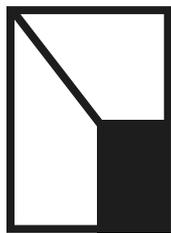




SECRETARÍA TÉCNICA
IGUALDAD DE GÉNERO
NO DISCRIMINACIÓN



Justicia con Perspectiva de Género

2022 • 2



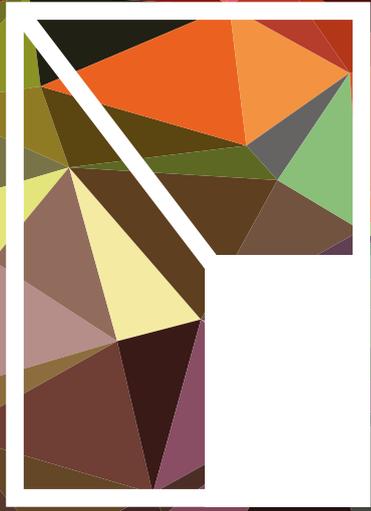


2022. Poder Judicial de Chile

Edición y Diseño:
Secretaría Técnica de Igualdad
de Género y no Discriminación
de la Corte Suprema



SECRETARÍA TÉCNICA
IGUALDAD DE GÉNERO
NO DISCRIMINACIÓN



Justicia con Perspectiva de Género

Contenidos

PÁGINA 05

Presentación

PÁGINA 09

PRIMERA SECCIÓN

Seminario: Argumentación jurídica con perspectiva de género

PÁGINA 47

SEGUNDA SECCIÓN

Informe en derecho. Acoso sexual y sexista en el trabajo: revisión desde la doctrina y jurisprudencia

Presentación

Este segundo número de la Revista Justicia con perspectiva de género, viene a dar visibilidad y otorgar una mirada más profunda a las reflexiones que hemos venido desarrollando en el Sistema de Justicia, en relación a la utilización de los estereotipos y sesgos de género, y sus consecuencias en la administración de justicia, destacando la necesidad de evitar su incorporación en todas las fases del proceso judicial, en particular en la investigación, defensa, conocimiento y decisión de los casos.

Para ello, en esta oportunidad ponemos a disposición de la comunidad judicial, en la sección primera, las ponencias sobre argumentación jurídica con perspectiva de género en materia penal, emitidas en un seminario interinstitucional desarrollado el año 2018, y, en la sección segunda, el “Informe en derecho sobre acoso sexual y sexista en el trabajo”, presentado en un conversatorio realizado en abril del año 2021. En este sentido, este segundo número viene a complementar, a partir de la reflexión aplicada, los aspectos teóricos desarrollados con mayor extensión en el primer número de la revista, y de esta manera continuar con la promoción de la reflexión y análisis sobre la incorporación de la perspectiva de género y derechos humanos en la administración de justicia, que es el objetivo final de esta publicación.

Así, a lo largo de estas páginas se analizan, desde diversas miradas y áreas del derecho, algunas cuestiones vinculadas a la manera en que los estereotipos pueden distorsionar las percepciones y dar lugar a argumentaciones basadas en creencias preconcebidas y no en hechos o que ponen de manifiesto cómo al investigar, defender y decidir un caso, puede presentarse la exigencia de un determinado comportamiento o del cumplimiento de formas de ser –“víctima ideal”, “buena trabajadora” o “buena madre”. Se plantea, además, cómo es posible reconocer los estereotipos y sesgos que dificultan otorgar credibilidad a las declaraciones y testimonios de las mujeres –como partes y como testigos– y la necesidad de asignar importancia a las vulneraciones de las que son objeto para garantizar,

en definitiva, el acceso a la justicia que asiste a toda persona.

En la primera sección se incorporan los discursos y las ponencias emitidas en el “Seminario Internacional de Argumentación Jurídica con perspectiva de género”, celebrado en el año 2018, en el marco de la conmemoración del Día Internacional de la No Violencia contra la Mujer, actividad que fue organizada de manera conjunta por la Fiscalía Nacional, la Defensoría Penal Pública y el Poder Judicial, a través de un trabajo interinstitucional permanente en esta materia, que ha rendido importantes frutos. La primera ponencia, de autoría de la abogada australiana Simone Cusack, trata sobre los estereotipos de género y su impacto en la administración de justicia. Luego, se presenta la ponencia sobre la revictimización como obstáculo en el acceso a la justicia, de la fiscal argentina María Luisa Piqué. Y, finalmente, está la ponencia sobre argumentación jurídica con perspectiva de género, de autoría de la académica chilena Soledad Krause.

Agradecemos la contribución de estas destacadas académicas que compartieron sus precisas, ilustradoras y clarificadoras reflexiones y que, además, tuvieron la disposición de actualizarlas a efectos de esta publicación. En los debates de clausura, nos acompañó Carmen Antony García, gran jurista, criminóloga y académica, quien dedicó su vida académica y profesional a la incorporación de la perspectiva de género en el juzgamiento, tanto en Chile como en la Región, y que puso de manifiesto que las mujeres pasan a ser concebidas como sujetos y no como objetos de derecho, en la medida que se elimina la discriminación, los estereotipos y el androcentrismo y se materializa el respeto a la diversidad, los derechos humanos y la igualdad de oportunidades. Rendimos con esta publicación, un sentido homenaje a esta gran mujer, abogada y académica chilena.

En la segunda sección, se incorpora el informe en derecho “Acoso sexual y sexista en el ámbito de las relaciones laborales”, elaborado, a solicitud de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, por

6 el académico chileno José Luis Ugarte. En este estudio se analiza la normativa chilena en la materia y la más reciente jurisprudencia de los tribunales de instancia, de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, planteando una perspectiva crítica acerca de la forma en que la jurisprudencia laboral ha abordado esta manifestación de violencia contra las mujeres.

Esperamos que las reflexiones contenidas en esta publicación cumplan con el cometido de profundizar el conocimiento sobre la incorporación de la perspectiva de género en el sistema judicial y entreguen elementos que aporten a la construcción de un juzgamiento libre de

prejuicios, estereotipos y sesgos de género. Esperamos generar una reflexión y debate en torno a la promoción e implementación de la incorporación de la perspectiva de género en el juzgamiento en todos los ámbitos y, especialmente, en aquellos en que su ausencia genera discriminación y violencia contra de las mujeres.

**Secretaría Técnica de Igualdad de Género y
No Discriminación
Corte Suprema de Justicia
Poder Judicial de Chile**

Primera Sección

Ponencias presentadas en el Seminario Internacional de Argumentación Jurídica con perspectiva de género

PÁGINA 11

I. Intervención Presidente de la Corte Suprema de Justicia

PÁGINA 15

II. Intervención Fiscal Nacional

PÁGINA 17

III. Intervención Defensora Nacional Subrogante

PÁGINA 20

IV. Estereotipos de género y su impacto en la administración de justicia

PÁGINA 28

V. La revictimización como un obstáculo en el acceso a la justicia

PÁGINA 35

VI. Argumentación Jurídica con perspectiva de Género

PÁGINA 41

VII. Diálogos con Carmen Antony

Ponencias presentadas en el Seminario Internacional celebrado en conmemoración del Día Internacional de la No Violencia contra la Mujer (2018), actividad interinstitucional del Poder Judicial, Ministerio Público y Defensoría Penal Pública**

“Seminario Internacional de Argumentación Jurídica con perspectiva de género”

** Ponencias de la abogada australiana Simone Cusack “Los estereotipos de género y su impacto en la administración de justicia”; de la fiscal argentina María Luisa Piqué “La revictimización como un obstáculo en el acceso a la justicia”; de la académica chilena Soledad Krause “Argumentación jurídica con perspectiva de género” y las reflexiones efectuadas a su término, en los “Diálogos con Carmen Antony”.

Haroldo Brito Cruz

I. Intervención Presidente de la Corte Suprema de Justicia

Quiero saludar a todos y a todas, y pedirles que me excusen de leer los vocativos. Son numerosas las personas que nos acompañan, lo que revela el interés que tienen estas materias y la importancia que le estamos dando. Quiero señalar que, para mí, es un honor intervenir en la conmemoración del “Día Internacional de la eliminación de la violencia contra la Mujer”, y dirigirme a ustedes en este espacio de colaboración interinstitucional, que inauguramos con el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública. Para saludar este día, nada mejor que ocuparnos de la argumentación jurídica con perspectiva de género, cuestión que, precisamente tiene por objetivo que reflexionemos sobre cómo garantizar el respeto del principio de igualdad y no discriminación en el conocimiento de los casos que se presentan ante el sistema de justicia.

Algunas de las preguntas que creo se intentarán resolver a lo largo de este seminario son: ¿Es suficiente el reconocimiento de la igualdad formal para garantizar un efectivo acceso a la justicia?, ¿qué son y cómo influyen o pueden influir en la investigación, defensa, conocimiento y decisión de los casos, los estereotipos y prejuicios de género?, ¿qué impacto tienen o pueden tener, en la administración de justicia?, ¿cómo afectan o pueden afectar a las mujeres, y particularmente, a las mujeres que sufren violencia de género?, ¿influyen en la presentación y valoración de las pruebas?, ¿cómo podemos sortear estas imágenes, los operadores del sistema penal?, ¿en qué momento de la argumentación es necesario visibilizarlos?, ¿afectan o pueden afectar los estereotipos y prejuicios de género la imparcialidad e integridad del sistema de justicia? Antes de compartir con ustedes unas breves reflexiones en torno de dichas preguntas, me gustaría comentarles algunos avances que ha experimentado la institución que represento en esta materia.

Desde hace unos años, el Poder Judicial emprendió el desafío de romper con la inequidad de género y promover el pleno reconocimiento de los derechos a la igualdad y no discriminación de todas las personas. Es así como, a fines del 2015, fue pionero en el país, realizando un estudio de diagnóstico de la perspectiva de igualdad de género, que dio cuenta de las desigualdades y discriminaciones, así como de los estereotipos preexistentes en nuestra institución al momento de administrar justicia. Los resultados de dicho estudio dieron pie, en 2016, a la aprobación por el tribunal pleno, de la creación de la Secretaría de Igualdad de Género y no Discriminación, cuya misión es promover la implementación de la perspectiva de género, de igualdad de género y no discriminación en todo el quehacer institucional.

Ahora bien, el compromiso institucional del Poder Judicial en esta materia ha quedado consolidado a través de la aprobación de nuestra política de igualdad de género y no discriminación, en febrero último. Esta política fue elaborada con el objetivo de promover e impulsar acciones para garantizar el respeto a la igualdad y no discriminación en el seno del Poder Judicial, materializando lo que disponen los tratados internacionales de derechos humanos en materia de igualdad, no discriminación, violencia de género y acceso a la justicia. Para lograr dicho objetivo, la política propone incorporar la perspectiva de género en todo el quehacer judicial, lo que comprende dos grandes ámbitos de acción. Uno interno, orientado a los propios integrantes del Poder Judicial, para propiciar espacios de trabajo libres de violencia y discriminación; y otro externo, destinado a los usuarios y usuarias del sistema de justicia que se acercan en busca de la resolución de sus conflictos, con el objetivo, precisamente, de garantizarles un efectivo acceso a la justicia generando

12 las condiciones para que ese acceso sea posible y efectivo.

La política se organiza en torno a ejes estratégicos, a través de los cuales se pretende hacer operativa su implementación. El primero, relativo a la no discriminación de género; el segundo, al enfoque de género en el acceso a la justicia; el tercero, vinculado a la no violencia de género; y el último, funcional a los anteriores porque los nutre: el eje de la capacitación. Al interior de cada uno de estos ejes, se establecen dimensiones, que, a su vez agrupan líneas específicas de acción.

Quisiera mencionar aquí, una línea de acción en el eje estratégico de capacitación, que expresamente, establece el desarrollo de acciones de promoción de intercambio con otros actores del sistema de justicia: el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, las policías, entre otros. Esto, con la finalidad de generar estándares y estrategias que permitan consolidar el principio de igualdad y no discriminación con independencia del rol que cada cual está llamado a desempeñar. En cumplimiento de dicha línea de acción, iniciamos, en junio de este año, este espacio de colaboración interinstitucional, enfocado, como se ha señalado, en generar acciones entre quienes integran nuestras instituciones, que permitan sensibilizar y socializar sobre estas materias.

Como sabemos, ya desde 1981, los movimientos de mujeres y feministas conmemoraban el 25 de noviembre como día contra la violencia de género. La fecha, fue elegida para honrar la memoria de las hermanas Mirabal, tres activistas políticas de la República Dominicana, que fueron brutalmente asesinadas, en 1960, por orden del gobernante dominicano Rafael Trujillo. Posteriormente, el 7 de febrero del 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptó la resolución 54/134, designando el 25 de noviembre como el "Día Internacional de la eliminación de la Violencia contra la Mujer".

Conmemorar este día se refiere, precisamente, a visibilizar una realidad terrible, que impacta la vida de las mujeres en todo el mundo y que -si bien sabemos que en la mayoría de los países se ha reconocido que

la violencia por razones de género contra la mujer constituye- una violación de sus derechos humanos, por lo que se han implementado leyes y políticas para enfrentarla, la realidad es que, a pesar de esos avances, tal como lo señala el Comité CEDAW en su recomendación general 35, la violencia por razón de género contra la mujer -ya sea cometida por estados, organizaciones intergubernamentales o agentes no estatales, particulares y grupos armados, entre otros- sigue siendo generalizada en todos los países, con un alto grado de impunidad. Se manifiesta en una serie de formas múltiples, interrelacionadas y recurrentes en diversos ámbitos de lo privado y lo público, incluido entornos tecnológicos, y trasciende las fronteras nacionales en el mundo globalizado contemporáneo.

Nos encontramos reunidos en conmemoración de este día, para revisar cómo puede el sistema de justicia penal -y cada institución que lo compone- implementar estrategias para hacerse cargo de visibilizar las necesidades de las mujeres que sufren violencia, darles un trato adecuado, y respetar y hacer cumplir sus derechos. En definitiva, otorgarles las condiciones que les garanticen un efectivo acceso a la justicia y el respeto irrestricto a sus derechos humanos. Esta es una tarea que si bien, como veremos formalmente, tiene un asidero robusto en su aspecto normativo -tanto en el sistema internacional de los derechos humanos como en la legislación nacional- se enfrenta a serias complejidades en su implementación práctica. Esto, porque no es posible administrar justicia de manera justa en estas materias, si no se toman en consideración los aspectos relacionales y culturales que determinan la posición en la que se encuentran hombres y mujeres en nuestra estructura social.

En materia normativa internacional, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos consagra el respeto a los principios de igualdad y no discriminación en variadas disposiciones y normas; instrumentos que nuestra Constitución incorpora en su artículo 5º inciso 2º. No obstante, también se ha señalado que, si bien dichas disposiciones y normas prohíben la discriminación por razones de sexo, la mujer ha sido y sigue siendo objeto de diversas formas de discriminación por el hecho de ser mujer. Cuestión que ha sido relevada de manera contundente por los

movimientos de mujeres que han tenido lugar en 2018 en nuestro país y en el mundo.

Una forma en la que se manifiesta esta discriminación en relación con el acceso a la justicia de las mujeres en general y, particularmente, de quienes sufren violencia de género, puede ser visualizada en cómo operan los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial. Respecto a este tema, el Comité CEDAW (Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer) ha sido muy claro al señalar, en su recomendación general 33 sobre acceso a la justicia, que los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. En ese sentido, con frecuencia los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos.

El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Estos estereotipos, pueden hacer que los jueces interpretemos erróneamente las leyes y sean aplicadas de manera defectuosa. Esto tiene consecuencias de gran alcance, por ejemplo, en el derecho penal, ya que da por resultado que los infractores no sean considerados responsables de las violaciones de los derechos de la mujer, manteniendo, de esta forma, una cultura de impunidad. En todas las esferas de la ley, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes.

Como sabemos, nuestra legislación procesal penal consagra la libre valoración de la prueba, estableciendo como límite los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Ante ello, resulta esencial preguntarse si los prejuicios y estereotipos negativos de género pueden tener un espacio, a través del cual impacten el conocimiento y decisión de los casos, como podría ser, particularmente, con el uso de las máximas de la experiencia - que han sido conceptualizadas como juicios aproximados respecto de la verdad de conocimiento general y notorio, con base en el sentido común, y que

son generalizaciones-, cuestiones que serán abordadas en las ponencias de nuestras invitadas. En definitiva, el fin de la organización de este seminario, es relevar la necesidad de evitar la incorporación de prejuicios y estereotipos negativos de género en la investigación, en la defensa, conocimiento y decisión de los casos en el sistema de justicia penal. Destacando el cuidado que es necesario tener para identificar la eventual convergencia de estos sesgos a lo largo del proceso penal, y haciendo visible la necesidad de contar con herramientas que ayuden a esta compleja tarea.

En esa línea, es esencial primero, entender lo que son los estereotipos, cómo operan y qué impacto puedan tener en la administración de justicia. Asimismo, resulta ser de la mayor relevancia, conocer experiencias comparadas en relación con la valoración de la prueba en materia penal y, finalmente, como he señalado, ahondar en cómo se pueden evitar prácticas discriminatorias en el proceso de argumentación jurídica. Para ello quisiera concluir estas palabras, comentándoles respecto de una herramienta que como Poder Judicial hemos desarrollado recientemente y puesto a disposición de nuestra judicatura.

Es un trabajo de la Secretaría Técnica, titulado “Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias”, que pretende, precisamente, la incorporación de elementos básicos para el análisis de los casos y su contexto, como escenario en el que se manifiestan estereotipos, desigualdad y discriminación. El cuaderno se compone de un marco conceptual y normativo, y aporta una matriz de análisis que, aplicada al caso concreto, creemos que permitirá dejar atrás, desigualdades y discriminaciones, considerando el contexto y las personas intervinientes en cada caso. El cuaderno, además, da cuenta de las buenas prácticas internacionales en la materia e incorpora un glosario de términos, un catálogo de instrumentos normativos internacionales y una selección de declaraciones y jurisprudencia internacional sobre la materia.

Para finalizar, agradezco a todos y a todas, su presencia en este seminario; agradezco al Ministerio Público, a la Defensoría Penal Pública y a la ministra encargada a los asuntos de género a través de la Secretaría Técnica, el notable esfuerzo y la claridad conceptual puesta en la

14 organización de este seminario. También agradezco, particularmente, a nuestras invitadas internacionales, a quienes, pese a la distancia y a las dificultades propias de la vida laboral y familiar, decidieron aceptar la invitación de la Corte Suprema para formar parte de este espacio de reflexión, y ayudarnos a construir y difundir en conjunto el conocimiento que hoy compartiremos.

Actuaciones realizadas por el Poder Judicial desde la fecha de la celebración del Seminario¹

Desde el año 2018, momento en que fue pronunciado este discurso por el entonces Presidente de la Corte Suprema, Sr. Haroldo Brito Cruz, el Poder Judicial de Chile ha continuado desarrollando avances para incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia, en el marco de la implementación de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación de nuestra institución. Hemos ido desarrollando líneas de acción en los cuatro ejes de nuestra Política, a los cuales se puede acceder en la página web secretariadegenero.pjud.cl.

Entre ellos destaca, en un nivel organizacional, la vigencia, desde el año 2019, de la Institucionalidad de Igualdad de Género y No Discriminación, que incorpora un Consejo Consultivo Asesor a nivel nacional y Comités de Género a nivel de cada Corte de Apelaciones, los

cuales han desarrollado prolíficas actividades y acciones a nivel local.

Por su parte, entre las estrategias y herramientas para la difusión, sensibilización y socialización de las temáticas de igualdad de género y no discriminación, además de la elaboración y publicación de los dos números de esta revista, quisiéramos destacar, en particular, la publicación del Repositorio de Sentencias con perspectiva de género y el Concurso de Sentencias con perspectiva de género, cuya segunda versión se realizará entre fines de 2021 y principios de 2022.

En materia de capacitación, hemos desarrollado un trabajo coordinado y permanente con la Academia Judicial de Chile, que ha redundado en poner a disposición de las personas que integran nuestra institución, cursos sobre sensibilización de género, violencia de género y acoso sexual y buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia, entre otros.

Por último, recientemente elaboramos y editamos un Manual para el uso del lenguaje inclusivo no sexista en el Poder Judicial, que contiene recomendaciones prácticas para visibilizar los estereotipos y evitar el sexismo en el discurso judicial.

¹ Actualización de las actuaciones para la incorporación de la perspectiva de género en el Poder Judicial desde fines de 2018.



Jorge Abbott Charme

II. Intervención Fiscal Nacional

Muy buenas tardes a todas y todos, me remito a los vocativos indicados al inicio de esta jornada. Me dirijo a ustedes sabiendo que en este preciso momento no solo en Chile, sino en el mundo entero, se están ejerciendo agresiones y violencia contra millones de personas. Lamentablemente, el avance del derecho, la ciencia y la tecnología, las sociedades modernas no han podido terminar con este tipo de actos de barbarie y, tal vez, lo peor es que hablamos de violencia ejercida por lo general contra los más vulnerables: los ancianos, los niños, niñas, grupos étnicos y mujeres.

