemnización por enfermedad o accidente profesional.

Con motivo de la realización de conductas que importan un abuso sexual se pueden generar enfermedades profesionales con anterioridad o posterioridad al despido, los que necesariamente no estarán en tal caso cubierto por el finiquito a menos que se mencionen expresamente por las partes en el mismo.

Al efecto, se ha resuelto por la Corte Suprema que el poder liberatorio de un finiquito se extiende a todo aquello que las partes han concordado expresamente y no se extiende a los aspectos en que el consentimiento no se formó, sea porque una de las partes formula la reserva correspondiente, sea porque se trate de derechos u obligaciones no especificados por los comparecientes, sea por cualquiera otras razones que el entendimiento humano pudiera abarcar. En el instrumento que se examina nada se consignó en relación con la enfermedad profesional que padecía el actor y que sea conocida de la demandada, de modo que la amplitud de la renuncia no puede abarcar la acción de que se trata, pues por tratarse de una transacción – en la especie, contrato pro el que las partes precaven un eventual litigio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2446 del Código Civil, en la que se ajustan cuentas pendientes, es dable exigirle la especificidad necesaria, en atención no sólo a los bienes jurídicos en juego, esto es, derechos laborales de orden público, sino también porque se trata de evitar o eludir un pleito, una controversia , entre quienes comparecen a dicho ajuste de cuentas, de modo que es dable requerir

la máxima nitidez en cuanto a las materias, derechos y obligaciones, prestaciones, indemnizaciones, etc sobre las cuales se ha formado el consentimiento con el objeto precisamente de impedir las discusiones como la presente en que una parte entiende que no ha transado y la otra, supone el acuerdo y la renuncia de acciones.

De allí, que si se interpone una demanda de indemnización por enfermedad o accidente del trabajo generada con motivo de un acoso sexual, y no cubierta en el finiquito respectivo procedería dar lugar al pago de la misma.⁸

7.3.4. Denuncia por vulneración de derechos fundamentales.

En el evento que un trabajador efectue una denuncia por abuso sexual puede llegar a ser despedido por parte del empleador, y en tal caso, por considerarse que nos encontraríamos en una situación que importaría una represalia ejercida en contra de un trabajador, en los términos previstos en el inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo, procedería deducir una acción de tutela laboral dentro del procedimiento previsto en el párrafo 6 del Título I del Libro V del Código del Trabajo.

⁸ Corte Suprema 22.4.2014. Recurso unificación jurisprudencia. Rol. 8325-2014.Revista Derecho del Trabajo y Seguridad social Volumen II N° 3. 2014. Págs.91 y sgtes.

En este caso, de acogerse la acción de tutela procederá, según lo establecido en el inciso tercero del artículo 489 del Código del Trabajo, la indemnización de aviso previo, la indemnización por años de servicio con el correspondiente recargo. Y adicionalmente, será procedente una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.⁹

Debemos hacer presente que no necesariamente en este procedimiento de tutela es procedente su ejercicio ante el despido, sino que su principal finalidad puede ser la de obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de los derechos fundamentales y además las indemnizaciones que procedan como la reincorporación al trabajo según lo previsto en los artículos 489 y 495 del Código del Trabajo.

Para la resolución del conflicto en caso de tutela existe una clara alteración en la distribución de la carga de la prueba por parte del legislador conforme a lo previsto en el artículo 493 del Código del Trabajo.

En efecto, en el caso de una demanda de vulneración de derechos fundamentales basada en una conducta de acoso sexual, correspondería

⁹ Vease sentencia pronunciada por Segundo Juzgado de letras del trabajo.30.11.2009.RIT.T.2-2009. Revista Derecho del Trabajo y Seguridad social Volumen II N° 3. 2014. Págs.277 y sgtes.

conforme a las reglas generales del artículo 1698 del Código civil que el actor probara todos los supuestos para que sea acogida, esto es, la vulneración de los derechos fundamentales, la inexistencia o ineficacia de las medidas que se hubieren adoptado por el empleador para su protección y la falta de proporcionalidad entre la conducta de acoso y la medida adoptada.

Sin embargo, aplicando el artículo 493 se produce legalmente una alteración de la carga de la prueba conforme a la distribución de ella según las reglas generales, dado que el demandante en el proceso de tutela basta para que sea acogida que se hubiere aportando antecedentes de los cuales resulten suficientes que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales.

Alterando la distribución general, corresponderá al denunciado explicar la existencia de las medidas adoptadas, los fundamentos de ellas y la proporcionalidad de las medidas frente a la vulneración del derecho fundamental.