Este fin de semana se conmemoró el Día internacional de la no violencia contra la mujer. Fecha que, déjenme decirlo, muy penosamente sirve para poner el tema en el debate de las redes sociales, pero que no se traduce necesariamente, con la fuerza que deseáramos, en una mayor conciencia ciudadana que nos lleve a una disminución de los actos de violencia en contra de las mujeres. Las estadísticas mundiales sugieren que casi el 40% de los homicidios de mujeres son cometidos por sus parejas, lo que consistentemente ya es compatible con el patrón que se ve en nuestra sociedad y que nos impone un desafío extraordinariamente complejo.

Acabar con la violencia de género es un deber imperativo de la sociedad en su conjunto y para nosotros, como fiscales y fiscalas, es frustrante ser el último eslabón de una cadena en la que debemos actuar cuando el delito ya se ha consumado. Quiero ser claro en esto, no busco restar responsabilidad, ni menos relevancia, al Ministerio Público en la persecución de este delito; por el contrario, lo que remarco es que la violencia contra la mujer es un asunto que debería ante todo evitarse, detenerse, antes de que este ocurra y en ello, por supuesto, la fiscalía también tiene una responsabilidad que asumir en ese proceso. Pero, como en todo propósito de interés social, lo que requerimos para frenar este tipo de violencia es aunar voluntades y alertas. Estos temas son la base de este seminario sobre argumentación jurídica con perspectiva de género, el que hemos organizado en

forma conjunta con la excelentísima Corte Suprema de Justicia y la Defensoría Penal Pública.

El reconocimiento de la violencia de género como una cuestión de derechos humanos trae consigo una mayor exigencia para todos los actores del sistema de justicia, quienes debemos investigar y juzgar estos hechos con la debida diligencia, incorporando una mirada y perspectiva de género en nuestras actuaciones. No hacerlo, no solo puede dejar a Chile expuesto al incumplimiento de los compromisos que ha adquirido ante la comunidad internacional, sino que también podría traducirse en una grave e irreversible pérdida de eficacia en la erradicación de este tipo de violencia. La investigación de los delitos que se cometen en este contexto impone al Ministerio Público el desafío de ejercer sus funciones de una manera diferente, concibiendo al derecho como un instrumento que garantiza a las víctimas una vida libre de violencia.

Desde esta perspectiva es urgente que todos entendamos bien sobre lo que estamos hablando; nadie, absolutamente nadie merece vivir bajo el miedo y la amenaza de la agresión física, y menos el maltrato psicológico, ni tampoco la amenaza de perder la vida. Allí radica la urgencia y la necesidad de ser más eficientes, certeros y oportunos ante sus primeras manifestaciones. Es por ello, que se torna tan necesario contar con herramientas que permitan a los y a las fiscales, conducir sus investigaciones con perspectivas de género y con enfoque de derechos, con especial énfasis en los delitos sexuales y en aquellos cometidos en contextos de violencia intrafamiliar, dada la particularidad de sus víctimas. De esta forma, las investigaciones deben dejar de lado cualquier estereotipo creado sobre la identidad de hombres y mujeres; por el contrario, una adecuada formación, capacitación y enfoque, ámbitos en la que la fiscalía está profundizando su accionar, permiten identificar y sortear los patrones de poder o dominación que someten a las mujeres, en el marco de sus

16 relaciones de afectividad y de familia, a distintas formas de violencia que pueden llegar incluso a la muerte.

Dada la relevancia y la urgencia de la materia que tratamos, el Ministerio Público mantiene una constante actualización de su gestión en este ámbito. En octubre de 2017, creamos la Unidad de Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional, cuyo propósito es fortalecer el trabajo institucional en derechos humanos y violencia de género, de manera tal de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales suscritas por el Estado de Chile; en particular, respecto del deber de investigar con la debida diligencia los casos de víctimas de violencia de género.

Siguiendo el mismo camino, a inicios de 2018, se conformó el Comité Técnico de Género, cuya misión es trabajar de manera permanente en la institucionalización de la perspectiva de género, tanto a nivel organizacional, como en el ejercicio de sus funciones. En ese contexto, este comité ha supervisado técnicamente la elaboración del primer diagnóstico de género del Ministerio Público, el que culminó a fines de 2018². Este estudio nos permitió contar con un análisis sobre cómo nuestra institución ha incorporado este enfoque, tanto en los procesos de investigación y persecución penal, como en la atención, apoyo y protección de víctimas y testigos; e incluso en nuestras estadísticas y en el desarrollo organizacional de todos y todas quienes trabajamos en la fiscalía.

Asimismo, el 2018 se incorporó, como una nueva iniciativa en el plan estratégico institucional, la perspectiva de género en la estructura organizacional y en el ejercicio de las funciones encomendadas constitucionalmente a nuestra institución. Sobre este último aspecto, cabe señalar que se ha creado la especialidad en violencia de género para fiscales y fiscalas y sus equipos de trabajo. Esta iniciativa ya comenzó a generar sus frutos, al conformarse la primera fiscalía especializada en violencia de género y violencia intrafamiliar en la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, la que contó con la formación y capacitación de la unidad de derechos

humanos, violencia de género y delitos sexuales de la Fiscalía Nacional.

Todas estas decisiones se encaminaron para la elaboración de la Política de Género del Ministerio Público, que se llevó a cabo el 2019. De esta manera, se plasman en nuestra gestión los mandatos de los instrumentos internacionales relativos a la violencia de género y el actuar conforme a sus recomendaciones. Así lo hicimos frente al séptimo informe periódico de Chile ante el Comité para la Eliminación de la discriminación contra la Mujer, el que nos instó a emprender acciones de sensibilización y formación de los operadores de justicia, que es, justamente, la razón de fondo de este seminario.

Confiamos en que vamos por buen camino, ya que hemos realizado una amplia difusión de la Política de Género; hemos elaborado un Plan de Acción 2020-2022 con indicadores; y tenemos un sistema de gobernanza en la materia. Pero, sobre todo, porque no vamos solos: a nuestro lado hay equipos con un alto interés por alcanzar mayores grados de especialización en este ámbito. Al poner en marcha actividades como este seminario, la señal que enviamos a los organismos que conformamos el sistema de justicia, es que la colaboración y el aprendizaje continuo, son la base imprescindible para responder antes y mejor, a la defensa a las víctimas de la violencia de género. Compromiso que la Fiscalía de Chile asume y ejerce como parte integral de sus tareas diarias.

² Actualización de las actividades realizadas por la Fiscalía Nacional desde fines de 2018..

Viviana Castel Higuera

III. Intervención Defensora Nacional Subrogante

Buenas tardes a todas y a todos. Quisiera recordar que ayer, 25 de noviembre, fue el día en que se conmemoró el Día internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer, en honor a la fecha en que fueron asesinadas, en 1960, en República Dominicana, las hermanas Patria, Minerva y María Teresa Mirabal, simplemente porque denunciaron la violencia que se ejerce sobre las mujeres en todo el mundo y reclamaron políticas en todos los países para su erradicación.

Más de medio siglo ha transcurrido y aún se mantienen los estereotipos de género que impactan negativamente la administración de justicia. Aún persisten frases como: “a las mujeres no hay que entenderlas hay que quererlas”, “peleas como niña”, y en el fútbol “eres una madre”, o “una monja”, ridiculizando y menospreciando lo femenino. Por otro lado, si yo le preguntara al auditorio cuántas de las mujeres aquí presentes han debido enfrentar en una entrevista de trabajo la pregunta ¿si prontamente formarán una familia?, seguramente, serían muchas las mujeres que elevarían su mano; y, si hago la misma pregunta a los hombres, especulo que ninguno de ellos levantaría la mano. Bueno, de esto se trata el seminario, de revisar cómo esa imagen de ser mujer se intercala en el juzgamiento de las personas en el sistema penal. Veremos que esas intromisiones o prejuicios están, a veces imperceptibles, pero evidentes sin que las y los operadores hayamos, hasta el momento, buscado remedios procesales efectivos para evidenciarlos y erradicarlos de nuestros alegatos.

En la facultad de derecho se nos enseñó sobre el principio de la igualdad y la prohibición de no discriminación; pero, difícilmente se nos enseñó cómo esos derechos podían aplicarse a situaciones específicas de discriminación en casos concretos. Las diferencias y los prejuicios basados en la diferencia sexual no eran una preocupación ni dogmática, ni práctica en esa época. Menos, aún, se nos planteó que ese trato discriminatorio podría ser un problema en el sistema penal. En ninguna parte nos dijeron que en el sistema penal podía darse una

discriminación, porque los tipos penales se aplican para todos sin importar el sexo de una persona, puesto que todos los delitos están descritos en un supuesto neutral “el qué”, con la sola excepción del delito de aborto. Sin embargo, toda la criminología, especialmente la criminología crítica, nos ha enseñado que todos los delitos se dan en un contexto sociocultural previamente establecido, que contempla reglas, no siempre escritas, y que la persecución penal es esencialmente discriminatoria: por raza, condición socioeconómica, nacionalidad, religión y, también, por sexo.

Es más, recientemente tuvimos el privilegio en Chile de recibir a la profesora Catharine Mackinnon, quien puso en el tapete que, tanto el Estado como la ley, han sido construidos como un “masculino”, de manera que la ley, que es la “mente” del Estado, trata a las mujeres tal y como las ven los hombres. Por lo anterior, aquellas características “deseadas” de la ley objetiva, en cuanto ser “desapasionada, impersonal, imparcial y con precedentes”, se inspiran en un ideario masculino, que domina a las mujeres suponiendo que esta ley es neutra. De ahí que los legisladores –digo “los” por la escasa representación que hemos tenido las mujeres en el Congreso– han escrito en ellas valores y atributos tradicional y socialmente masculinos: mujeres sometidas al poder de los hombres, y que establece espacios diferenciados para ellas y ellos, excluyéndolas de la vida pública.

Tenemos, entonces, que los tipos penales están llenos de contenido masculino; pero tampoco hemos querido ver que las mujeres existimos en el sistema penal. Existimos como imputadas, a pesar de que por la menor proporción de mujeres y por el tipo de delito que usualmente cometen son consideradas marginales en la lógica de los grandes números –cerca de un 18 por ciento las imputadas y cerca de un 10% las privadas de libertad–, somos casi invisibles para las políticas públicas legislativas. Pero también somos operadoras jurídicas: juezas, fiscalas y defensoras, y aunque el número de

18

mujeres profesionales del derecho ha aumentado en todas nuestras instituciones, todavía cuando revisamos el número de mujeres que ostentamos cargos de jefatura somos muchas menos que los hombres. Esto, no obstante que en las escuelas de derecho existe una paridad en número de ingreso y egreso, y que las egresadas de derecho suelen tener mejores calificaciones que los varones en la universidad. Pareciera que aún están vigentes las palabras del fiscal judicial de la época en que Matilde Throup –la primera abogada chilena– se presentó a la convocatoria para llenar el puesto vacante de secretario judicial, notario y conservador de bienes raíces del departamento de Ancud, por allá en 1893: “nuestro régimen legal no permite dar acogida a la solicitud de la señora Throup, por más que aquella sea en extremo simpática y digna de todo género de encomios” (Sánchez Manríquez, 2006, p. 318).

Yo les contaba, al inicio de mi presentación, que nosotras escuchábamos a diario prejuicios sobre nuestra “esencia femenina”, pero ¿cómo se aplican a diario por el sistema penal? Diversos estudios (Casas et. al, 2005; Olavarría, et. Al, 2009; Frías y Matus, 2000; sólo por nombrar algunos) demuestran que todos los operadores del sistema utilizan ampliamente prejuicios sexuales, ubican a los hombres en el espacio público, en el que se toman las decisiones importantes, en donde la violencia y la “racionalidad” son características masculinas excluyentes. Mientras, a las mujeres se las ubica en el espacio privado, tomando algunas decisiones solo en el ámbito de la crianza y la reproducción, con una emocionalidad exagerada y en extremo irracionales.

Un ejemplo de prejuicio en relación con el juzgamiento se sustenta en la idea de que las mujeres son esencialmente madres, y que sus derechos y móviles del delito en el proceso penal están subordinados a si tienen hijos o a cómo los han querido o cuidado; lo podemos ver a diario cuando se discuten las penas sustitutivas. Mientras más cercana la mujer al ideal tradicional, es decir, la “madresposa”, que describe Marcela Lagarde de los Ríos (1990), más probabilidades tiene de ser considerada como una candidata por una pena en libertad.

Otro prejuicio habitual, es que las mujeres no trabajamos si no lo hacemos remuneradamente fuera del hogar. Pareciera que todo el trabajo de cuidado y mantención

del hogar no es trabajo, pues, aunque la legislación chilena en muchas normas exige trabajo y no empleo, como requisito para acceder a una pena sustitutiva, los operadores insisten en interpretar negativamente el esfuerzo de muchas mujeres que hacen día a día para mantener sus casas. Un ejemplo de esto, lo podemos ver en una cita en una sentencia en que a una mujer que se declaraba como “dueña de casa”, pero que al determinar si procedía o no al cumplimiento de libertad del cumplimiento libertad se dijo: “sobre lo anterior se advierten escasos hábitos laborales denotando en su trayectoria una posición de mayor pasividad y dependencia a otro respecto a su mantención económica”.

Pero ¿qué relación tienen los prejuicios y estereotipos de género en el juzgamiento y sanción de una persona con la violencia contra la mujer? La respuesta la ha dado en forma reiterada el Comité CEDAW; en específico, en la Observación general número 19, de enero de 1992: la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre. De esta forma, si la violencia contra la mujer constituye discriminación, la mantención de actitudes tradicionales según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas, perpetúa la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción.

En otras palabras, si no eliminamos los prejuicios de género de nuestro actuar diario, si no ponemos a las mujeres en una real posición de igualdad, si seguimos discriminándolas en el acceso a la justicia, en la formación e interpretación de los tipos penales, y en todo el juzgamiento y cumplimiento de la condena, seguimos siendo cómplices de la violencia contra la mujer. No podemos dejar de recordar los casos de Karina Sepúlveda, Ana Raid, Gabriela Blas, Kantuta García y otras tantas. Fuimos ciegos a las diferencias de género y de pertenencia cultural. Fuimos ciegos a nuestros propios prejuicios, permitiendo una discriminación que resulta en violencia. Y en esta ocasión, el sistema judicial ha sido llamado a un completo cambio por las recientes recomendaciones de la CEDAW frente al examen periódico de Chile.

Juezas, jueces, fiscales, fiscalas, defensores y defensoras, estamos llamados a ser una fuerza conjunta para liderar un profundo proceso de revisión de nuestro actuar, para lo cual la capacitación es una herramienta fundamental, por lo que esperamos, todos y todas en este seminario, no sea el fin sino sea el próspero inicio de otras actividades.

De hecho, me complace compartir con ustedes distintas líneas de trabajo que ha desarrollado la Defensoría Penal Pública para eliminar la brecha entre sexos. En primer lugar, quisiera destacar que desde el año 2004 nos hemos preocupado de realizar estudios sobre la defensa con enfoque de género en materia penal, con el fin de mejorar argumentos para quienes ejercen defensa penal. A modo de mención: Defensa de mujer en el sistema procesal penal de 2004, Defensa en caso de violencia intrafamiliar en 2006, Los parricidios y homicidios imputados a mujeres en 2009, Aborto e infanticidio, Cómo sostener una adecuada defensa en 2010.

Asimismo, la Defensoría se ha preocupado de hacer estudios destinados a evaluar; es decir, a revisar el cumplimiento de los estándares de defensa penal desagregando los datos de acuerdo con el sexo de las personas atendidas, a fin de revisar diferencias significativas entre sexos, especialmente las Auditorías externas sobre la calidad de atención prestada por la Defensoría Penal Pública y la de satisfacción de personas usuarias. La verdad es que las actividades desarrolladas son bastantes y lo principal es que, como parte de nuestra línea de trabajo en difusión de derechos teniendo presente la especial condición de vulnerabilidad del grupo de mujeres imputadas, y especialmente de las mujeres privadas de libertad, se realizan actividades pensando en ellas, como este seminario.

De todos estos estudios, evaluaciones y defensas de casos emblemáticos hemos aprendido, y toda esa experiencia la condensamos en dos documentos vigentes desde abril de 2019³: La política de igualdad de géneros en la prestación de defensa penal y el Manual de

Actuaciones Mínimas de igualdad de géneros. Se trata de dos documentos de exigibilidad a todos los equipos de defensa penal que establecen los estándares mínimos de calidad para la atención de las personas que, por razones de sexo, género, orientación sexual o identidad de género, requieren un trato igualitario en nuestras actividades de defensa y alegaciones en audiencia. Además, con ellos pudimos hacer ajustes informáticos y acomodar nuestros objetivos de capacitación para hacerlos concordantes con la política e instrucciones vigentes.

Pues bien, a pesar de todos los avances nos espera un largo y difícil camino, pero ciframos nuestras expectativas en que la multiplicidad de acciones de todos los intervinientes -un ejemplo de ello, como ya lo mencioné, este seminario- permitirá que mujeres y hombres podamos percibir una justicia justa, cercana y equitativa. Sin defensa no hay justicia, decimos en la Defensoría, pero también, sin igualdad no hay justicia.

Referencias:

Casas Becerra, L. et al. (2005). *Defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal. Estudios y Capacitación 4*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.

Fries, L. y Matus, V. (2000). *La ley hace el delito. Santiago de Chile: LOM Ediciones.*

Lagarde de los Ríos, M. (1990). *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas. México: UNAM.*

Olavarría A., J. et al. (2009). *Evaluación de las concepciones de género de los/as Defensores/as Penales Públicos. Estudios y Capacitación 6*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.

Sánchez Manríquez, K. (2006). *La costumbre y la ley en tensión: las primeras mujeres universitarias en Chile, 1877-1893. Boletín De la Academia Chilena de la Historia Año LXXII, No 115, 291-328*

3 Actualización de las actividades realizadas por la Defensoría Penal Pública desde fines de 2018.

20 Simone Cusack⁴

IV. Estereotipos de género y su impacto en la administración de justicia

Muchas gracias distinguidos visitantes, panelistas, señoras y señores, es un placer, un honor compartir con ustedes, habiendo viajado desde Australia, para tener esta oportunidad para hablar acerca de los estereotipos de género y saber más acerca de lo que están haciendo en Chile y en la región, para abordar este grave problema. Me encantaría poder dirigirme a ustedes en castellano, pero lamentablemente las pocas palabras que conozco del idioma no alcanzarían para que nos entendiéramos de tal manera que les pido paciencia y comprensión.

La investigación de la jurisprudencia internacional nos señala que si queremos lograr la igualdad de género y eliminar la discriminación persistente y generalizada que sufrimos las mujeres, debemos abordar el problema de los estereotipos de género. De hecho, nos indica que debería ser una de nuestras principales prioridades.

El objetivo final, al menos en nuestros sistemas de justicia penal, es un mundo en el que todas las decisiones judiciales se basen en las normas jurídicas y los elementos probatorios, no en los estereotipos de género o de otra índole. Tomando prestadas las palabras de la honorable Claire L'Heureux-Dubé, ex Jueza de la Corte Suprema de Canadá y una de las principales pensadoras sobre los estereotipos de género, estamos buscando un mundo en que “el sistema de justicia esté libre de mitos y estereotipos”, y en el cual la “imparcialidad del Poder Judicial no se vea comprometida por estos

supuestos sesgados”, y donde “la igualdad sustantiva y la imparcialidad sean la realidad predominante en nuestros tribunales”.

La ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, comparte esta visión. Ella señala que los jueces y las juezas deben asegurarse de que “no emiten decisiones basadas en estereotipos nocivos que socaven los derechos humanos de las mujeres y las niñas”. La magistratura dijo: “debería identificar estas creencias nocivas”. Y esto también es aplicable a los fiscales y los defensores penales públicos.

Asimismo, la Sra. Pillay continuó diciendo que:

si nos tomamos en serio la igualdad de género, debemos dedicar más energía a dismantelar las presunciones prejuiciosas sobre mujeres y hombres. Debemos dejar de perpetuar ideas equivocadas sobre lo que las mujeres deberían o no deberían ser o hacer, basándose únicamente en el hecho de ser mujeres. En cambio debemos verlas por quiénes son, seres humanos únicos, en toda su diversidad. Ésta es la exigencia de la igualdad, que es la base de la normativa de los derechos humanos.

Entonces, ¿cómo llegamos allí?, ¿cómo creamos un sistema de justicia penal que encarne esta visión? Eso es lo que quiero comentar con ustedes el día de hoy.

Primero, quiero analizar el concepto de estereotipos, en concreto preguntando ¿qué es un estereotipo? Y ¿a qué nos referimos con este concepto? Y ¿qué significa que alguien está estereotipando a otra persona o que un grupo de personas están siendo estereotipadas? Luego, quiero exponer algunas de las formas en que los estereotipos judiciales pueden socavar el acceso a la

⁴ Licenciada en artes y leyes por la Universidad de Monash, Australia; Máster en derecho por la Universidad de Toronto, Canadá. Abogada con más de 15 años de experiencia en materia legal de políticas públicas y de asesoría a nivel estatal e internacional. Es reconocida como una experta internacional en derechos de las mujeres e igualdad de género y ha publicado ampliamente sobre estos temas. Actualmente, es jefa de política investigación de la Comisión de Igualdad de oportunidades y Derechos Humanos de Victoria, Australia.

justicia, en particular para las mujeres. También quiero dedicar unos momentos para reflexionar sobre las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos relacionadas con los estereotipos. Finalmente me gustaría compartir algunas estrategias sobre cómo los jueces y las juezas pueden mostrar –y han demostrado– liderazgo en el tratamiento y abordaje de los estereotipos. Liderazgo que contribuirá a un mundo en que todas las decisiones judiciales se fundamenten en normas, en la evidencia probatoria y no en estereotipos.

Entonces ¿qué es un estereotipo? Es una idea preconcebida sobre los atributos, las características o los roles que integrantes de un grupo en particular deben poseer. Quizás sea revelador, entonces, que el término “estereotipo” se derive del griego *stereós* y *typos*, que a grandes rasgos se puede traducir como “sólido” y “amoldarse” respectivamente.

El término en sí fue acuñado en 1798, por un impresor francés, para describir un proceso o método de impresión mediante el cual se usaba una placa o molde de metal fundido para duplicar el material original. Más de un siglo después, en 1922, se acuñó el concepto de estereotipo en el contexto de las ciencias sociales, gracias al sociólogo Walter Lippmann. El término se comenzó a utilizar desde entonces para explicar cómo las personas preconcebían a otros, de una manera que fuera comprendida fácilmente, quizás por mi hijo de un año y medio de edad. Así, es posible explicar el término “estereotipo” como conceptos preconcebidos, como una especie de recorte, de molde, similar al de una galleta navideña. Es este uso del término el que continúa vigente hoy.

En el Derecho no tenemos que buscar muy lejos para encontrar ejemplos de estereotipos de género. De hecho, una revisión superficial de la normativa y decisiones jurisdiccionales de todo el mundo revelará una gran cantidad de ejemplos. Expresiones tales como: “los hombres son el sostén de la familia”, “las mujeres son cuidadoras”, “los hombres tienen la libido fuerte” y “las mujeres deben ser castas”.

Los anteriores son ejemplos, como habrán notado, que tienden a ser de una naturaleza binaria, asignando a hombres y mujeres atributos características y roles

distintos pero que se refuerzan mutuamente debido a su género y a la vez refuerzan las pautas heterosexuales.

Estereotipar

Si el término estereotipo se refiere a una creencia preconcebida: el molde de metal fundido o el cortador de galletas de mi hijo. ¿Qué significa estereotipar? Es la práctica de atribuir una característica a un individuo, solo por su membresía en un grupo social particular.

Es decir, las marcas individuales que deben su existencia al “molde de metal fundido” o “las galletas individuales cortadas del molde” que mi hijo sin duda me suplicará que coma.

¿Cómo funcionan los estereotipos?, ¿qué nos dice todo esto? Los ejemplos señalados nos ayudan a comprender que los “estereotipos” son la práctica de atribuir una creencia preconcebida a una persona por el mero hecho de pertenecer a un grupo. Y en el caso de los “estereotipos de género” se realizan suposiciones por el solo hecho de ser hombres o mujeres; es decir, se hacen inferencias basadas en la creencia preconcebida y los supuestos relacionados a los roles de género. Para usar un ejemplo, es común que de una mujer se asuma es buena cuidadora y es cariñosa con los demás, simplemente porque es mujer y no hombre, entonces estamos ante un estereotipo de género.

Un estereotipo de género es, en esencia, una creencia preconcebida. Esa creencia puede hacer que una persona al estereotipar realice suposiciones sobre mujeres y / u hombres. Al estereotipar se hacen inferencias sobre mujeres y hombres individuales basados en la creencia preconcebida y los supuestos relacionados.

Tomemos la creencia estereotipada de que los hombres tienen la libido fuerte, que mencioné antes. Bueno, esta creencia lleva a la suposición de que todos los hombres están biológicamente programados para necesitar sexo de manera regular. Una posible inferencia de esto, y que se da en numerosos casos de agresión sexual en el mundo entero, es que un hombre sería incapaz de controlar sus impulsos hormonales, y, por lo tanto, no debe ser considerado legalmente responsable de su propia “mala conducta” sexual, especialmente

22 (como tantos fallos judiciales quieren hacernos creer) si supuestamente “son provocados” por la ropa o el comportamiento de una mujer.

O si consideramos el estereotipo que dice las mujeres deben ser castas, que se sustenta en la suposición de que ellas, pero no los hombres, deben abstenerse de las relaciones sexuales extramatrimoniales. Entre las muchas inferencias que las magistraturas han extraído de este estereotipo se encuentran afirmaciones tales como “que una mujer supuestamente no es ‘digna’ de la intervención de la justicia penal”.

¿Cuál es el efecto de los estereotipos?

El efecto de todo esto, es que la persona con estereotipos ve el mundo a su alrededor como se lo imaginan en lugar de lo que es. En vez de utilizar la razón, en lugar de considerar al hombre o la mujer que está frente a ellos en su sala de audiencia, con todas sus particularidades que les hacen únicos, aplican lo que Lippmann describe como “imágenes preconcebidas en nuestras cabezas”.

Todas las dimensiones de la personalidad que hacen que una mujer o un hombre sean únicos, se filtran, consecuentemente, a través del lente de una creencia preconcebida del grupo con el que se identifica al individuo.

¿Cómo se manifiestan los estereotipos en las decisiones judiciales?

Pues bien, cuando la magistratura o un abogado o abogada se encierra en los estereotipos, adopta una decisión basada en esa creencia preconcebida acerca de la persona que tiene frente a sí, por el hecho de ser hombre o mujer. Esa determinación NO se fundamenta en el derecho, ni en los hechos, ni en la prueba y se hace caso omiso a las necesidades, capacidades o circunstancias reales de la mujer o del hombre.

Los jueces puedan introducir estereotipos en un caso particular, tomando decisiones o aplicando razonamientos jurídicos basados en estereotipos. En otras ocasiones también pueden perpetuar los estereotipos que ya se encuentran en resoluciones de

tribunales inferiores, o en los argumentos presentados por las partes o incluso en las leyes que interpretan y aplican. Cuando un juez permite que estos estereotipos se mantengan sin cuestionamiento, tienen el mismo efecto que si se hubiesen basado en los estereotipos al momento de su dictamen judicial.

Las juezas y los jueces no son los únicos actores en el sistema de justicia –o, de hecho, en la sociedad– que usan estereotipos. También vemos que hay abogados defensores que utilizan estereotipos, particularmente, en los casos de abuso sexual. Sin embargo, cuando la magistratura aplica los estereotipos, estos pueden tener un efecto particularmente pernicioso porque su posición única de poder significa que pueden otorgar a los estereotipos todo el peso y la autoridad de la ley.

Un ex juez del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, Johann Kriegler, dijo que los jueces pueden imbuir estereotipos con autoridad legal y legitimidad añadida en virtud del hecho de que “ponen el sello de aprobación del Estado en ellos”.

Como explicaré en un momento, las repercusiones en el acceso a la justicia de las personas son profundas. En ese sentido, los defensores, defensoras y los fiscales y fiscalas, tienen un papel sumamente importante en enfrentar esta situación. Al mismo tiempo, es, precisamente, por la posición que ocupan los jueces y juezas en la sociedad que sus esfuerzos por desafiar, desacreditar y eliminar los estereotipos pueden ser tan poderosos. De este tipo de liderazgo, de cuestionar los estereotipos y su aplicación, hay excelentes ejemplos a nivel mundial, que espero podamos explorar en el transcurso de la conferencia de hoy.

Primero, sin embargo, es importante considerar cómo los estereotipos judiciales pueden socavar el acceso a la justicia, particularmente para las mujeres. Por limitaciones del tiempo quiero centrarme solo en cinco formas en que los estereotipos judiciales pueden conducir a errores judiciales.

La primera, y posiblemente la principal forma en cómo los estereotipos socavan la justicia es al comprometer la imparcialidad de las decisiones de los jueces y las juezas. Se supone que la magistratura, como sabemos,

debe adoptar imparcialmente sus decisiones, sobre la base de los hechos y el derecho. Entonces cuando los jueces adoptan la decisión de un caso basado en creencias preconcebidas, cuando ignoran la ley o los hechos en favor de los estereotipos, cuando no toman en consideración las necesidades, habilidades o circunstancias reales de una persona, comprometen esa imparcialidad y distorsionan el proceso de búsqueda de la verdad.

En palabras de la exjueza Claire L'Heureux-Dubé: “los estereotipos son una forma de parcialidad”; por lo tanto, juzgar sobre la base de estereotipos “es totalmente incompatible con mantener una mente abierta, porque los estereotipos se basan en una predisposición y generalización irracional más que en los hechos. Cierran la mente tanto a la verdad, como a la realidad”.

Además de comprometer la imparcialidad de los jueces, los estereotipos también pueden influir en la comprensión de la naturaleza de los diferentes delitos penales y su percepción de si se ha cometido o no un delito.

También los estereotipos suelen estar presentes, por ejemplo, en los casos de violación de mujeres casadas por parte de sus maridos o en los casos de violencia que sufren las trabajadoras sexuales, y en las actitudes frente a la violencia intrafamiliar entre personas del mismo sexo.

Los estereotipos pueden afectar las opiniones de los jueces y las juezas sobre la credibilidad y capacidad jurídica de los testigos, como en los casos en que estos tienen una opinión negativa acerca de la credibilidad de las mujeres víctimas que no se comportan de la manera esperada a la de una “víctima ideal”.

Los estereotipos también pueden impedir que la magistratura responsabilice legalmente a los infractores por los delitos, e incluso pueden hacer que culpen a la víctima por dichos delitos. Como en el caso de un juez que planteó que las mujeres no deben acudir al sistema judicial en caso de sufrir una agresión sexual, sino que “deben usar una palabrota bien escogida, una bofetada en la cara o si fuera necesario una rodilla bien dirigida”.

Por último, los estereotipos también pueden impedir el acceso a la justicia de las víctimas de delitos. Incluso, los fallos que en última instancia deben defender los derechos de las personas, pueden debilitar a la justicia cuando los jueces no abordan los estereotipos de género. Un ejemplo de este tipo es el caso de LNP con Argentina, decisión del 2011 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que abordó la violación colectiva de una niña de 15 años. El Comité de Derechos Humanos concluyó en ese caso, que la decisión del tribunal de primera instancia, de absolver a los autores, constituía una violación del derecho a la no discriminación, así como los otros derechos humanos garantizados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Comité explicó que el tribunal de primera instancia había invocado criterios discriminatorios para poner en duda la “moralidad” de la niña. En concreto, el hecho de señalar que ella no era virgen y la insinuación de que era trabajadora sexual eran un estereotipo. El tribunal señaló que no se había probado la falta de consentimiento por el acto sexual. Si bien, el Comité finalmente concluyó que, efectivamente, se había infringido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en ninguna parte el dictamen identificó cuáles fueron los estereotipos en que se había basado el tribunal de primera instancia ni los cuestionó. Aún más, el Comité no hizo ninguna recomendación sobre cómo el Estado parte, podría tratar de evitar que su Poder Judicial base sus decisiones en estereotipos de este tipo en el futuro. Estas fallas son significativas porque dejaron los estereotipos intactos y, en consecuencia, expuestas a futuras víctimas a los estereotipos del sistema judicial argentino.

Me quiero referir también al futuro; numerosos tratados internacionales y regionales de derechos humanos imponen obligaciones expresas relacionadas con los estereotipos de género, entre otros, los siguientes:

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en sus artículos 2 (f), 5 y 10 (c).
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en su artículo 8 (1) (b).

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en sus artículos 6 (b) y 8 (b).

Muchos órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos han reconocido una obligación implícita dentro de los derechos a la no discriminación y la igualdad para abordar los estereotipos de género. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, incluso, ha aclarado que abordar los estereotipos es una de las tres obligaciones fundamentales para la realización de la igualdad sustantiva. Incluso, las leyes nacionales, como la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de México, imponen obligaciones para abordar los estereotipos de género.

Hoy, no hay tiempo para examinar en detalle las diversas obligaciones relacionadas con los estereotipos. Lo que puedo decir es que estas obligaciones se aplican a todas las ramas del gobierno, incluida la judicial. El efecto de estas obligaciones es que los jueces, juezas, abogados y abogadas deben abstenerse de usar los estereotipos, o como se ha explicado, deben ser cuidadosos y no crear estándares inflexibles de lo que deben ser las mujeres o las niñas, o lo que deberían haber hecho cuando se enfrentan a una situación de violencia, basados simplemente en nociones preconcebidas de lo que definiría a una “víctima de violencia de género”.

La magistratura debe asegurarse que los estereotipos no afecten los derechos humanos; esto podría implicar la revocación de una sentencia de absolución previa porque se fundamentó en los estereotipos más que en los hechos y el derecho. En definitiva, la magistratura debe asegurarse que las personas disfruten del derecho a estar libres de estereotipos de género implícitos, incluso mediante la prestación de reparaciones a quienes que han sido estereotipadas injustamente.

¿Cómo puede la magistratura abordar los estereotipos de género? Hay distintas maneras en que se pueden impugnar o desafiar los estereotipos de género. Si pensamos en las películas, o en los programas de televisión, que muestran a mujeres y hombres en papeles no tradicionales, o en películas infantiles como *Moana*, que muestran un personaje femenino central como una líder, en este caso una chica de voluntad

fuerte y aventurera que viaja a través de los mares para salvar a su aldea. O en películas como “*Harry Potter*”, que presentan a un personaje femenino central, Hermione Granger, como brillante, que usa su inteligencia y su conocimiento enciclopédico de todas las cosas mágicas para ayudar a salvar el día en más de una ocasión.

Asimismo, contamos con directrices como la guía de la Unión Europea para “combatir los estereotipos de género y el sexismo en los medios de comunicación”, que alienta a los anunciantes a ir más allá de las representaciones de mujeres como objetos sexuales o, por ejemplo, amas de casa.

Los jueces y las juezas, así como las personas profesionales del sistema jurídico en general, también tienen un papel fundamental en la lucha contra los estereotipos de género. En primer lugar, es fundamental que, como jueces y juezas, se aseguren de adoptar sus decisiones basándose en los hechos y en el derecho, y no en los estereotipos. Eso nos obliga a cuestionar colectivamente de manera proactiva nuestras propias creencias preconcebidas, cuestionar su propio razonamiento para asegurarse de que no están aplicando esas creencias sin tener en cuenta la evidencia que tienen ante sí. En efecto, significa que deben asegurarse de separar sus creencias preconcebidas de los hechos, priorizando la evidencia SIEMPRE.

A menudo, esto no es fácil, especialmente cuando, con el tiempo, sus creencias, influenciadas por el mundo que nos rodea, se vuelven tan arraigadas que parecen “naturales” o “normales”. Entonces ¿cómo podemos hacerlo?, ¿cómo podría la magistratura asegurar que adopten fallos y decisiones de acuerdo con los hechos y el derecho no en base a los estereotipos? Es importante estar alertas a la posibilidad de la aplicación de estereotipos y abiertos a la idea de que, a pesar de nuestras mejores intenciones, todos somos susceptibles a los estereotipos. Después de todo, el mundo es sumamente complejo y los estereotipos son eficientes.

También es importante que reflexionemos sobre nuestro propio razonamiento en cada etapa del proceso judicial, cuando escuchan y analizan las pruebas que se les presentan, cuando interpretan y aplican la normativa vigente, cuando interactúan con las partes

intervinientes en la audiencia y cuando redacten la sentencia. Este proceso de autorreflexión continua debe centrarse en garantizar que se ignoren las propias creencias preconcebidas, dando prioridad a los hechos y a la normativa aplicable al caso. Tenemos que preguntarnos ¿estoy considerando las necesidades y circunstancias reales de esta mujer? o ¿estoy aplicando una creencia preconcebida a esta mujer solamente por el hecho de ser mujer? Este seminario puede ser un evento importante para ayudarnos a contar con las herramientas que necesitábamos para contestar estas interrogantes. Aparte de asegurarnos que no estamos aplicando estereotipos ¿de qué otra manera puede la magistratura abordar en los estereotipos de género?

En segundo lugar, es esencial que los jueces y las juezas mencionen y cuestionen los estereotipos de género cuando los identifiquen en las resoluciones de tribunales inferiores y también en los alegatos o en la prueba presentada por las partes. Al considerar los casos en apelación, corresponde que los magistrados y magistradas se pregunten si la decisión del tribunal inferior se vio influenciada indebidamente por los estereotipos de género. A veces, la presencia de un estereotipo de género como fundamento de la resolución inferior es evidente y en otras puede que se requiera un análisis más detallado de los hechos y del razonamiento del tribunal inferior para determinar si se ha producido un estereotipo.

En tales circunstancias, podría ser útil preguntar ¿el tribunal inferior aplicó a una persona una creencia preconcebida sobre los atributos, características o roles de los hombres o las mujeres? Independientemente de si los estereotipos de los tribunales inferiores son inmediatamente obvios o no, es importante que cuando se presenten, la magistratura identifique públicamente los estereotipos de género como un problema. Cuestionar las resoluciones basadas en estereotipos de género, puede ayudar a transformar una experiencia dañina no reconocida en un mal reparable.

En efecto, resulta importante identificar con claridad ¿cuál fue el atributo, característica o rol que el tribunal de primera instancia atribuyó a la mujer u hombre en cuestión?, ¿y qué suposiciones e inferencias se hicieron?, ¿significa, por ejemplo, que las responsabilidades

de una mujer en la crianza de los hijos deben tener prioridad sobre otros roles que ella podría desempeñar o elegir? Al cuestionar las decisiones judiciales basadas en estereotipos de género, también es importante que los jueces y las juezas se pregunten: ¿Cómo fue perjudicado el hombre o la mujer en cuestión como resultado de los estereotipos judiciales? Es importante hacer explícitos los daños de los estereotipos de género, ya que esto expone su naturaleza maligna. Expone el daño a remediar.

Uno de los mejores ejemplos con los que me he encontrado de un juez que cuestiona los estereotipos, es la muy celebrada de opinión concurrente de la jueza Claire L'Heureux-Dubé en el caso canadiense de R v. Ewanchuk. Los hechos del caso son sencillos: Brian Ewanchuk agredió a una joven de 17 años después de entrevistarla para un trabajo. El juez de primera instancia determinó que la joven era una testigo creíble, que había dado un testimonio fidedigno. Sin embargo, el juez absolvió a Ewanchuk, acusado de violación, basado en lo que él consideraba era un "consentimiento implícito". El caso llegó al conocimiento de la Corte Suprema de Canadá, donde la absolución fue revocada porque el "consentimiento implícito" no es una defensa, conforme al derecho canadiense. Sin embargo, la jueza L'Heureux-Dubé identificó muy pronto que el caso no se trataba del "consentimiento", ya que, en sus palabras, "no se dio ninguno", "se trataba de mitos y estereotipos", dijo.

La jueza identificó los diferentes estereotipos en que se había basado el tribunal inferior. Por ejemplo, que los hombres tienen una fuerte libido, que implicaría, como dije antes, que serían incapaces de controlar sus impulsos hormonales y, por lo tanto, no pueden ser considerados responsables de su propia conducta sexual inapropiada, especialmente si supuestamente son provocados. La jueza L'Heureux-Dubé luego describió cómo esos estereotipos permitieron la absolución anterior de Ewanchuk. Explicó que, basándose en los estereotipos, el tribunal inferior permitió que Ewanchuk agrediera sexualmente a la joven; habían sugerido que ella estaba dispuesta a tener relaciones sexuales, aunque ella se negó expresamente. L'Heureux-Dubé explicó cómo, debido a esos estereotipos, los tribunales inferiores transfirieron la responsabilidad de prevenir la agresión a la demandante; la jueza criticó la sugerencia de que

26 la joven debería haber lidiado con la agresión sexual maldiciendo, abofeteando físicamente a Ewanchuk en la cara, resistiendo sus avances y vistiendo ropas menos provocativas.

Por último, L'Heureux-Dubé analizó la responsabilidad de los jueces y el sistema legal con respecto a los estereotipos. Como dije antes, ella señaló que: “los demandantes deben poder apoyarse sobre un sistema [legal] libre de mitos y estereotipos, y sobre un Poder Judicial cuya imparcialidad no se vea comprometida por estos supuestos sesgados”. Lo que distingue la opinión de la Jueza L'Heureux-Dubé de muchas otras opiniones judiciales, y lo que al menos en mi opinión la convierte en un ejemplo de buena práctica es: i) que identificó los estereotipos de género como la razón por la absolución del agresor; ii) también identificó los diferentes estereotipos en que se basaron los tribunales inferiores y describió cómo condujeron a la absolución; iii) puso en tela de juicio las opiniones estereotipadas, lo cual es fundamental para evitar que se sigan perpetuando.