Con esta medida, se ha pretendido por el legislador afrontar la dificultad de prueba que existe para los efectos de acreditar las conductas que pueden constituir una vulneración de los derechos fundamentales, dejando de cargo del denunciado acreditar la existencia de las medidas y la proporcionalidad de ellas para evitar las consecuencias dañosas en contra del trabajador.

CONCLUSIONES

La legislación sobre acoso sexual está en una situación de rápido cambio. Los diferentes planteamientos legales hacia el acoso sexual en el trabajo, reflejan, en cierto grado, diferencias en las actitudes culturales y también en las tradiciones legales en los países estudiados. Cuatro tipos de leyes son potencialmente aplicables al acoso sexual: las leyes de igualdad de oportunidades, las de trabajo, las de actos ilícitos, las penales.

El uso de la legislación de igualdad de oportunidades como base para una prohibición legal contra el acoso sexual, lleva consigo un requerimiento de veredicto de discriminación basados en el sexo. El acoso sexual, por consiguiente, se asimila expresamente por la legislación o a través de interpretaciones judiciales, a un tipo de práctica discriminatoria de empleo. La ventaja principal de este planteamiento, es que refleja una realidad social. La mayor parte del acoso sexual en el trabajo, aunque no toda, se dirige hacia las mujeres, y las mujeres padecen normalmente el acoso sexual bien por lo que se refiere a beneficios económicos de trabajo tangibles, o a un ambiente de trabajo hostil. Las leyes de igualdad de oportunidades se adoptaron para prevenir diversos tipos de discriminación, incluyendo la discriminación sexual, y el acoso sexual puede considerarse razonablemente en la mayoría de las circunstancias como una forma de discriminación sexual.

Además, algunos, pero no todos los países que han adoptado leyes de igualdad de oportunidades, han establecido una institución especializada que puede ayudar al demandante que padece discriminación sexual, y esta ayuda puede incluir la investigación de si la reclamación tiene fundamento, el intento de resolver el asunto mediante conciliación, y en algunos casos la realización de demandas, para hacer valer la reclamación, contra el empleador y/o el presunto autor del acoso sexual.

Las leyes de trabajo, las de actos ilícitos y penal, que proporcionan protección contra el acoso sexual, tienen generalmente un planteamiento más amplio para este asunto, tratándolo con frecuencia como un abuso de poder, o como una afrenta inaceptable para la dignidad y la intimidad del individuo. Un planteamiento así no requiere un veredicto de discriminación basándose en el sexo, ni en los problemas conceptuales asociados con dicho planteamiento. Para los que consideran que el acoso sexual es más una violación de la dignidad e intimidad de la persona que una cuestión de discriminación en el empleo, dicho planteamiento puede ser atractivo.

Con la excepción de la amplia ley de contratos de empleo de Nueva Zelanda, que trata el acoso sexual como un agravio personal que puede plantearse en el contexto de la relación de empleo, la mayoría de las leyes de trabajo, de

responsabilidad civil y criminal aplicables al acoso sexual en el trabajo adolecen del apoyo institucional disponible en algunas leyes de igualdad de las oportunidades examinadas.

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros

1. ASSOCIATION européenne contre les violences faites aux femmes au travail (AFVT). De l'abus de pouvoir sexuel, le harcèlement sexuel au travail (Del abuso de poder sexual, acoso sexual en el trabajo), Editions La Découverte, Paris, 1990
2. CAAMAÑO Rojo, Eduardo, Carvajal Godoy, Gabriela , Jiménez Trejo, Patricio, El acoso sexual en la empresa. 2005, LexisNexis, Santiago.
3. HOLZBECHER, M; Braszeit, A.; Müller, U., Plogstedt, S. Sexuelle Belastigung am Arbetsplats. Verlag Kohlhammer, Stuttgart, 1991. pp. 366-367.
4. INFANTE, Horario. Separata Los principios Formativos del Procedimiento en Materia Probatoria, Santiago, Chile, 2005.
5. KADUE, David. Sexual harassment in employment law, Washington, D.C., Bureau of National Affairs, 1999.
6. LIZAMA, Luis. Ugarte José Luis. Nueva Ley de Acoso Sexual, Santiago, Chile, 2005. Editorial Lexis Nexis.

II. Recursos bibliográficos en línea

1. JUNTA de Protección de Sistemas de Mérito de los Estados Unidos:
Sexual harassment in the federal work place – I's it a problems?, 1981
[en línea] <
<http://www.mspb.gov/netsearch/viewdocs.aspx?docnumber=240744&version=241014&application=ACROBAT>> [consulta 22 de diciembre 2015]

III. Revistas

1. MACKINNON, Catherine. Sexual harassment of working women. A case of sex discrimination, Yale University Press, New Haven, 1979.
2. POLLACK, Wendy. Women's Experience vs. Legal Definitions, Harvard Women's Law Journal, 13, 1990.