Entonces ¿cuáles son algunas de las otras maneras en que la magistratura puede abordar los estereotipos de género?

En tercer lugar, los jueces y las juezas pueden solicitar o considerar pruebas periciales sobre los estereotipos de género, como la presentación de informes en derecho, práctica común en otras esferas del conocimiento especializado que ayudarían a la administración de la justicia.

En cuarto lugar, la magistratura puede demostrar liderazgo al pensar de manera creativa sobre las reparaciones que se establecen en los casos en que una persona ha sido perjudicada por aplicación de un estereotipo de género. Me imagino que muchos y muchas de ustedes conocerán, inclusive mejor que yo, el caso de Karen Atala e hijas vs Chile, un caso de tutela y cuidado personal de menores de edad que fue litigado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte IDH en su decisión del año 2012, reconoció que “algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora, para producir un efecto tanto reparador como correctivo y promover cambios estructurales,

desmantelando ciertos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra los grupos LGBTI”.

Menciono este caso porque creo que fue uno de los primeros en que los jueces han ordenado expresamente reparaciones para abordar los estereotipos. Si bien se trata de un avance importante, aún se necesita pensar más sobre las oportunidades para abordar los estereotipos de género a través de reparaciones ordenadas por los tribunales. Ahora, hay un tema que Verónica Undurraga también ha abordado en esta materia, en cuanto a que las reparaciones para erradicar los estereotipos suelen ser colectivas y preventivas, y por lo tanto requieren una justificación de parte del tribunal de justicia. La magistratura debe poder explicar, especificar la relación entre el litigio y tipo la infracción y la manera en que la medida reparatoria podría impedir la recurrencia o la repetición de infracciones similares.

Quiero ir más allá de los casos individuales para considerar algunas de las oportunidades de liderazgo más amplias para los jueces, juezas y la profesión jurídica.

Y esto me lleva a las últimas dos estrategias que quiero mencionar hoy en día; la quinta, que nos incumbe a todas las personas presentes, para que pensemos cómo podemos librar a la profesión jurídica de los estereotipos de género. Los estereotipos que impiden el acceso de las mujeres a la profesión jurídica y que hacen más difícil su ejercicio profesional. Los estereotipos que crean obstáculos para las mujeres que quieren ascender de rango en la profesión. Pensar en qué significa para las mujeres no recibir siempre la misma remuneración por trabajo de igual valor. Estereotipos que tienen como resultado que los aportes o las voces de las mujeres sean menos apreciadas o pasadas por alto. Aquí, como antes, es fundamental que comprendamos los estereotipos de género específicos que están en juego, cómo se están aplicando en detrimento de las mujeres y la multitud de formas en que están causando daño. Solo entonces, podremos centrar nuestros esfuerzos en librar a la profesión jurídica de esta práctica perjudicial.

En sexto y, por último, todo lo señalado requiere el compromiso y la capacidad para hacer frente a los estereotipos de género, ya sea educando a las personas sobre sus obligaciones legales en relación

con los estereotipos, dotándolas de las herramientas para identificarlos y desafiándolos a través de buenas prácticas.

Si queremos superar uno de los mayores obstáculos para la igualdad de género en el mundo, tenemos que estar preparados para lidiar frente este reto. Estaba revisando algunos ejemplos recientes donde la generación de capacidad se ha vinculado específicamente a la forma en cómo nosotros podemos luchar con estos estereotipos. Hace casi un año atrás, la oficina de los derechos humanos en conjunto con la oficina de mujeres y de violencia intrafamiliar de la Corte Suprema de Argentina, hizo un taller en Buenos Aires para jueces y juezas para enfrentar los estereotipos de género y desde entonces, esta oficina ha trabajado también con otras organizaciones dentro Argentina y también en Uruguay. La semana pasada la comisión internacional de jueces hizo un taller con la Asociación de Abogados de Filipinas, para eliminar los estereotipos de género en el sistema judicial de dicho país. Por supuesto que todos nosotros podemos seguir aprendiendo.

Ahora para cerrar quisiera decir que los jueces, juezas, abogadas y abogados han jugado y siguen jugando un rol muy importante en el abordaje de los estereotipos por

los tribunales y este rol nunca ha sido más importante como ahora, porque, como dije, la igualdad significa que veamos a las personas por lo que son en lugar de los estereotipos que tenemos en nuestras mentes, no verles tan solo como moldes o cortes de galletas. Esto implica que tenemos que trabajar los casos basados en las pruebas y evidencias, y no sobre los estereotipos de género. Tenemos que identificar cada vez que hay estereotipos en los razonamientos de los tribunales y articular cómo esos estereotipos pueden generar daños. Para ello, tenemos que conocer nuestras obligaciones legales en relación con los estereotipos. Ya sea en un nivel nacional o internacional. También significa que debemos pensar en forma creativa en relación con las medidas para reparar los daños generados por los estereotipos de género.

Eventos como el día de hoy, son muy importantes para poder entender cómo podemos enfrentar este desafío y erradicar los estereotipos de labor jurisdiccional. Quisiera agradecer las personas e instituciones organizadoras de este evento, porque no es fácil trabajar en esta área dentro del derecho, para poder seguir avanzando e identificar lo que normalmente se oculta porque se ha normalizado. Este tipo de seminario nos puede ayudar a hacer frente a los estereotipos.



V. La revictimización como un obstáculo en el acceso a la justicia

Muchísimas gracias a todos y todas por estar aquí discutiendo estas temáticas, gracias a quienes organizaron este evento y, sobre todo, felicitaciones, porque no es común ver al Poder Judicial, al Ministerio Público (Fiscalía), y a la Defensoría Penal Pública unidas para discutir, conjuntamente, qué significa incorporar la perspectiva de género. Si bien, han señalado que esto es un proceso que se está iniciando, con la creación de oficinas y de una fiscalía especializada, sin duda han comenzado por la buena senda, porque para lograr esto, se requiere la intervención de las distintas personas que intervienen en el proceso penal.

En esta oportunidad, me gustaría compartir con ustedes algunas reflexiones sobre el derecho de acceso a la justicia, qué significa, cuáles son los estándares que surgen del sistema interamericano y las obligaciones que han contraído los Estados que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Belém do Pará, en términos de acceso a la justicia. También me gustaría reflexionar sobre la revictimización que sufren las mujeres víctimas de violencia de género.

Muchas veces hablamos sobre la revictimización, pero pocas veces nos ponemos a pensar qué significa. Esto es necesario porque es lo que nos va a permitir, luego, identificar una serie de prácticas que pueden ser revictimizantes. A mí lo que más me importa en materia de revictimización es ver cómo se erige como

un obstáculo en el acceso a la justicia y en un obstáculo discriminatorio porque impacta desproporcionadamente en las mujeres víctimas de violencia. Después, me gustaría repasar algunas prácticas y normas que se identificadas (las que yo he identificado claramente en mi país), que surgen de estudios latinoamericanos, que tienen una apariencia neutral, pero cuyo resultado es la revictimización de las mujeres y, por lo tanto, afectan su acceso a la justicia en un pie de igualdad con los varones.

Primero quisiera repasar qué significa el derecho de acceso a la justicia, porque si vamos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos no vamos a ver que exista textualmente el “derecho de acceso a la justicia”. Este es una construcción que han ido haciendo la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintos procesos y que se deriva de dos normas de la Convención. Por un lado, las garantías de debido proceso y del derecho a ser oída que surgen de el artículo 8.1; y, por otro lado, del derecho al recurso que surge del artículo 25.

Las garantías del 8.1 son muy importantes en este tema porque están dirigidas a todas las personas, en cualquier tipo de procedimiento donde se ventilen sus derechos, a diferencia de las garantías del 8.2 que se aplican a las personas inculpadas de delito. Por eso, son una base normativa muy poderosa para fijar el piso mínimo de derechos que tienen las víctimas de delitos.

El artículo 25 de la Convención Americana consagra el derecho al recurso. Históricamente, se lo vio como la obligación de los estados de prever normas y procedimientos expeditos, como las acciones de amparo y de hábeas corpus. Sin embargo, este sentido del artículo 25 se ha ido ampliando, exigiendo a los Estados establecer procedimientos justos que estén dirigidos a

⁵ Abogada por la Universidad de Buenos Aires, Especialista en derecho penal y procesal penal por la Universidad Torcuato Di Tella y Máster en derecho por la Universidad de Georgetown, EE.UU. Fue becaria de la Fundación Carolina y de la Fundación Fulbright. Es profesora de Garantías constitucionales de derecho penal sustantivo y procesal penal de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente se desempeña como fiscal de Procuración General de la Nación, Argentina.

cumplir con los fines propuestos. Esto no significa, por supuesto, darle siempre la razón a la parte que reclama sino garantizar que el procedimiento esté capacitado para escuchar y dar respuesta a los distintos tipos de planteamientos de las partes. La interpretación conjunta de estos dos artículos es lo que la Corte IDH ha tratado como el “derecho de acceso a la justicia” y ha dicho que es una “norma imperativa de derecho internacional”.

Es un derecho muy aplicado e interpretado por la Corte IDH, ya que, por un lado, cubre las acciones u omisiones del Estado en procesos judiciales de cualquier carácter, y respecto de cualquiera de las partes del proceso. Por otro lado, y en los casos en que cierta violación a los derechos humanos protegidos por la CADH configure además un delito penal, cubre las acciones u omisiones del Estado con posterioridad a dicha violación, incluyendo, sobre todo, la actitud del poder judicial y sus auxiliares, y del ministerio público fiscal en la investigación y enjuiciamiento del caso⁶.

Para resumir la vasta jurisprudencia que existe, se puede decir que el acceso a la justicia es un derecho que obliga a los Estados a consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes que amparan a todas las personas bajo su jurisdicción, contra actos que violen sus derechos. En “Cantos vs. Argentina”⁷, la Corte dijo que los Estados no deben imponer trabas a las personas que busquen acceder a los jueces y a los tribunales. Entonces, cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales y que, por supuesto no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, es contraria al 8.1 y al derecho de acceso a la justicia (párr. 51).

Siempre va a haber exigencias a las personas que accedan a la justicia: exigencias de declarar, de prestar juramento, de aportar algún tipo de documentación. El problema es cuando esas exigencias y esas imposiciones ya exceden las razonables necesidades del sistema de administración de justicia y pasan a ser un costo desproporcionado. Y esto es importante, porque la Corte también ha reflexionado sobre las especiales dificultades que tienen para acceder a la justicia las personas que integran determinados grupos que corren mayores riesgos de ser discriminados. En estos casos, según la Corte IDH, los Estados tienen que hacer esfuerzos adicionales para garantizar que quienes integran esos grupos puedan acceder a la justicia en condiciones de igualdad, respecto de aquellas personas que no integran esos grupos y, por lo tanto, no enfrenten esas dificultades.

Respecto de estos grupos con dificultades especiales, según la jurisprudencia de la Corte, los Estados tienen que reconocer y resolver esos factores de desigualdad real, pero en el ínterin deben adoptar medidas de compensación que reduzcan o eliminen los obstáculos en el acceso a la justicia. Como ejemplo, podemos mencionar “Furlán vs. Argentina”⁸, un caso de un niño con discapacidad. Con respecto a las mujeres, tenemos informes de la Comisión Interamericana y sentencias como “Campo Algodonero (González y otras) vs. México”, entre muchos otros que vinieron después y en relación con las niñas víctimas de violencia sexual está “V.R.P. vs. Nicaragua”⁹.

Las mujeres víctimas de violencia basada en el género es uno de esos grupos que enfrenta dificultades especiales para acceder a la justicia o que, en palabras de la Corte,

6 De acuerdo con Juana Ibáñez Rivas (2014, p. 210), a octubre de 2011, la Corte IDH ha declarado una violación al artículo 8 de la CADH en el 95% de los casos resueltos y lo ha interpretado en el 50% de sus opiniones consultivas.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Cantos Vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas).

8 Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones preliminares. (Fondo, Reparaciones y Costas).

9 Cf. Comisión IDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, del 20 enero 2007 y Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 diciembre 2011 y los casos de la Corte IDH e informes de la Comisión IDH que allí se citan. Cf. Corte IDH (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009; VRP, VPC y otros vs. Nicaragua, sentencia del 8/3/2018. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

30 “corren mayor riesgo de ser discriminadas”. Entonces, las obligaciones generales consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se complementan y se refuerzan con aquellas que surgen del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, particularmente con la obligación de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres con debida diligencia. Los Estados tiene la obligación de adoptar la normativa que sea necesaria para cumplir con sus compromisos internacionales y de establecer procedimientos legales, justos y eficaces para toda mujer que haya sufrido violencia, que incluyan medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a esos procedimientos (art. 7).

En estos casos, la Corte IDH ha señalado que hay una obligación de las autoridades de investigar sin demora, de forma seria, imparcial, efectiva y con determinación, para brindar confianza a las víctimas en los procedimientos. La Corte IDH también ha hablado de la obligación de incorporar la perspectiva de género y de facilitar el acceso a la asistencia jurídica gratuita para las víctimas en todas las etapas del proceso. ¿Por qué existen estas obligaciones reforzadas? Por un lado, por las dificultades que enfrentan las mujeres víctimas de violencia basada en el género de acceder a la justicia. Por otro, la impunidad que muchas veces se sigue registrando en estos casos, que transmite el mensaje de que la violencia “no es tan grave”, que “es un asunto familiar”, “es una cuestión emocional” o “es una consecuencia de desarreglos psiquiátricos”, o que no amerita la utilización del poder punitivo que, se suele decir, tiene que ser la ultima ratio.

Y también hay que tener en cuenta la vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres que padecen violencia basada en el género. Muchas veces esa vulnerabilidad surge de la infracción penal o del contacto con el sistema de justicia o de afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. Y esto se debe a distintos motivos, principalmente, por el tipo de victimización; y sobre esta materia destacan las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad¹⁰, donde se mencionan como factores de

vulnerabilidad, la victimización sexual o la victimización en la esfera doméstica (Regla 11). Respecto de estos delitos, por su naturaleza, es particularmente difícil mitigar las consecuencias de la victimización, a lo que se suma la discriminación que todavía persiste en nuestras sociedades respecto de las mujeres.

¿En qué consiste entonces esta obligación del Estado, de garantizar el acceso a la justicia de las mujeres en condiciones de igualdad? Básicamente, en el deber de remover todos los obstáculos que se interpongan en el ejercicio de los derechos, sobre todo, cuando esos obstáculos tengan un sustrato discriminatorio y provengan del Estado, por ejemplo del Poder Judicial o del Ministerio Público, y configuren actos de violencia institucional.

En relación con la revictimización, hay normas y hay prácticas que afectan a todas las víctimas por igual o que implican molestias razonables y proporcionales al hecho de haber hecho una denuncia penal. Quisiéramos que nuestro sistema de administración de justicia fuera mejor y más amigable para las víctimas, pero hay ciertas cargas que las víctimas tienen que afrontar: a veces tienen que ir a declarar, tienen que esperar, tienen que revivir hechos traumáticos, tienen que volver a declarar porque hubo algo que no quedó claro, luego se tienen que presentar en el juicio. Entonces, hay una serie de molestias que es imposible reducir y que se aplica para todas las víctimas.

El problema, es que hay ciertas normas y prácticas que generan revictimización pero que tienen un sustrato discriminatorio porque afectan particularmente a las mujeres. Estas normas y prácticas a veces pueden ser abiertamente discriminatorias y, a veces, pueden ser indirectamente discriminatorias. De hecho, hoy en día ya casi no quedan normas abiertamente discriminatorias, porque se fueron eliminando. El punto es que hay normas o prácticas que son en apariencia neutrales pero que tienen un impacto desproporcionado en las mujeres ¿Por qué pasa esto? Porque ni el derecho penal, así como tampoco el proceso penal, fueron concebidos, en sus orígenes, para lidiar con estas temáticas.

10 Adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en

Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

Es por esto, que, desde los feminismos, se ha denunciado el carácter androcéntrico del derecho penal y procesal penal, porque, en apariencia, son neutrales, pero tienen una perspectiva, que no es la perspectiva de género, sino una perspectiva masculina. Entonces, hay ciertas normas o prácticas que pueden no generar perjuicios irrazonables o desproporcionados en ciertos grupos, pero sí pueden hacerlo en las mujeres víctimas de violencia. A esto me refiero con que la revictimización es, además, discriminatoria.

La revictimización, o victimización secundaria, es un concepto que viene de la victimología. La “victimización primaria”, son los daños que provienen del delito. La “victimización secundaria” o “revictimización” es aquel daño que proviene como consecuencia del contacto de la víctima con el sistema de administración de justicia, con otras instituciones, con los medios de comunicación o con su círculo familiar y social, a propósito de la victimización primaria. Es decir, es un aumento del daño proveniente de la victimización primaria.

Una definición muy clara de este concepto es el de la ley 5/2008 del Derecho de las Mujeres a Erradicar la Violencia Machista del Estado de Cataluña, según la cual “victimización secundaria o revictimización”

[Es] el maltrato adicional ejercido contra las mujeres que se hallan en situaciones de violencia machista como consecuencia directa o indirecta de los déficits –cuantitativos y cualitativos– de las intervenciones llevadas a cabo por los organismos responsables, así como por las actuaciones no acertadas provenientes de otros agentes implicados (art. 3).

Es importante este concepto de “maltrato adicional”. En otras palabras, asumiendo que el proceso penal maltrata, porque no es una experiencia amigable ni para las víctimas, ni para las personas imputadas, existe un “maltrato adicional” ejercido contra las mujeres en situaciones de violencia machista como consecuencia, directa o indirecta, de los déficits de las intervenciones llevadas a cabo por los organismos responsables y por actuaciones no acertadas provenientes de otros agentes implicados.

En Argentina, está definida como el sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro¹¹.

Una de las primeras prácticas que producen revictimización es la utilización de estereotipos de género ¿Por qué son discriminatorios y por qué nos importan particularmente en el sistema de instalación de justicia? Porque establecen jerarquías de género, asignan categorías peyorativas o desvalorizaciones hacia las mujeres y, sobre todo, al ser estas generalizaciones, obturan la posibilidad de mirar los casos individuales, y mirar a las mujeres de carne y hueso que están detrás de esos casos.

Los estereotipos de género afectan el derecho de las mujeres a un proceso judicial imparcial, porque afectan la valoración de la prueba, pero, también muchas veces sellan la suerte de los casos. A veces operan al principio del procedimiento y, por eso, no solo los jueces y las juezas están obligados a estar atentos a los estereotipos; estos también afectan a las y los fiscales, a las fuerzas de seguridad, y pueden llevar a la minimización del hecho y a una falta de investigación con debida diligencia. Es decir, pueden llevar a la inacción de los órganos de persecución penal y a que se clausuren ciertas líneas posibles de investigación.

Lo anterior fue descrito por la Corte IDH en el ya citado caso “Campo Algodonero (González y otras) vs. México”. Allí se destacó cómo a las víctimas se las trataba como “voladas” -que era la manera en que la policía llamaba a las adolescentes que no volvían a sus casas. Decían

¹¹ cf. Decreto reglamentario de la ley argentina 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Personales.

32 “seguramente se fue con el novio”. Y resulta que habían sido asesinadas.

Otra de las prácticas y normas que producen revictimización, es la poca influencia que tiene la opinión de la víctima en los procesos. Esto lleva a que muchas veces se tomen decisiones que no toman en cuenta su opinión, a veces incluso invocando el bien de la víctima. Por “el bien de la víctima” se toman ciertas decisiones y esto puede generar muchas prácticas revictimizantes e incluso, a veces, violencia institucional.

Esto se ve con mucha claridad con respecto al régimen de la acción penal (Piqué, 2021). En Argentina, de acuerdo con el Código Penal de la Nación, los delitos son de acción pública salvo los delitos contra la integridad sexual y las lesiones leves (art. 72), que dependen de la instancia de la víctima. Pero una vez que la víctima instó, según la jurisprudencia mayoritaria, la acción ya le pertenece al Ministerio Público y no se puede retirar.

Esto afecta sobre todo a las mujeres, porque para las que son víctimas de violencia de género la decisión

de denunciar puede ser difícil de tomar y atraviesa distintos momentos. A veces, en el momento del hecho la víctima quiere denunciar, pero se arrepiente. Ese arrepentimiento puede ser por buenas razones, quizás porque ya resolvió el conflicto, porque el agresor -si es un caso de violencia intrafamiliar- ya se fue del hogar. Pero a veces, se arrepiente por malas razones: porque se siente presionada o porque siente que el proceso judicial no le está dando ninguna respuesta. Por el motivo que sea, estas idas y venidas con el proceso judicial de las víctimas se ve mucho en los casos de violencia intrafamiliar, mucho más que en los casos de una pelea entre dos vecinos o de personas que no tienen toda esta historia en común o afecto.

Según algunas autoras feministas, aunque la víctima no quiera seguir adelante, el Estado tiene que continuar con el proceso porque esta es la mejor manera de demostrar que esto no es un asunto familiar, que no es un asunto privado, que hay un interés público comprometido, que hay una violación a los derechos humanos, que hay obligaciones y compromisos internacionales de



investigar y sancionar con debida diligencia. También se dice que la acción pública y de oficio que no contemple la voluntad de la víctima, es una buena manera de protegerla, porque si la acción fuera dispositiva esto la haría vulnerable a las extorsiones por parte del agresor. En cambio, si la acción le pertenece al Estado, por ejemplo, al Ministerio Público Fiscal, el agresor va a tener que ir a extorsionar al fiscal, que ya no es tan sencillo.

Pero este régimen puede dar lugar a prácticas de violencia institucional, ya que puede, por ejemplo, terminar en la criminalización de la mujer que cambia su testimonio porque quiere evitar que la persona denunciada sea privada de su libertad. A veces, el ímpetu de continuar con una acción penal, aunque la víctima no quiera, puede generar prácticas revictimizantes. El principal problema es no incorporar la perspectiva de género en el régimen de la acción penal y aplicar fórmulas estandarizadas, ya sea con un régimen que sea siempre de oficio o siempre dispositivo.

El sistema en el que la acción es puramente dispositiva también tiene problemas, ya que hay muy buenas razones para continuar con la acción penal, sobre todo atendiendo a que la violencia de género es un fenómeno grave, en que el Estado tiene el deber de sancionar con debida diligencia, y, muchas veces, la decisión de no instar la acción penal o de retractar la denuncia, puede estar motivada por las peores razones (por ejemplo, porque la víctima tiene miedo o no tiene donde vivir). En conclusión, la falta de algún tipo de norma que permita alguna flexibilización, que permita escuchar a la víctima y poder decidir, quizás en algunos casos avanzar y quizás en otros no, puede generar este tipo de procedimientos donde la víctima termina siendo rehén, donde se la trae por la fuerza.

Para terminar, quería señalar algunas otras normas y prácticas revictimizantes que expuse a partir de un estudio de distintos informes regionales, tanto del sistema interamericano como de distintos países latinoamericanos y españoles (Piqué, 2017). Por ejemplo, las intromisiones e indagaciones indebidas en la intimidad y la privacidad. En algunos países como en Argentina, se sigue usando el test de fabulación para las mujeres que denuncia hechos de violencia. Es decir,

no se examina la credibilidad del relato, que en algunos casos puede ser útil, ni si hay o no daño psicológico, sino si la víctima tiene una “personalidad fabuladora”, lo cual remite a estereotipos discriminatorios sobre las mujeres.

También hay casos donde las víctimas de violencia sexual dicen que no fueron lesionadas e igual se la somete a examen ginecológico y anal a ver si tienen lesiones. Estos son exámenes que se hacen de rutina, estandarizados, pero no se ve el caso concreto y, sobre todo, no se considera lo que puede significar para una víctima de violencia sexual hacer ese tipo de exámenes. También a las víctimas de violencia sexual en Argentina –hasta la despenalización del aborto en diciembre de 2020– se las privaba de atención de emergencia, incluso cuando –desde 1921– la interrupción de un embarazo consecuencia de una violación no era punible. Tantos eran los obstáculos que enfrentaban las víctimas de violencia sexual, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo que dictar un fallo muy importante en el año 2012¹², indicándole a las provincias que no debían oponer obstáculos para la práctica en los casos de violación. La Corte señaló que esta situación violaba el principio de dignidad de las personas y ponía a las víctimas en la situación de acudir a abortos clandestinos o pedir autorización judicial, lo cual producía un derrotero judicial muy extenso.

También son revictimizantes las repetidas convocatorias durante el procedimiento. Está estudiado en Argentina que las víctimas de violencia de género son citadas – muchas veces más que otras víctimas– a declarar, a ratificar la denuncia, a hacer todo tipo de exámenes, al procedimiento civil, que corre por separado; también tienen que ir a audiencias en sede civil lo cual también afecta la integridad física y psicológica de las víctimas.

Y, para terminar, la excesiva duración del procedimiento afecta a todas las víctimas y a todos los imputados, pero en las víctimas de violencia de género tienen consecuencias nocivas por la necesidad que tienen de que haya un pronunciamiento judicial sobre los hechos,

12 CSJN, Fallos 335:197 (“FAL s/medida autosatisfactiva” del 13 de marzo del 2012).

34 sobre todo cuando hay hijos en común o bienes que distribuir.

Para cerrar, si de lo que se trata es de erradicar por completo la violencia machista, es fundamental, en primer lugar, promover una mirada crítica y feminista sobre las maneras en que el sistema de justicia penal, al no reparar en la diversidad de cada caso, termina reproduciendo la misma violencia que se propone combatir –incrementando el daño psíquico y físico de las víctimas, negándoles autonomía e influencia, humillando y culpabilizándolas, etcétera. En este sentido, en la lucha contra la violencia de género no se puede soslayar que el Estado, a través de sus intervenciones dirigidas a combatir este fenómeno, también puede ser una usina de violencia –la institucional-.

El desafío, pues, es lograr un sistema de justicia penal que no expulse a las mujeres que lo quieren utilizar, que no atrape a las mujeres que quieren salir, sino que las acompañe en la ruta hacia el empoderamiento y la autonomía.

REFERENCIAS:

Ibáñez Rivas, J. M., (2014). Artículo 8. Garantías Judiciales. En Steiner, C. y P. Uribe, Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Bogotá y Berlín: Fundación Konrad Adenauer.

Piqué, M. L. (2021). Donde manda capitán, no manda marinera. Las mujeres ante la acción penal pública en los casos de violencia de género. En Cardinali, G. y J. De la Fuente (eds.), Género y Derecho Penal. Santa Fe: Ed. Rubinzal.

Piqué, M. L. (2017). Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional. En Di Corleto, J. (ed.), Género y Justicia Penal. Buenos Aires: Ed. Didot, 309-348.

María Soledad Krause¹³

VI. Argumentación Jurídica con perspectiva de Género

Buenas tardes, muchas gracias por la invitación y por la oportunidad de compartir con ustedes algunas reflexiones sobre argumentación y género. En un sentido amplio, mi idea es resolver las siguientes preguntas: ¿tiene importancia el género en la argumentación? Y ¿tiene alguna influencia el género o el enfoque de género en el conocimiento de los hechos? Me parece que la relevancia del género en la argumentación normativa ha sido suficientemente explicitada en las ponencias que me han precedido. Por ello resulta interesante que nos preguntemos ahora sobre los efectos de los estereotipos de género en el conocimiento.

Para tratarlo les voy a proponer lo siguiente. En primer lugar, ciertas consideraciones generales sobre la idea de verdad en el procedimiento judicial; en segundo lugar, sobre la forma en que se conoce, pues en la medida en que comprendamos el conocimiento como un fenómeno situado advertiremos la importancia de ciertos problemas dentro de los cuales se encuentran los estereotipos; en tercer lugar, cuáles son las características de los estereotipos y además por qué impiden –y esa es la tesis que voy a sustentar aquí– satisfacer la pretensión de verdad en el procedimiento judicial. Y, finalmente, daré cuenta de algunas ideas sobre cómo detectar los estereotipos, porque todos estamos afectados por ellos en tanto sujetos sociales y, por lo mismo, es importante que nos hagamos ciertas preguntas para combatirlos, evitando que terminen siendo usados para la toma de decisiones. Sin embargo, lo que voy a argumentar se aplica no solo al género, sino que a todos los ámbitos

en los cuales se usan estereotipos. Sin embargo, los ejemplos se van a centrar, sobre todo, en los de género.

Sabemos que la verdad es una de las finalidades del procedimiento judicial. Lo que se busca es que las decisiones judiciales –y que las normas que se aplican para adoptarlas– tengan como sustento la verdad de lo sucedido. Por lo tanto, con Larry Laudan, podemos decir que el procedimiento judicial es un motor epistémico; es decir, un lugar, un espacio de actuación, un conjunto de normas, que persiguen que se declare la verdad de lo sucedido. La verdad que puede lograrse es limitada y el reconocimiento de ello es uno de los importantes logros de nuestro sistema acusatorio. Esto, no solo desde un punto de vista epistémico –porque tenemos que acceder a un hecho del pasado, que además es único e irrepetible, y traerlo al presente, con los problemas que genera el acceso indirecto a él, el tiempo y otros factores– sino extra-epistémico, pues hay limitaciones derivadas de otros valores distintos de la verdad, que también se persiguen en el procedimiento judicial con igual importancia. Como, por ejemplo, que se considere al imputado sujeto y no objeto o medio de prueba, las reglas que excluyen la prueba obtenida de manera ilícita o con violación de garantías fundamentales, el estándar probatorio como regla política de distribución del margen de error, la carga de la prueba, la presunción de inocencia, etc.

A pesar de que la verdad que puede alcanzarse en el procedimiento penal es limitada, no podemos desconocer que se trata de un valor fundamental y una condición de legitimidad de la toma de decisiones judiciales. Esta se entiende como correspondencia con los hechos: un enunciado será verdadero en la medida en que se corresponda con lo que sucedió en el mundo externo. Y se entenderá que lo es, en la medida en que resulte probado con el estándar de solidez de más

¹³ Licenciada en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Chile y Magister en filosofía por la misma universidad; Doctora en derecho penal y ciencias penales por la Universidad Pompeu Fabra, España; Máster en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante, España. Ha dedicado su ejercicio profesional a la litigación y es actualmente profesora de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

36 allá de toda duda razonable, si estamos hablando del procedimiento penal. La prueba se argumenta y los argumentos probatorios tienen la forma de inducciones. Esto es, a partir de medios de pruebas y valiéndose de generalizaciones, el tribunal obtiene una conclusión sobre hechos singulares probados. Esa es la forma en que se establece la verdad de lo sucedido en el procedimiento penal.

En nuestro sistema, el tribunal es libre para valorar la prueba y esa libertad está contrarrestada por las reglas de razonabilidad que recogen los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados. La apelación a estos tres elementos fija límites al conocimiento que realizan los tribunales y también exigencias en cuanto al contenido de las generalizaciones que pueden utilizar para tener por establecidos los hechos, como veremos más adelante. La contrapartida de la libertad para valorar la prueba es el deber de motivar, y sabemos la importancia de ese deber en nuestro sistema y la altísima carga que genera para los tribunales: la de la llamada motivación analítica, que los obliga a mostrar en el razonamiento probatorio todos los pasos que dan para llegar a las conclusiones que, en definitiva, alcanzan.

Hemos visto la importancia de la verdad en el procedimiento penal y analizaremos ahora por qué no se cumple, o se pone en riesgo, cuando se utilizan estereotipos.

El conocimiento –y lo tenemos muy claro quienes nos dedicamos precisamente a la litigación– es situado. Es importante el sujeto que conoce; cuál sea su experiencia, su situación emocional, el momento histórico en que se encuentra, el tiempo, el lugar, la sociedad y el grupo al que pertenece. ¿Qué es lo que intento rescatar aquí? Que el conocimiento es un fenómeno y al momento de analizar cómo sucede, es importante tener en cuenta quién conoce, dónde está ubicado, cuál es la posición que ocupa en el sistema social, cuáles son sus creencias, cuáles sus formas de ver el mundo. Todas esas circunstancias van a influir en lo que conoce y cómo conoce.

Cuando nos damos cuenta de que el conocimiento que se plantea en el procedimiento judicial, no solo de

jueces y juezas, sino de todos los intervinientes, es un fenómeno y, por lo tanto, es también situado, aparecen factores relevantes que van a definir la forma en que se conoce, y dentro de ellos, las emociones, los sesgos y los estereotipos. Tres aspectos que, en general, han sido abandonados en el análisis del conocimiento judicial, porque seguimos impregnados de una lógica que pretende asegurarnos formalmente una igualdad, pero que no nos permite atender a la realidad del conocimiento. De esta manera, deja fuera sus problemas, sus límites, a los que es importante atender si se quiere orientar y controlar el proceso y sus resultados.

Una mención muy general a las emociones. Desde un punto de vista biológico, las emociones son respuestas corporales automáticas frente a determinados estímulos y que, además, generan disposiciones a la acción. Hay ciertas acciones disponibles para el sujeto cuando está en determinadas emociones. Por ejemplo, en el miedo, el huir está disponible mucho más que, por ejemplo, escuchar si es que otro quiere referirle alguna historia. Las emociones son propias de todos los seres vivos y, por lo tanto, están involucradas en todos los procesos humanos y también en el de conocer. Si nosotros tomáramos en cuenta que el procedimiento judicial es un proceso de conocer, o un fenómeno de conocer, no podríamos ignorar la importancia de las emociones. Hacerlo es dejar sin examen un aspecto sumamente relevante del proceso y que influye en sus resultados.

Algo que aparece junto con las emociones, como manifestación también del conocimiento situado, son los sesgos. Se trata de distorsiones en el pensamiento racional que todos cometemos y que de alguna manera lo dirigen hacia caminos y resultados que conspiran para alcanzar la verdad. Desde que todos incurrimos en ellos, detectar cuáles son es un elemento fundamental para analizar y controlar cómo se conoce en general y en el procedimiento judicial en concreto. Por ejemplo, el sesgo de confirmación. Se trata de un defecto en el conocimiento que lleva a que los individuos prefieran o seleccionen, dentro de la información disponible, aquella que es acorde con sus preferencias y descarten aquella que no se ajusta a ellas. Ese es un tránsito ordinario del pensamiento con todos los riesgos que conlleva, y para combatirlo es importante darse cuenta de que estamos sometidos a él.

En la misma situación de los sesgos y de las emociones, aparecen los estereotipos. Ya se ha hablado en detalle sobre los de género, pero como aquí quiero efectuar un análisis más bien epistemológico respecto a qué consisten, me voy a permitir reiterar ciertas características que ellos presentan.

Los estereotipos tienen la forma de generalizaciones y exhiben ciertas características particulares que moldean el pensamiento y se van a traducir en percepciones y creencias, que vuelven irrelevante el conocimiento de lo que efectivamente sucede. Impiden, por lo tanto –y esa es la idea que voy a tratar de justificar en lo que sigue– la satisfacción de la finalidad de verdad a que aspira el procedimiento judicial.

Creo que no se comprenden bien los estereotipos, ni tampoco por qué estamos sometidos de manera tan profunda a su influencia, si no entendemos, si no hacemos algunas reflexiones, sobre las generalizaciones. Así que, si ustedes me permiten, antes de centrarme en los estereotipos, voy a referirme a ellas.

Las generalizaciones son herramientas necesarias y fundamentales para conocer porque permiten reducir la complejidad y la variabilidad de los fenómenos, de los sujetos y de las experiencias, en tanto conllevan la formulación de reglas generales a partir de regularidades que se aprecian en la realidad. Uno construye categorías, correlaciones que van a servir para ordenar el mundo. Y no solo eso, sino que también para predecir lo que sucederá a futuro y ajustar el comportamiento a esas predicciones. Un ejemplo: caminar por la calle Bandera de noche es peligroso. Esa es una generalización que yo formulé a partir de información que he recibido de las noticias, supongamos, a partir de dos casos de asaltos en la calle Bandera. Yo induzco una regla general, que dice que caminar por allí es peligroso. Otro más, referido a las características de una persona: puedo decir que María es una mujer elegante o que gusta de la buena mesa y esa regla general yo la he creado a partir de informaciones parciales que he recibido o de episodios particulares que conozco.

Las generalizaciones son reglas que se formulan a partir de casos, ya sea por el propio sujeto que tiene la experiencia o por la información que recibe de otros

distintos, de ahí que pueden ser fruto del grupo, de la sociedad, o la cultura a la que pertenece. Adquieren una formulación, y esto es interesante, que conlleva una pretensión de aplicación universal e ilimitada. La idea de las generalizaciones es que sirven para los casos futuros a pesar de que se construyen sobre la base de la experiencia pasada. De esta manera reconfiguran la manera en que un sujeto se plantea frente a esas hipótesis nuevas.

Las generalizaciones tienen, por lo tanto, una dimensión que es informativa, acerca de cómo es el mundo, pero, además, una predictiva: van a decir cómo debiera ser o será el mundo en el futuro (si es que se ajusta a esa expectativa). Si yo entonces he creado la regla de que “la calle Bandera es peligrosa de noche”, la expectativa que tengo y que va a orientar mi comportamiento futuro, es, precisamente, la que se ajusta a ella y lo más seguro es que actúe en consecuencia: que prefiera no transitar por allí de noche, o que decida hacerlo siempre con compañía, o con extrema cautela. Por lo tanto, uno podría decir que lo que hacen las generalizaciones es moldear la percepción de los nuevos casos, de las situaciones futuras.

¿Por qué son necesarias? Porque el mundo es muy amplio, muy abierto y complejo, porque los casos son ilimitados y porque, además, necesitamos de las expectativas para poder actuar. Si no pudiéramos formular esas reglas generales, no podríamos dirigir nuestro comportamiento y quizás se nos dificultaría mucho adoptar decisiones.

Pero las generalizaciones tienen el problema de que simplifican la realidad, desconocen las particularidades y las diferencias y uno podría decir que dibujan trazos demasiado gruesos acerca del mundo. Amplían el conocimiento, porque permiten decir algo sobre lo que no conozco y orientar mi comportamiento en ámbitos que no he explorado, pero tienen un alto riesgo de error. La forma de conjurar ese riesgo es su apertura a la experiencia futura. Es decir, son útiles y valiosas en la medida en que se comprende que es posible que esa regla general deba ser transformada, contrastada o incluso eliminada, si es que efectivamente el futuro me muestra que es una generalización apresurada, equivocada o incluso espuria.

Esas son reflexiones generales acerca de las generalizaciones, porque me parece que no se entienden bien los estereotipos y la relevancia que tienen en nuestro razonamiento, si no entendemos que tienen la apariencia de una generalización.

Los estereotipos conducen a la formulación de una regla general con una pretensión de aplicación permanente e ilimitada en el tiempo. Pero tienen una característica particular que ya ha sido mencionada en las anteriores ponencias: lo que hacen es correlacionar un grupo determinado de personas con ciertas cualidades, atributos, comportamientos o roles, que supuestamente tiene ese grupo (si se trata de estereotipos descriptivos) o que debiera tener ese grupo (si se trata de estereotipos normativos). Por lo tanto, el enunciado en que consiste el estereotipo nos dice cómo es o se espera que sea, cómo actúa o debe actuar, o qué rol ocupa o debiera ocupar, una determinada persona o colectivo. Como me voy a centrar aquí en el análisis epistemológico, voy a referirme únicamente a los estereotipos descriptivos, vale decir, aquellos que parecen proporcionar un conocimiento acerca del mundo.

“Las mujeres son sensibles”, “los hombres son fuertes” son estereotipos ordinarios porque asocian ciertos grupos –en este caso mujeres y hombres– con ciertos atributos. Es importante darse cuenta de que ellos centran la atención en una determinada característica, que se vuelve gravitante, para definir a ese colectivo. De alguna manera, son una caricatura, porque resaltar esa cualidad específica y establecerla como definitoria, desconoce la relevancia de otros atributos. Ese es el factor que adquiere, además, una dimensión de comparación en relación con otros grupos y, por lo tanto, en una lógica que podríamos llamar de oposición: nosotros -ellos, unos- otros. Detrás, entonces, de un estereotipo está esa dimensión de contraposición y poder.

Los estereotipos contribuyen a conformar –o confirmar– identidades sociales, sea en un sentido represivo o de reafirmación. Su surgimiento, su mantención, su preservación, se asocia a un conjunto de emociones, además, que se comparten socialmente y por eso son difíciles de advertir. Ello explica también cierto temor cuando se desafían, precisamente porque hay quienes se han definido a partir de ellos.

Aunque los estereotipos descriptivos parecen generalizaciones no es posible determinar quién los construyó ni cuál es su fuente epistemológica. Lo que queda claro es que no han sido confeccionados por el mismo sujeto que los utiliza, de ahí que tienen un origen que no es claro ni preciso. Incluso podríamos decir que su fundamento epistémico no existe, en muchos casos, pues no se sabe si efectivamente dan cuenta de algo que se corresponda con la realidad.

Por lo demás, los estereotipos descriptivos suelen ser muy amplios o indeterminados en lo que dice relación con la cualidad con la que caracterizan a ciertos grupos; por ejemplo, los que se refieren a la sensibilidad o debilidad de las mujeres ¿qué significan esos atributos?, ¿cómo puedo contrastar si son verdaderos o son falsos? ¿cuál es el elemento o cuál es la prueba que me podría llevar a eliminarlos? Su indeterminación hace que, muchas veces, ese contraste con la realidad no sea posible, lo que demuestra que – pese a su apariencia – carecen de un valor epistemológico.

Por lo demás, son fijos y rígidos y esto es algo que diferencia a los estereotipos de las generalizaciones, pues no resultan abiertos a la experiencia o a las pruebas en contrario. Se trata de moldes que se utilizan para facilitar o automatizar el pensamiento, pero que en el fondo des-individualizan, es decir, vuelven irrelevante el sujeto concreto, el caso específico, al cual se pretende aplicar. Solo interesa que ese individuo pertenezca a un determinado grupo y por la sola pertenencia a ese grupo se le asignan automáticamente cualificaciones que son aquellas en que consiste y que homogenizan a todos los integrantes de la categoría, como si fueran iguales.

¿Qué problemas plantean los estereotipos? Generan graves límites para acceder a la verdad entendida como correspondencia o, en otras palabras, para alcanzar la finalidad de conocer del proceso judicial. Su origen social y la imposibilidad de precisar sus fundamentos fácticos, si es que efectivamente los tienen, pueden llevar a que carezcan, efectivamente, de un fundamento epistémico y que encubran solo prejuicios o preferencias. Su forma de imágenes acerca de un colectivo, que son, además, estables, rígidas, fijas y resistentes al cambio, vuelven irrelevante la individualidad del caso concreto y la experiencia. Irrelevante, en definitiva, la prueba.

Cuando la magistratura o cualquiera de las partes intervinientes, hace uso de un estereotipo, la prueba se vuelve irrelevante para conocer y establecer la verdad de lo sucedido. Precisamente, porque quien valora deja de observar el caso concreto y se interesa únicamente por la pertenencia a la categoría que de alguna manera caricaturiza ese individuo. Los estereotipos impiden apreciar, además, otras características relevantes del caso concreto, haciendo que la apreciación quede dominada por el factor que ha sido tenido en cuenta para categorizar.

Uno podría decir, entonces, que todos estos caracteres del estereotipo se estrellan con la finalidad de conocimiento de la verdad del proceso judicial. Y que hay razones no solo normativas, sino que epistémicas, para combatir el uso de estereotipos, en la medida en que –precisamente por las características que ellos presentan– vuelven irrelevante el caso concreto y la prueba que se rinde para establecerlo.

¿Cuál es la labor que le queda a los intervinientes, si advertimos que los estereotipos tienen la apariencia de generalizaciones y que los utilizamos con tanta facilidad para razonar? La función de estos debiera ser estar atentos a ellos, desenmascararlos y combatirlos. Esto supone reconocer primero que existen y que todos podemos incurrir en ellos. En la medida en que asumamos esta limitación a nuestra manera de conocer, estaremos más disponibles para detectarlos.

A continuación, informarnos acerca de cuáles son los que rigen en nuestra actividad, en nuestro grupo, nuestra sociedad o nuestra cultura, para estar atentos a cuáles usamos en el razonamiento, lo que no siempre es sencillo, porque muchas veces no se explicitan. En seguida, advertir los contextos en los cuales aparecen. En materia judicial, sobre todo, pueden surgir bajo la forma de pretendidas máximas de experiencia (que son generalizaciones) aunque no puedan ser entendidos por tales porque, como hemos visto, no satisfacen las exigencias de un fundamento epistémico, no son compartidos por la generalidad, no están abiertos a la experiencia, ni son aceptables desde un punto de vista epistémico y normativo.

Hecho lo anterior, corresponde que nos formulemos algunas preguntas, para evitar que se cuele en nuestros razonamientos. Identificar si el enunciado del que se trata es universal, es decir, si se aplica a todos los sujetos o discrimina entre grupos determinados, ya sea en su formulación o en su aplicación concreta, es una primera pregunta relevante. Así ¿postula o tiene alguna aplicación diferenciada, según se trate de hombres y mujeres? En seguida, ¿cuáles son sus consecuencias? Si es que encontramos que generan un tratamiento diferenciado entre hombres y mujeres, debiésemos interrogar ¿cuál es la razón para ello?, ¿podemos detectarla? Y ¿cuál es la cualidad que diferenciaría esos grupos? ¿se puede probar, o se trata de una de esas referencias amplias e indeterminadas que hacen imposible el contraste y la prueba?

Otra pregunta para detectarlos es ¿se refiere esa cualidad que caracteriza supuestamente al grupo al modo de ser de las cosas? ¿o tiene consecuencias normativas? ¿cuáles? En la medida en que haya emociones y valores subyacentes, es posible descubrir preferencias, y, por lo tanto, lógicas de poder, que son precisamente las que subyacen en los estereotipos.

En seguida ¿cuál es la fuente epistemológica de esa pretendida generalización? ¿De dónde la he obtenido? La ausencia de respuestas claras a estas preguntas puede encubrir la ausencia de fundamento epistemológico y mostrarnos que estamos frente a un estereotipo.

Otra pregunta importante es ¿qué efectos tiene el uso de esa pretendida generalización? ¿me está permitiendo ver el caso concreto? Sabemos que una de las consecuencias que genera el estereotipo es, precisamente, volver irrelevante el caso concreto, de ahí que advertir ese resultado pueda permitirme reconocerlo.

Todas las preguntas anteriores ayudan a desenmascarar la forma de razonar y evitar que los estereotipos sean usados para la toma de decisiones.

A las interrogantes que formulaba al inicio de esta presentación, ¿es importante el género en la argumentación? Y ¿es relevante el género en el conocimiento de los hechos? espero haberlos persuadido de que sí, porque el conocimiento que se plantea en

40 el procedimiento judicial es un conocimiento situado. Hay personas reales que conocen y los intervinientes son personas reales también y, por lo tanto, están sometidos, como todos los miembros de un sistema social, a lógicas de poder y relaciones de grupos que dan origen a estereotipos que están arraigados y sobre-determinados.

En la medida en que no nos demos cuenta de esos estereotipos y no los desenmascaremos y combatamos, la posibilidad de acceder a la verdad en el procedimiento judicial puede verse truncada. En definitiva, sin un enfoque de género en la argumentación –que detecte e impida que los estereotipos de género distorsionen el conocimiento de los hechos en la forma que hemos visto– se corre el serio riesgo de que no se satisfaga la finalidad epistemológica del proceso judicial. De ahí su importancia y su urgencia.



Debate de clausura

VII. Diálogos con Carmen Antony

Carmen Antony¹⁴

De acuerdo con las excelentes ponencias presentadas por nuestras distinguidas colegas, –que abordaron tanto la teoría, como la praxis, y también el punto de vista de la jurisprudencia– se pueden deducir algunos pilares de la argumentación jurídica feminista.

¿Cuáles serían estos? Primero, voy a expresar los “anti”: la organización jurídica feminista es antidiscriminatoria, es antiandrocéntrica, es antiestereotipos; pero, además, de las “anti”, están las cosas positivas: el respeto a la diversidad –muy fundamentado, el respeto a los derechos humanos, el respeto a la igualdad de oportunidades y, en definitiva, yo diría que por fin, estamos reconociendo a la mujer como sujeto de derechos y no como objeto de derechos.

María Luisa Piqué

De las preguntas realizadas, hay dos vinculadas con la defensa. Una, si la defensa debe ceder en el proceso penal ante las obligaciones internacionales para llevar adelante una estrategia que se adecúe a ella, aunque sea menos efectiva. Y la otra, cómo se comprometen las defensorías públicas, en los sistemas comparados, con el trato de víctimas de violencia de género.

Me parece que ambas van de la mano; creo que, de estas obligaciones de no revictimización, no se deriva una merma o no debe derivarse una merma en el derecho de defensa. Creo que a lo que aspiramos es llegar a un sistema donde las defensas que se valen de

estereotipos o que pretenden descalificar el testimonio de la víctima por su conducta sexual o por su conducta pasada, ya no sean efectivas. Creo que es allí donde tenemos que apuntar; en este sentido, en la Argentina, la Defensa Pública hizo un trabajo muy importante.

La Defensoría General de la Nación, a su vez, fue de las primeras en tener una comisión de género, que hizo un trabajo muy importante en la defensa con perspectiva de género de mujeres criminalizadas por su condición de mujer. Trabajaron mucho con mujeres imputadas por homicidios en contextos de legítima defensa en casos de violencia contra las mujeres. Pero, también, hizo un trabajo sobre cómo garantizar la defensa, sin apelar a estereotipos y, sobre todo, mostrando que no siempre es la defensa más efectiva, especialmente en un sistema que está tratando de incorporar perspectivas de género. Y hoy se aprecia la diferencia cuando la Defensa Pública apela, con muchos menos estereotipos.

Sí, por supuesto que se trata de demostrar que el testimonio quizás no es sólido, que no hay pruebas más allá del testimonio y que esto, según la defensa –un testimonio único–, no alcanza el estándar de certeza que se exige para una sentencia condenatoria. Y esto siempre nos obliga a reflexionar a los fiscales, ya sea para mejorar nuestras propias prácticas, a fin de no llegar a un juicio solamente con un testimonio. Pero se ve poco por parte de la Defensa Pública, que tuvo mucho trabajo en perspectiva de género. Sin embargo, se siguen viendo estas prácticas de la defensa de interrogar sobre el pasado sexual o de descalificar.

Por ejemplo, a veces hay muchas defensas que tratan de descalificar los testimonios de las niñas víctimas de violencia sexual, diciendo que, en realidad es la madre que está lavándole la cabeza, que dicen a las niñas esto por una cuestión de despecho. Esto, que ya se ve cada vez menos, no se ve en la Defensa Pública, porque hizo ese trabajo de incorporar la perspectiva de género. No creo que las personas defendidas por la Defensa Pública

¹⁴ Abogada y destacada criminóloga chilena. Fue académica de la Universidad Nacional de Panamá, fundadora y decana de la Universidad Antofagasta y académica de las universidades de Chile, Arcis y Universidad Central. Ha sido asesora de diversas organizaciones internacionales y es fundadora del capítulo de Panamá del Comité Latinoamericano y del Caribe para la Defensa de los derechos de la Mujer, CLADEM.

42

estén peor defendidas; todo lo contrario, logran instalar dudas, cuestionar la investigación, o cuestionar la solidez de la prueba, sin apelar a estereotipos, y creo que es una prueba de que se puede garantizar una defensa técnica eficaz sin, necesariamente, acudir a estereotipos o a la revictimización.

Y a la otra pregunta, sobre los mecanismos adecuados para terminar o aminorar la revictimización en el proceso judicial –teniendo en cuenta también el proceso de reparación de las mujeres que viven violencia fuera de una lógica victimizante, en el mismo proceso de acompañamiento– describí las prácticas revictimizantes y creo que, por oposición a esas prácticas, algunas conclusiones podemos ir sacando. Creo que sí es importante garantizar el derecho de las víctimas a ser oídas en todas las distintas etapas del procedimiento, a que haya un acompañamiento, donde esa opinión pueda ser realmente tenida en cuenta; una escucha diferenciada, y sí me parece importante esto, que se consigna en la pregunta, de salir de la lógica victimizante, porque a veces las mujeres queremos salir precisamente, del estereotipo de “las mujeres como víctimas”; entonces, para eso, necesitamos no solo una decisión con perspectiva de género al final del procedimiento, sino un procedimiento que incorpore la opinión, que incorpore el punto de vista de la víctima, que no siempre significa hacer lo que la víctima pida, porque a veces hay algunos intereses adicionales a tener en cuenta; pero sí, que esa opinión sea tenida en cuenta y que haya un acompañamiento, que permita que sea una opinión empoderada, que no sea una opinión simplemente como una formalidad.

Carmen Antony

¿Qué estrategias, consideran las participantes, tiene el Poder Judicial actualmente, para intervenir los estereotipos? ¿cómo proceden los jueces que forman parte del sistema judicial? Por otro lado, ¿qué estrategias tiene el Ministerio Público para intentar limitar las facultades de selectividad que tienen que ver con la violencia intrafamiliar?, ¿cómo se puede distinguir el sesgo del estereotipo?, ¿cuál sería la relación género/especie?

María Soledad Krause

Me atrevo a plantear esta otra pregunta: ¿cuál es la relación entre el sesgo y el estereotipo? A mí me parece que son dos problemas o defectos del razonamiento. Los sesgos están estudiados como vías o de alguna manera, direcciones del pensamiento, que son contrarias a la finalidad de conocer la verdad.

El sesgo de confirmación, por ejemplo, que se podría relacionar con el estereotipo. Es uno de los sesgos que puede adolecer o de los cuales adolece el pensamiento; por lo tanto, pienso que son dos categorías distintas, aunque el sesgo de confirmación, de alguna manera, refuerza cualquier estereotipo, precisamente, porque se construye con esa lógica de oposición que traté de mencionar en mi exposición. Es decir, cómo nosotros y otros, caracterizamos a un grupo por una determinada característica que es, en definitiva, la que se vuelve central en su identificación en el sistema social.

Carmen Antony

Aquí hay un caso interesante. En Chile, prácticamente, no hay condenas por el delito de denuncia calumniosa; sin embargo, recientemente, ha sido condenada una estudiante de derecho que denunció una violación. En la causa por violación no hubo juicio, sino que la fiscalía pidió sobreseimiento. Tras ello, el denunciado, que es un funcionario del Ministerio Público, se querelló o denunció, por igual denuncia o por denuncia calumniosa y la denunciante acaba de ser condenada. ¿Qué opinión les merece, desde el punto de vista de la revictimización, el efecto sobre las víctimas y el derecho a denunciar?

María Luisa Piqué

Este caso me lo comentaron, por supuesto que no conozco los detalles; pero en Argentina está pasando algo parecido. Allí, lo que pasa es que la vía penal está bastante obturada porque a raíz de otro caso en el que fuimos demandados ante la Corte Interamericana, Kimel versus Argentina, se reformó la ley de calumnias e injurias. Con eso, quedó muy restrictivo el tipo penal y, además, hay una causal de no punibilidad, cuando los dichos presuntamente calumniosos o injuriantes,

tengan que ver con una cuestión de interés público, y la jurisprudencia ha interpretado que las denuncias por violencia de género son una cuestión de interés público.

Entonces, ha habido intentos de querellar por calumnias e injurias, en casos que se han resuelto, que han quedado sobreesidos o absueltos, pero, la vía penal ha quedado obturada. Pero ha habido un traslado a la vía civil, donde se están iniciando demandas millonarias; sin duda que hay que reflexionar sobre estos casos y hay que pensar alguna respuesta para que estas vías civiles no sean una forma de silenciar estas denuncias o de enviar un mensaje que pueda restringir el acceso a la justicia de las mujeres.

Hay que ver en esta materia cómo es el uso del derecho penal y por eso, también es muy importante garantizar la perspectiva de género en los casos iniciales, donde la primera denuncia se realiza por violencia sexual. Por supuesto que esto no quiere decir que hay que avanzar siempre en todos los casos o que todos los casos son ciertos, porque existen las denuncias falsas, como existen en otros delitos. El problema es cuando se asume que estas denuncias son falsas.

En Argentina pasa mucho con los casos de abuso sexual infantil, esto pasa muchísimo cuando hay alguna cuestión litigiosa entre el padre y la madre, y esto también ha dado lugar a “represalias”, una vez que queda cerrado el caso penal. Por eso creo que lo mejor que podemos hacer es garantizar la investigación con perspectiva de género en todos los procesos, para que los casos no sean cerrados injustamente y, por lo tanto, quienes denunciaron -porque algo les había pasado, porque tenían derecho a acceder a la justicia-, luego no sufran las consecuencias, no sufran una revictimización y, además, teniendo en cuenta el impacto que esto puede tener en otras víctimas.

La carga dinámica de la prueba en los juicios de violencia sexual es muy violenta. El estándar de prueba que se exige -prueba biológica para tener sentencias condenatorias y exigibles, con un móvil, un nivel de diligencia tal que, a las pocas horas de ser agredida, debe denunciar, hacerse análisis y pericias invasivas. Esto es un problema, por supuesto, la prueba de la violencia sexual está fuera de dudas que son casos de

difícil estándar, de difícil prueba, porque son hechos que generalmente ocurren en la intimidad y que los propios agresores buscan no ser vistos, por esto se discute mucho en la Argentina, sobre el estándar de prueba. Porque, si bien tenemos la regla de la sana crítica racional, a veces opera un sistema de prueba tasado implícito en jueces y fiscales, de acuerdo con el cual para acreditar un determinado hecho, se necesita más de un testigo y, no cualquier testigo, sino un testigo que sea ajeno a las partes.

Entonces, ese sistema de prueba, que es implícito -es una práctica que no está en el código procesal penal-, afecta desproporcionadamente a las mujeres víctimas de violencia sexual porque es prácticamente imposible conseguir testimonios; con suerte testimonios de oídas o testigos de indicios: testigos que han visto a la víctima llorar, que han visto a la víctima lesionada; pero una persona no agrede sexualmente a otra en presencia de personas ajenas a las partes que puedan operar como testigos. Entonces si vamos a poner ese estándar, lo que estamos creando es una forma de discriminación indirecta. El resultado es que, automáticamente, todos estos hechos van a quedar impunes. Son estándares de pruebas que no necesariamente están pensados para estos casos, pero, que, en los hechos, terminan teniendo esta consecuencia.

Se discute mucho esto en Argentina. Aunque la regla del “testis unus, testis nullus”¹⁵ no está vigente de manera oficial -nuestros tribunales se han cansado de decir que no rige como regla probatoria en nuestro sistema procesal, porque este se rige por la regla de la sana crítica-, las defensas muchas veces la siguen invocando en la práctica. Sin embargo, lo importante, es que hay un principio en la ley de protección integral de las mujeres, que es el principio de amplitud probatoria, que permite tener en cuenta las circunstancias en las que ocurren estos hechos y quiénes son sus naturales testigos. Eso es un mandato para los jueces en cuanto a la valoración de la prueba, pero, también es un mandato para el Ministerio Público Fiscal, de cómo recolectar la

15 Del latín “El testigo único es un testigo nulo” (Nicolliello, 2004, p. 274).

44 prueba y cómo investiga, que significa no centrarse exclusivamente en el hecho, sino investigar el contexto.

Y si ahondamos en el contexto, es probable que surjan muchas pruebas, que no van a ser testigos directos, no van a ser, necesariamente, pruebas documentales; en general, estos hechos ocurren quizás en la intimidad del hogar donde no tenemos cámaras de seguridad. Pero, sí vamos a encontrar un montón de indicios que van fortaleciendo, que van dando un sentido a ese testimonio. El punto es ver también que la violencia de género no es un hecho particular, es un continuum de violencia; entonces, hay que salir a buscar la prueba sobre ese continuum que deja un montón de rastros. Para ello, tenemos que abrir un poco la mente respecto de qué es lo que vamos a investigar. Vamos a investigar que el día tal, a tal hora, fulano le propinó un golpe de puño mengana, o vamos a investigar el contexto de violencia de género.

Simone Cusack

Respecto a la pregunta anterior, sobre la diferencia entre el sesgo y los estereotipos, creo que, si uno pasa algo de tiempo trabajando en esto, hay varios conceptos que se usan de manera intercambiable: prejuicio, mito, sesgo. Para mí el estereotipo, el estereotipar es una forma de sesgo y lo es porque nos aleja de la realidad, de una situación determinada y nos lleva a tomar determinaciones de acuerdo con algo diverso a los hechos, diversos a la prueba. De tal manera que es fácil descartar simplemente el uso intercambiable de estos términos, pero es importante usar la terminología adecuada porque las estrategias que utilizamos para abordar estos distintos ámbitos pueden ser bastante, a la vez. Debemos ser muy precisos en el lenguaje que empleamos.

Respecto a la pregunta sobre algunas de las estrategias que pueden usar los jueces para limitar los estereotipos de género, creo que hemos escuchado varias de esas estrategias en las diversas presentaciones. Sin embargo, creo que hay cosas adicionales, y esto podría depender también del tipo del mundo donde se es juez, el enfoque que se emplea, el ordenamiento jurídico vigente, y la tradición jurídica. Pero creo que, cuando uno ve o percibe un estereotipo judicial, es importante señalarlo. Cuando

el juez ve esto, hay que pedir informes en derecho, hay que solicitar más antecedentes a las partes, hay que cuestionar e impugnar, ya sea si se es juez, defensor o fiscal.

En cuanto a las normas procesales, hay algunas en los tribunales internacionales que tratan de abordar estos temas antes que llegue a la sala de audiencia. Es algo que no solo los jueces siguen, es algo en que todos los abogados podemos participar; creo que como líderes en la profesión debemos recalcar la importancia de desarrollar y facultar para potenciar las posibilidades de identificar el estereotipo. No es fácil simplemente desplazarse, de saber que los estereotipos son problemáticos al momento de poder identificarlos, y llegar a identificarlos para instaurar reparaciones por su uso. Es un proceso en que, además de identificarlos y de denunciarlos, hay que pedir reparaciones, obviamente. Uno se hace una fama muy rápidamente de ser un poco intolerante frente a la discriminación y a los estereotipos, y si uno tiene esas actitudes, los intervinientes se adaptan a esos requerimientos de los litigantes.

María Luisa Piqué

La pregunta sobre cómo lidiar con las retractaciones y disonancias de la víctima de violencia en la búsqueda de la persecución y sanción del delito, es, para mí –y acá hablo en calidad de fiscal– la cuestión más compleja que se me presenta en mi rol. Porque entiendo que no hay una solución correcta, cualquier solución va a tener problemas. Como regla general, la acción pública de oficio es la que mejor transmite la gravedad de estos hechos, y el compromiso del Estado con la investigación y la sanción de la violencia contra las mujeres. Pero es, sin lugar a duda, cuando las mujeres se retractan, cuando no quieren seguir avanzando con la acción, se presenta un problema muy difícil de resolver. Esto, porque es innegable que la violencia contra las mujeres genera en las víctimas un deterioro en la autoestima, cansancio, agotamiento, hay mucha presión para abandonar el proceso y, entonces, atender a esas razones no es una buena política pública. Tenemos que resolver estos factores, tenemos que tratar de empoderar a la mujer, para que ella quiera seguir enfrentando el juicio.

Ahora, mientras no logramos eso, es muy complejo seguir adelante con la víctima jugando en contra; y, además, tampoco podemos asumir que todas las mujeres que quieren ponerle fin al proceso es porque tienen la autoestima deteriorada. Hay algunas que han logrado resolver el conflicto, entonces tampoco me parece una buena política pública ponerse en este rol paternalista, hasta patriarcal, de decirle a la mujer que su opinión no está afectada, que tienen el síndrome de indefensión aprendida, que no saben lo que quieren y que desde el Estado y la fiscalidad sabemos que para ella lo mejor es el juicio.

Así que no tengo una solución, trato de resolverlo lo mejor que se puede: con el caso concreto y con las pocas herramientas que tenemos los fiscales. A veces se me dice que quizás la víctima vea a alguien especializado para ver si realmente su decisión es libre, pero tampoco podemos someter a las víctimas a una terapia obligatoria para ver cuán libre es su decisión. Porque también es humillante para la mujer. Y dudar tanto de su palabra nuevamente es una solución patriarcal.

Creo que hay que resolver caso por caso, de la mejor manera que se pueda, a veces trato de poner en pausa el procedimiento, de ponerlo en un stand by, y de ver

a los seis meses cómo ha sido la situación. Creo que los procedimientos en nuestro código, no nos da ese tiempo. Trato de encontrar resquicios, porque nuestro derecho penal nos obliga a avanzar, pero tratamos de encontrar algunas escapatorias para encontrar una solución; pero tampoco podemos tener al imputado en una situación de indefinición durante meses porque él también tiene derecho a que su situación se resuelva.

Entonces es un muy complejo. Creo que lo mejor es una escucha activa de las mujeres y tratar de mirar, sobre todo quedarnos con los casos concretos y con la situación de las personas de carne y hueso que están involucradas, y no imponer una solución binaria. Porque la perspectiva o la metodología feminista nos obliga a ver caso por caso, para saber cómo impacta la vida de las mujeres y no priorizar soluciones binarias o absolutas.

Referencias

Nicoliello, N. (2004). Diccionario del latín jurídico. Buenos Aires: Euros Editores.



Informe en derecho*

“Acoso sexual y sexista en el trabajo: revisión desde la doctrina y jurisprudencia”

José Luis Ugarte Cataldo

* Informe en Derecho elaborado durante el año 2020 a solicitud de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial. Analiza el acoso sexual y sexista en el Derecho del Trabajo chileno, evaluando desde una perspectiva crítica la forma en que la jurisprudencia laboral ha abordado dicha temática.

Segunda Sección

Informe en derecho. Acoso sexual y sexista en el trabajo: revisión desde la doctrina y jurisprudencia

PÁGINA 51

I. Introducción

PÁGINA 51

II. Marco normativo Nacional e Internacional

PÁGINA 59

III. Concepto de acoso sexual laboral y acoso sexista

PÁGINA 59

3.1. Acoso sexual y sexista: concepto y elementos

PÁGINA 67

3.2. Tipos de acoso sexual en el trabajo y hechos constitutivos (elementos de prueba) de los mismos

PÁGINA 68

3.2.1. El hostigamiento sexual laboral

PÁGINA 72

3.2.2. Acoso sexual ambiental

PÁGINA 74

3.2.3. Acoso sexista

PÁGINA 75

IV. Procedimiento de investigación acoso sexual, garantías y estándar de prueba

PÁGINA 75

4.1. Investigación del acoso sexual: derechos fundamentales y proporcionalidad

PÁGINA 81

4.2. Valoración de la prueba en el acoso sexual: estándar y declaración de la víctima

PÁGINA 87

V. Acoso sexual y sexista: la perspectiva de género en la aplicación del derecho

PÁGINA 91

VI. Conclusiones

PÁGINA 96

VII. Referencias

I. Introducción

Se ha solicitado al suscrito la elaboración de un informe en derecho sobre el acoso sexual y sexista en el Derecho del Trabajo chileno, evaluando desde una perspectiva crítica la forma en que la jurisprudencia laboral ha abordado dicha temática.

A efectos de su confección, se relevó y analizó jurisprudencia laboral tanto de los Tribunales de instancia, como Cortes de Apelaciones y Corte Suprema. El universo de sentencias analizadas fue -principalmente- el proporcionado por la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación, considerando como parámetro de búsqueda que las mismas hayan sido dictadas en los últimos dos años. Sin perjuicio de ello, se consideraron, además, sentencias de mayor antigüedad que, por su relevancia, resultan de interés para los fines del presente.

El informe se estructura en torno a cuatro acápitos, ordenados del siguiente modo, con los contenidos que se esbozan:

En primer lugar, la revisión del marco normativo, tanto del derecho internacional como nacional, sobre la regulación del acoso sexual y sexista en las relaciones laborales.

En segundo lugar, la reconstrucción del concepto de acoso sexual y sexista en el ámbito de la legislación laboral, a la luz de las normas de tutela laboral y de regulación de la prohibición de acoso prevista en el Código del Trabajo.

En tercer lugar, el análisis del procedimiento de investigación y sanción de acoso sexual previsto en la legislación laboral nacional, con especial énfasis en las garantías de los afectados, como en la cuestión del estándar de prueba y la declaración de la víctima en el marco de la valoración judicial de los procesos laborales.

En cuarto lugar, la revisión del nexo entre la denominada perspectiva de género en la aplicación del derecho, y las normas de protección y sanción del acoso sexual y sexista en el marco de la regulación jurídica laboral nacional. Al final, se incluyen las conclusiones del informe.

II. Marco normativo Nacional e Internacional

La razón de que las distintas tradiciones jurídicas se doten de mecanismos de represión del acoso sexual en el ámbito laboral se encuentra en la idea del ejercicio de los derechos fundamentales al interior de las relaciones privadas y especialmente dentro del ámbito de las relaciones de trabajo asalariado. Así,

52 como veremos en detalle, el acoso sexual corresponde a un ilícito pluriofensivo, porque los actos que lo constituyen lesionan diversos derechos de rango constitucional de la víctima: derecho a la integridad física, psíquica, intimidad, honra, no discriminación.

Estados Unidos es el país pionero en lo que a su regulación respecta. Es allí -además- donde se producen los primeros pronunciamientos jurisprudenciales y donde se llevan a cabo las primeras construcciones doctrinales, considerándose una problemática que contribuye a la inequidad en las oportunidades de empleo entre mujeres y hombres¹⁶. En efecto, en 1980 la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de Estados Unidos aporta una definición pionera, que considera que constituyen acoso sexual: “Las proposiciones sexuales indeseadas, requerimientos para concesiones de tipo sexual y otras conductas físicas o verbales que constituyen acoso sexual en tres supuestos: 1. su cumplimiento se hace de manera explícita o implícita en términos o como condición para obtener el empleo, 2. su cumplimiento o la negación de su cumplimiento por un individuo es la base para tomar decisiones que afecten el empleo de dicho individuo, 3. tales conductas tienen el propósito o efecto de interferir sin razón en la eficiencia del trabajo de un individuo; o creando un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil y ofensivo.”

Se extraen de estas primeras definiciones una tipología clásica del acoso sobre la que volveremos más adelante. Por un lado, el chantaje sexual o acoso “quid pro quo” y, por otro, el acoso ambiental. El chantaje sexual alude a aquellas situaciones donde la negativa de una persona ante un requerimiento sexual es utilizada explícita o implícitamente como base para una decisión que afecta al acceso a la formación profesional, al empleo continuado, a la promoción laboral, al salario o a cualquier otra decisión sobre el empleo. El acoso ambiental, a su turno, es aquel que, sin recurrir al chantaje, genera para quien lo sufre un ambiente humillante, hostil e intimidatorio.

A partir del referente norteamericano, se visibiliza la problemática y se incorpora esta construcción en las aportaciones que van proliferando en el escenario internacional. Así, tanto en el ámbito de Naciones Unidas (ONU) como en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se señala que el fenómeno constituye un problema de salud e higiene en el trabajo y una discriminación basada en el sexo que obstaculiza la igualdad entre hombres y mujeres. Incluso, se entiende el fenómeno como una forma de violencia contra las mujeres.

En este contexto, en 1979 se adoptó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), ratificada por Chile en 1989. El Comité creado en el marco de la misma para supervisar su aplicación, en la elaboración de la Recomendación General No. 19 (1992) señala especialmente como acoso sexual:

¹⁶ Como apunta Lamas “... en Estados Unidos, a principios de los años setenta en plena efervescencia feminista, se empiezan a dar litigios de mujeres que habían sido despedidas del trabajo por negarse a los avances sexuales de sus jefes, así como de otras que habían abandonado sus empleos por esa razón. Dichas denuncias de “sexual harassment se formularon como un tipo de discriminación que violaba la sección VII (Title VII) de la Ley de los Derechos Civiles (Civil Rights Act) de 1964, que prohíbe la discriminación por motivos de sexo y raza” (Lamas, 2018, p. 25).

Comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho. Este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil.

A nivel exclusivamente Interamericano, la Organización de los Estados Americanos (OEA) lo entiende como una forma de violencia contra las mujeres, en lugar de una acción simplemente discriminatoria, como se describe en el texto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). En este instrumento se estipula el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia, definiendo en su artículo 2º el acoso sexual en el trabajo como una de las formas de violencia contra las mujeres y requiriendo a los Estados que impongan medidas legales para proteger a las mujeres del acoso, entre otras formas de violencia. La importancia de la referida Convención radica en que reconoce expresamente la relación que existe entre violencia de género y discriminación, indicando que tal violencia es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres¹⁷, y que el derecho de la mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados¹⁸. Asimismo, pone de manifiesto que corresponde a los Estados asumir el deber indelegable de prevenir, erradicar y sancionar los hechos de violencia en la vida de las mujeres, tanto en las esferas públicas como en las esferas privadas¹⁹, y además, se impone a los Estados el deber de actuar con la debida diligencia para los fines señalados anteriormente, estableciendo mecanismos legales, eficaces y accesibles para proteger a las mujeres que viven violencia²⁰.

Por su parte, en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo el primer precedente fue el Convenio No. 111 (1958), relativo a la discriminación en materia de empleo, que recoge en su artículo 1º el concepto de discriminación en el empleo y la ocupación basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social. Si bien no se trata de un instrumento específico sobre el acoso sexual en el marco de las relaciones de trabajo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT ha condenado el acoso sexual en virtud del referido Convenio, ya que considera que el acoso sexual es una forma grave de discriminación por razón de sexo, que queda comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio²¹.

17 Señala expresamente que "... la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres" (Convención de Belém do Pará, 1994, preámbulo).

18 Convención de Belém do Pará (Artículo 6).

19 Dispone en su artículo 2º, que: "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra".

20 Convención de Belém do Pará (Artículo 7).

21 Así, ha señalado reiteradamente que "el acoso sexual es una forma de discriminación y por lo tanto debe ser examinada entre los

54 Ante la insuficiencia de regulación específica del acoso sexual en el mundo laboral por parte del organismo internacional, en junio de 2019, en la 108ª Reunión de la Conferencia General de la OIT, se aprobó el Convenio Internacional de Trabajo No. 190 sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo (no ratificado por Chile). Este Convenio, acompañado por su Recomendación (No. 206), constituye el primer instrumento que trata la violencia y acoso en el trabajo de forma global e integral, y si bien no define el acoso sexual, lo incluye en la definición de violencia y acoso por razón de género.

En efecto, el referido Convenio establece (artículo 1.1.a) un concepto único sobre violencia y acoso general en el trabajo, que apunta como subgénero a la violencia y acoso por razón de género que, a su vez, incluye al acoso sexual (artículo 1.1.b). Expresamente se señala “a) la expresión “violencia y acoso” en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos o prácticas, ya sea que se manifiesten de una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y b) la expresión “violencia u acoso por razón de género” designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual”.

En el caso del derecho laboral chileno, la regulación jurídica del acoso sexual se encuentra, tanto en las normas que establecen el ejercicio de derechos constitucionales del trabajador en el marco del contrato de trabajo, como las normas legales que regulan un procedimiento de sanción y represión en el Código del Trabajo. Dichas normas, en su conjunto, establecen la sanción y represión jurídica del acoso sexual en el marco del trabajo, en un caso, por la afectación indistinta de diversos derechos fundamentales del trabajador/trabajadora, en otro, por la contravención de la norma legal prevista en el artículo 2 del Código del Trabajo, que instituye la prohibición de acoso sexual, tanto para el empleador, como para los propios trabajadores.

En ese sentido, en la normativa jurídica laboral existen dos niveles distintos y compatibles de regulación jurídica del acoso sexual: las normas de tutela laboral contempladas en los artículos 5 y 485 del Código del Trabajo, y las normas de procedimiento y sanción del acoso de los artículos 2 y 211 del Código del Trabajo.

De las citadas normas se sigue, como veremos, una idea amplia de acoso sexual, y una sanción bifronte del mismo, como conducta lesiva de derechos fundamentales en el marco de la acción de tutela, y como causal de auto-despido en el marco del procedimiento de investigación y sanción prevista en el Código del Trabajo.

requerimientos del Convenio. Por ello, de acuerdo con los requerimientos del Convenio de prohibir la discriminación con motivo de sexo, y de adoptar una política para promover la igualdad de oportunidades y de trato, considera la Comisión que deben adoptarse medidas para tratar el acoso sexual”. (Observación General, Adopción 2002, 91ª reunión CIT, año 2003). En idéntico sentido ver OIT (2012, párrafo 789).

En las normas de tutela laboral, el bien jurídico protegido son los derechos fundamentales del trabajador previstos expresamente en el artículo 485 del Código del Trabajo. En ese caso, dicha lesión constituye un ilícito laboral sancionado con la cesación inmediata del acto o conducta, la reparación integral de los derechos afectados a través de medidas concretas determinadas por el juez, y el eventual pago de indemnización por los daños ocasionados.

Como es fácil advertir, el acoso sexual puede afectar simultáneamente diversos derechos fundamentales protegidos por las normas de tutela laboral. De partida, el derecho a la integridad física y síquica de la víctima (artículo 19 N° 1° de la Constitución)²², eventualmente el derecho a la honra y a la intimidad (artículo 19 N° 4°)²³ y puede constituir un acto discriminatorio (artículo 2 del Código del Trabajo). Asimismo, en determinadas hipótesis el acoso laboral puede traducirse en una intromisión en aspectos relativos a la vida privada del trabajador (artículo 19 N°4 de la Constitución)²⁴.

En el ámbito jurisprudencial, se ha reconocido el carácter pluriofensivo que el acoso sexual puede representar en el espacio del trabajo²⁵. Así, por ejemplo, la jurisprudencia laboral ha señalado, “conforme a la prueba analizada anteriormente, la denunciada ha obrado en forma desproporcionada y arbitraria afectando estas garantías constitucionales fundamentales por excelencia, pues valiéndose únicamente de la potestad patronal y la condición de mujer de la trabajadora, el empleador lesionó de manera gradual, constante y solapada su intimidad, libertad sexual que importa precisamente determinar con quién y en qué momento se desarrolla la sexualidad, y psiquis, al transgredir de manera grave y evidente los límites propios de una relación laboral, profiriendo dichos y realizando actos que al comprometer la dignidad de la afectada, perturbaron paulatinamente su integridad y honra, mermando su autoconcepto, creando inseguridad en su persona y otros perniciosos efectos” (2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-706-2016).

Ahora, como ocurre en el resto de los derechos fundamentales, la acción de tutela se puede ejercer en dos espacios temporales para enfrentar el acoso sexual laboral, esto es, durante la vigencia de la relación de trabajo y al momento del despido.

22 No solo cuando la afectación provenga específicamente del acto sexual, sino también en vulneraciones “al no haber adoptado la demandada las medidas necesarias para garantizar un ambiente de respeto y protección al haber sido víctima de actos de acoso sexual sin que el empleador haya adoptado las medidas tendientes a cautelar su integridad” (Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, Rit T-71-2019).

23 Al respecto se ha señalado “la honra y a la intimidad de la trabajadora, consagrados en el número cuatro del artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, ya que las actitudes desplegadas por el denunciado invadieron su esfera privada y afectó la imagen que ésta tiene al interior del cuerpo docente del establecimiento” (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-132-2014).

24 La jurisprudencia ha precisado, “con él se compromete, además de los indicados, el derecho a la intimidad, puesto que la sexualidad del ser humano es por antonomasia un espacio comprendido dentro de la esfera íntima de cada individuo” (Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Rit T-87-2016). Asimismo, en casos en los que no se adoptan medidas de protección suficientes en la investigación se ha precisado que “con la omisión por parte del empleador de las obligaciones de prevención, denuncia, protección y represión frente al acoso sexual, por lo que se vulnera la garantía de la intimidad de la persona también, ya que éste último por su propia naturaleza constituye una intromisión indeseada en la sexualidad de una persona, en este caso doña XXXX DENUNCIANTE 1, cuestión que se encuentra de la esfera íntima de cada persona, siendo estas conductas permitidas por su empleador, dado su pasividad y falta de procedimiento” (Juzgado de Letras del trabajo de Calama, Rit T-50-2018).

25 En el mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia Administrativa. Al respecto ver: Dictamen de la Dirección del Trabajo (Ord. No. 1133/36, de fecha 21.3.2005).

56 En el primer caso, estando vigente la relación laboral la tutela laboral busca poner término al hostigamiento de que es objeto el trabajador o trabajadora víctima del acoso sexual, por las vías previstas por la ley para el caso de acogerse dicha acción. De partida, la cesación de la conducta de hostigamiento ya sea que provengan del empleador o de los compañeros de trabajo. Y si el acoso se ha materializado en algún acto jurídico referido al trabajador -como una amonestación, traslado, ejercicio del ius variandi, etc.- la ineficacia jurídica de esos actos. Y, además, la determinación de las medidas reparatorias concretas del o los derechos fundamentales vulnerados en el acoso sexual laboral, las que deben tener por objeto restituir el ejercicio de los derechos vulnerados por el hostigamiento.

Asimismo, dentro de la reparación se encuentra -de corresponder- la indemnización del daño moral que el acoso sexual haya causado. Los fundamentos reposan en lo establecido en el artículo 495 número 3 del Código del Trabajo, en tanto expresamente señala que la sentencia definitiva debe indicar las medidas de reparación incluyendo “las indemnizaciones que procedan”, y esas no pueden ser otras que la reparación del daño moral. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que esa procedencia se ajusta a los principios generales del derecho chileno, como es la reparación integral del daño ilícitamente causado²⁶.

En el segundo caso, esto es, en caso del despido, el acoso sexual podrá ser reprimido jurídicamente por la vía establecida en el artículo 489 del Código del Trabajo sosteniendo la vulneración “con ocasión del despido”. De este modo, el despido lesivo por acoso dará lugar a un haz indemnizatorio que incluye una indemnización sancionatoria de 6 a 11 meses de remuneración y las medidas reparatorias que correspondan, además de la reparación del daño moral como explicamos antes.

En lo que respecta a la normativa legal que regula el fenómeno, la Ley No. 20.005 (2005), se establece la prohibición de acoso sexual en el lugar de trabajo, entendiendo por este último “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” (artículo 2º del Código del Trabajo).

26 En un caso de daño moral durante la relación laboral por acoso laboral en contra del Consejo de Defensa del Estado, dicho Tribunal sostuvo: “esta forma de interpretar las normas no es justificada ni convincente, dado que no es posible derivar la exclusión de la indemnización del daño moral bajo el entendimiento que sólo procede indemnizar daños que se encuentren previstos en forma expresa en la ley laboral. Esta forma de comprender el asunto significaría una infracción a un principio fundamental de la responsabilidad civil que se sustenta en la reparación integral de los daños que se les ocasionan a las víctimas. Llevaría al absurdo de impedir la reparación de los daños no contemplados de manera particular por la ley laboral a pesar de que se satisfagan las condiciones de procedencia de la indemnización. Principio que tiene un respaldo constitucional en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, pues de qué valdría la garantía del derecho a la integridad física y síquica si no pudiese ejercerse una acción indemnizatoria que pretenda retrotraer a la víctima, en la medida de lo posible, a la situación más cercana a aquella anterior a la vulneración de su derecho mediante la respectiva indemnización. El planteamiento de la recurrente llevaría a privar a todo trabajador que no haya sido despedido de toda indemnización pecuniaria, aunque haya padecido una vulneración a algún derecho fundamental que le causó daño. Bastaría, conforme este planteamiento, que el empleador cese en el acto lesivo desvaneciéndose los perjuicios ocasionados los que quedarían sin reparación. De ahí que deba concluirse que todo trabajador, haya o no sido despedido, tiene legitimación activa para reclamar la indemnización de los daños que se le hayan ocasionado con independencia si fue o no despedido a propósito de la afectación de su derecho fundamental”; agregando que “la directriz del legislador se orienta a restablecer un equilibrio roto por la conculcación del derecho fundamental, lo que no sólo involucra el cese de la conducta lesiva, sino que le otorga al juez amplias facultades para alcanzarlo, entre las cuales cabe incluir la indemnización de los perjuicios y, en particular, el daño moral. Si uno considerara la tesis propuesta por la recurrente sería inviable cumplir con este cometido, el que entronca en forma límpida con la idea de satisfacción alternativa que cumple la indemnización del daño moral. Si bien nada podrá retrotraer a la víctima al clima laboral cordial anterior [...] la indemnización otorgada permitirá, por equivalencia, paliar el malestar, angustia y padecimientos que significó el acoso y hostigamiento laboral del cual fue objeto, restableciendo el equilibrio perdido” (Corte Suprema, Rol No. 6870-2016).

La normativa en análisis, debidamente incorporada al Código del Trabajo, requiere una posición activa por parte del empleador, ya sea en la prevención, como en la detección y en la sanción de las conductas de acoso sexual. En este contexto es que se obliga al empleador no sólo a introducir en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores (artículo 153 inciso 2° del Código del Trabajo), sino también a regular el procedimiento al que se someterán las partes involucradas y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual (artículo 154 N° 12 del Código del Trabajo).

Un aspecto relevante en el diseño legal de la figura del acoso sexual, es la incorporación al Código del Trabajo de una nueva causal de despido disciplinario y de despido indirecto vinculado específicamente a las conductas de acoso sexual (artículos 168, letra b, y 171, inciso 2°), abriendo, en el caso del despido indirecto, al trabajador afectado, la posibilidad de reclamar del empleador las otras indemnizaciones a que tenga derecho (artículo 171, inciso 3°) y haciéndolo responsable, a su vez, de los perjuicios que cause al afectado si hubiese invocado la causal falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada (artículo 171, inciso final); y, por último, introduce un procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual (artículos 211-A y siguientes).

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

De manera que no sólo resulta sancionable y genera responsabilidad para el empleador su participación en conductas de acoso sexual, sino que también la omisión de cumplimiento de las obligaciones de prevención, denuncia, protección y represión frente al acoso sexual realizado por sus dependientes dentro del ámbito espacial que aquél organiza y dirige. La ley intensifica la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior de la empresa colocando al empleador en una posición de garante de un ambiente laboral digno y de mutuo respeto de los trabajadores. Esta obligación que se atribuye al empleador en materia de prevención y represión del acoso sexual en el ámbito laboral se colige con el deber de protección establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo.

En relación con el acoso sexista, entendido como una forma de discriminación en el trabajo por razón de sexo o género, cabe señalar que el derecho internacional citado, particularmente el Convenio No. 111 sobre la discriminación en el empleo de la Organización Internacional del Trabajo, establece explícitamente el

58 principio de prohibición de la discriminación en el lugar de trabajo. En su artículo 1° señala, “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

El principio de prohibición de la discriminación laboral, a su turno, se encuentra ampliamente reconocido en nuestro orden jurídico interno. La Constitución chilena en su artículo 19, número 16, inciso tercero, dispone que “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”. Esta norma, por lo demás, resulta una manifestación directa del principio de igualdad general, establecido en el artículo 19, número 2, de la Constitución.

Asimismo, la prohibición de discriminación en el ámbito laboral se encuentra recogida en el artículo 2°, inciso tercero, del Código del Trabajo. Esa norma legal señala que “son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”. A continuación, el inciso cuarto precisa que “los actos de discriminación son aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.



III. Concepto de acoso sexual laboral y acoso sexista

3.1.- Acoso sexual y sexista: concepto y elementos

Como acabamos de explicar, en la regulación jurídica del acoso sexual en el derecho chileno, se evidencian dos niveles distintos y compatibles de reglamentación del fenómeno, por un lado, las normas de tutela laboral contempladas en los artículos 5 y 485 del Código del Trabajo; y, por otro lado, las normas de procedimiento y sanción del acoso de los artículos 2º y 211 del Código del Trabajo.

De las citadas normas, se desprende una idea amplia de acoso sexual, y un resultado sancionatorio dual desde la perspectiva jurídica-laboral: como conducta lesiva de derechos fundamentales en el marco de la acción de tutela, y como causal de auto-despido en el marco del procedimiento de investigación y sanción previsto en el Código del Trabajo.

En efecto, desde el punto de vista de las normas que reconocen y garantizan los derechos constitucionales del trabajador en el espacio laboral, es posible determinar una noción de acoso sexual como la conducta de carácter sexual, no deseada, que afecta indistintamente el derecho a la integridad física/psíquica, privacidad, honra y no discriminación. A su turno, desde la noción que el propio Código del Trabajo aporta, se define el acoso sexual como “el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quién los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo” (artículo 2 del Código del Trabajo).

El concepto jurídico amplio de acoso sexual cabe precisar, no solo deriva del material jurídico vigente en el derecho chileno, sino de las reglas de interpretación de las normas de derechos fundamentales, que exigen del juez una lectura y formulación amplia de las mismas, y de las figuras legales -como la del acoso sexual laboral- que median jurídicamente su protección. Todo según el principio pro persona, derivado del derecho internacional y plenamente aplicable al derecho nacional, según ha sostenido la doctrina y jurisprudencia²⁷.

²⁷ La jurisprudencia interamericana lo ha sostenido a partir del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos; esta “ha desarrollado el principio de aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos como derivado del artículo 29.b) y la prohibición de privar a los derechos de su contenido esencial como derivado del artículo 29.a)” (Medellín Urquiaga, 2019, p. 408). A nivel nacional, la Corte Suprema ha precisado, “...se entiende que estas normas, tiene un carácter tutelar de derechos esenciales, de modo que deben ser interpretados “a la luz del principio de progresividad, favor persona o pro homine, que postula que se debe aplicar siempre la disposición más amplia o favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho”, sin establecer restricciones o garantías que dificulten su protección.” (Rol No. 3705-2019). Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que “no corresponde efectuar la interpretación restrictiva a los artículos 485 y 495 del Código del Trabajo, que hace el recurrente, dado que ello no se condice con el tenor literal de dichas normas, ni con el principio pro homine, que en el derecho laboral se traduce en el principio pro operario, que impone no extender restricciones más allá de lo permitido, cuando se deben interpretar normas que protegen derechos fundamentales. Por el contrario, la interpretación debe estar dirigida a potenciar el derecho que se pretende tutelar.” (Rol No. 1096-2015).

60 ¿Cuáles son, entonces, los elementos constitutivos del concepto jurídico de acoso sexual en el derecho laboral chileno?

En primer lugar, el acoso sexual supone la existencia de una **conducta de naturaleza sexual**.

De partida, precisar que la conducta puede verificarse por cualquier medio, esto es, puede adoptar cualquier forma. Así, la jurisprudencia laboral ha precisado que “el requerimiento sexual indebido debe ser entendido en términos amplios y comprende no sólo acercamientos físicos sino cualquier acción del acosador sobre la víctima, a través de cualquier medio, sean estos escritos, correos electrónicos o propuestas verbales” (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No. 4475-2007). En el mismo sentido, se ha fallado que

consiste en incluir situaciones sexuales molestas, proposiciones o presión para actividades sexuales, como así también insistencia para una actividad social fuera de lugar de trabajo, después de que se haya puesto en claro que dicha insistencia es molesta, flirteos ofensivos, comentarios insinuantes, indirectas o comentarios obscenos. (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit 309-2018)

La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, a su turno, ha señalado que “las manifestaciones de acoso sexual pueden expresarse a través de insultos, observaciones, bromas e insinuaciones de carácter sexual o comentarios inapropiados sobre la forma de vestir, el físico, la edad o la situación familiar de una persona; contacto físico innecesarios y no deseados como tocamientos, caricias, pellizcos o violencias; observaciones molestas y otras formas de hostigamiento verbal, miradas lascivas y gestos relacionados con la sexualidad, invitaciones comprometedoras y solicitudes de favores sexuales (Carrasco, y Vega, 2009, p. 21)

Lo relevante en este punto es la naturaleza sexual de la conducta²⁸. Por un lado, hay comportamiento de índole sexual por su carácter libidinoso, dado su propósito de alcanzar un acercamiento carnal o corporal con la o el afectado; y, por otro, por su carácter obsceno, en cuanto producen un entorno hostil o intimidatorio mediante la introducción de elementos sexuales en el espacio del trabajo (Lousada, 2014, p. 6).

De este modo, la jurisprudencia judicial ha puntualizado que

debe tratarse de acciones o comportamientos que excedan de flirteos, tratos amistosos o relaciones amorosas que puedan ser, en general, considerados como normales en un escenario laboral integrado por trabajadores de ambos sexos. Es fundamental para que se configure el hostigamiento que el destinatario o destinataria de estos requerimientos de índole sexual los rechace y no consienta en ellos pues esto determinará el límite de lo que la víctima considera

²⁸ En ese sentido, puede entenderse, en principio, que insinuaciones inofensivas y aisladas como una primera invitación a salir, o preguntas personales como “¿Usted está pololeando?”, no constituyen conductas de carácter sexual. Al respecto ver Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-15-2020. De reiterarse o ser sistemáticas, sin embargo, pueden constituir elementos de una forma de acoso sexista.

aceptable o no. Finalmente, el concepto adoptado por nuestra legislación laboral mantiene la vinculación del requerimiento de índole sexual con sus repercusiones nocivas para la situación laboral de la persona acosada, lo que proporciona el elemento fundamental a ser tenido en cuenta al momento de evaluar a futuro el posible resarcimiento de la víctima. (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-26-2018)

En la misma perspectiva, se ha señalado que

estos hechos ponderados siempre en su conjunto, en su cotidianeidad y reiteración, tienen una clara connotación sexual, pues ciertamente que resulta inaceptable en una relación laboral tener que tolerar por el solo hecho de ser una mujer subordinada, expresiones en relación a su cuerpo, a su apariencia física, insinuaciones afectivas, amenazas de cometer “una atrocidad con ella”, hasta llegar al punto de obtener un beso no deseado, que dejó incluso rastros de saliva en la boca de la acosada, tratándose de actos tan invasivos para la dignidad humana, que degradan incluso la propia autoestima de quien lo vivencia, máxime cuando se carece del reproche y condena efectiva de quienes son los llamados a poner término en una fase inmediata a aquellos, como lo sería en este caso el propio empleador, que en relación al carácter de máxima jefatura detenida por el acosador, se mantuvo hasta la fecha no sólo en una completa pasividad, sino que incluso una negación, (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-706-2016)²⁹

Cabe precisar en este punto, que no es parte del concepto de acoso sexual aquí descrito que dicha conducta sea reiterada o recurrente. Parece obvio, que sea perfectamente posible que el acoso sexual laboral se constituya con una sola conducta por parte del acosador, particularmente cuando se trata de un acercamiento corporal, atendido que en ellos se expresa, en principio, la máxima afectación de la autonomía sexual de la víctima en términos socialmente dominantes³⁰.

29 Cabe hacer presente, que del análisis jurisprudencial se desprende que el alcance e interpretación de la normativa sobre el concepto de acoso sexual resulta en ocasiones restrictivo, particularmente en base a la exigencia del elemento “requerimiento” de la figura del artículo 2 del Código del Trabajo. Esta lectura interpretativa tiene un grave efecto aplicativo: quedan impunes otras conductas en las que, sin haber un requerimiento expreso, importan una agresión de connotación sexual en el ámbito laboral. Así, ante una situación en donde un trabajador se toca el órgano genital encontrándose a solas con una compañera de trabajo sin que nadie estuviera presente se ha precisado que si bien es un episodio con una clara significación sexual, no configura acoso sexual en los términos del Código del Trabajo, “conforme a lo concluido por la Inspección Provincial del Trabajo en orden a que no se puede establecer que haya existido acoso sexual hacia la demandante, no impide atribuir connotación sexual al acto de San Martín pues lo que descarta el ente fiscalizador es la existencia de acoso sexual en los términos del artículo 2 inciso segundo del Código del Trabajo lo que es efectivo ya que no hubo requerimiento sexual hacia la demandante, además fue efectuado por un trabajador sin poder decisorio en la empresa y el acto reprochable es un acto de significación sexual desprovisto de otras condicionantes” (Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, Rit T-71-2019). Esta lectura restrictiva, cabe apuntar, no se ajusta al marco normativo establecido en el derecho chileno, que como ya vimos, trata el acoso sexual como una conducta pluriofensiva de los derechos fundamentales de la trabajadora afectada, exigiendo al juez una interpretación extensiva o amplia, a la luz del contenido protegido de dichos derechos, y del principio interpretativo pro persona ya citado en este informe.

30 En este sentido, la jurisprudencia laboral ha puntualizado “...el artículo 2 inciso segundo del Código del Trabajo, al referirse a requerimientos, no exige que se trate de múltiples conductas, siendo por lo demás innecesario de conductas previas” (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No. 1364-2011).

62 Dicha cuestión parece, desde el punto de vista jurídico, evidente, la afectación del contenido protegido de uno o más de los derechos fundamentales involucrados en el acoso sexual-como la integridad personal, la privacidad, la honra o la no discriminación-, se configura con la sola invasión o restricción ilícita del mismo, con prescindencia de que se trate de una o varias restricciones.

En segundo lugar, los sujetos activos de acoso pueden ser tanto el empleador como compañeros de trabajo, aspecto sobre el que hay consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional.

En efecto, el discurso centrado en la noción unidimensional de poder, la del poder jerárquico masculino, debe ser integrada con la idea de la posición de tensión multidireccional -vertical y horizontal- de los derechos fundamentales en el espacio de trabajo, no siendo una condición indispensable para el acoso sexual, en consecuencia, una situación de sujeción respecto a quien comete la conducta.

Tal como, por lo demás, se ha puntualizado por la jurisprudencia laboral,

pretender que sólo se podría perjudicar la situación laboral de la trabajadora víctima y sus oportunidades en el empleo cuando el sujeto activo del mismo tenga un cargo de jefatura o jerarquía sobre [sic], limitación no prevista por el legislador, máxime si es un punto pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que asimismo pueden ser sujetos activos de este acoso los mismos compañeros de trabajo, lo que se conoce como acoso sexual horizontal. (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit 0-452-2013)

En esa misma dirección, se ha señalado que

el acoso sexual, puede clasificarse, atendiendo al sujeto activo de las conductas en acoso sexual vertical, aquel cometido por el empleador o superior en el puesto de trabajo, en contra de un trabajador respecto del cual existe una relación de subordinación o dependencia y el acoso sexual horizontal, que es aquel que se da entre compañeros de trabajo o colegas que realizan la misma función o se encuentran en el mismo orden jerárquico dentro de la organización. (Primer Juzgado de Letras de Valdivia, Rit 0-17-2018)

De esta manera, se puede sostener que cualquier persona puede enfrentar episodios de acoso sexual en el espacio laboral, sin importar el sexo o el género, o si la persona que comete la conducta de acoso y la víctima no comparten el mismo empleador. Lo que importa -a efectos de la configuración de la figura- es que las conductas reprochables sean cometidas en el espacio de trabajo, ya sea en el mismo lugar de trabajo y/o en la jornada laboral o en actividades próximas o análogas a ellas -fiestas, encuentros recreacionales, seminarios, etc.-, ya que recae sobre el empleador la obligación de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, en virtud del artículo 184 del Código del Trabajo.

La jurisprudencia nacional se ha referido al respecto señalando que

el sólo hecho de no ser dependiente la afectada como se ha sostenido, no hace desaparecer la infracción que justificó el cese laboral, según se fundamentó en el considerando noveno de la sentencia, segundo párrafo, cuando se constata que el acoso se produjo en las instalaciones que compartían en la residencia con motivo de prestaciones de servicios laborales, local que por disposición expresa del N° 1 del Reglamento están destinadas en forma exclusiva para ser ocupadas por los trabajadores de Soquimich, sin que pueda objetarse el hecho que no se encontraba dentro de una jornada laboral justamente por el lugar que ocurrieron. (Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol No. 188-2017)

En tercer lugar, se debe tratar de un hecho o conducta no deseada. Esta exigencia tiene una clara justificación. El deseo del trabajador/trabajadora erradica la condición de afectación de los derechos fundamentales del acercamiento sexual en el lugar de trabajo. Ello porque, como parece evidente, si hay deseo existe un acercamiento lícito, ejercicio de la libertad y autonomía sexual de los involucrados.

En ese sentido, cabe preguntarse **¿Cuál es la conducta exigible a la víctima?**

El deseo sexual no se expresa en silencio, ni en una actitud meramente pasiva, sino que requiere una manifestación verificable. La valoración de este elemento es de la mayor relevancia en el espacio del trabajo. Ese espacio se caracteriza, como ha apuntado la doctrina laboral reiteradamente, por la estructura de poder que lo constituye, lo que supone una situación de riesgo y tensión para el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores, en este caso, de la autonomía y libertad sexual (Ugarte, 2020).

Dicho sometimiento al superior jerárquico y la dificultad de probar efectivamente la existencia del acoso sexual, diseña un escenario adverso para la víctima, lo que explica las diversas actitudes que puede adoptar ante el acercamiento sexual: el rechazo frontal, que probablemente devenga en un acoso laboral³¹, o incluso su despido; o, una respuesta evasiva, silenciosa o reticente a efectos de lograr la desmotivación del acosador y así la supervivencia en la relación laboral.

En este último sentido, el silencio o la pasividad por parte de la víctima no debe ser entendida como deseo o consentimiento para efectos de dar por descartado el acoso sexual, atendido el contexto de sujeción al poder que enfrentan las víctimas en el puesto de trabajo.

Así, parte de la jurisprudencia laboral ha precisado que

31 Al respecto se ha pronunciado la jurisprudencia, al señalar, “Que si bien la prueba permite entender que antes de esta declaración amorosa la conducta del denunciado se puede calificar como normal, dentro evidentemente de un contexto de conquista, lo cierto es que una vez que fue rechazado por la trabajadora, su conducta varió. Las conversaciones por mensajes de texto ya no eran tan amenas, aparecen requerimientos de informes de manera urgente, se producen problemas porque el director decide ver la posibilidad de contratar otra psicóloga, éste demuestra su enojo por lo que otra profesora le habría dicho y que da a entender que conocía su intención para con la denunciante y que está lo había rechazado, aparecen reiterados llamados o intentos de conversar con la denunciante y, en fin una serie de actitudes que demuestran que la relación laboral ya no era la misma y, con ello se debe tener por acreditado el efecto que el artículo 2 del código el trabajo exige para la existencia de un acoso sexual, cual es la afectación en la situación laboral de la trabajadora” (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-132-2014).

64

No puede desprenderse de ese silencio que no haya incomodidad, rechazo o contrariedad, porque es una relación desigual (...) la extrañeza de la defensa sobre la falta de reacción o denuncia de la víctima tiene una explicación que entronca ya con las dificultades que para un trabajador común en posición subordinada y en necesidad de trabajar le significa reclamar por una situación injusta o un derecho conculcado durante la vigencia del contrato de trabajo, escenario inhibitorio que, en el caso, se refuerza por la posición particular de la víctima como sujeto de violencia de género en el encuadre de dualidad de poderes a que se ha aludido. (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-309-2018)³²

En esa perspectiva, no puede tomarse como que existe un consentimiento de la conducta por parte de la víctima cuando ésta haya obtenido ventajas o beneficios laborales por el empleador, si del contexto en que se desarrollen las mismas surge inequívocamente el carácter indeseado del requerimiento (ya sea explícito o implícito en el mutismo ante los requerimientos). Para entender la existencia de reciprocidad, es necesaria la presencia indiscutible de un deseo o aceptación por parte del trabajador. Al respecto, se ha postulado que

evidentemente, la actora fue objeto de acoso sexual durante el curso de su relación laboral. No desvirtúa lo anterior el que la actora recibiera beneficios personales como préstamos personales y pasajes aéreos y otras prebendas. En primer lugar, ellas aparecen según el historial de conversación bastante después del inicio del coqueteo que conduce el Señor S. a la denunciante. No transforman en legítimo lo que nace espurio. En segundo lugar y en la lógica de sobrevivencia en una relación laboral es claro que el trabajador o trabajadora afectada pueden ver como una forma de morigerar o de sortear mejor una realidad que se avizora compleja; sin que ello lo transforme en una relación utilitaria o derechamente un intercambio de otro tipo. (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago ha señalado, Rit T-1527-2018)

En este contexto, no es correcto el entendimiento de conceder un valor de aceptación de la conducta de acoso ante la inacción o tolerancia de la víctima. Así, resulta cuestionable el razonamiento como el que expresa el 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago:

nuestro legislador entiende que ella hace inviable la mantención de la relación laboral entre las partes, por lo que no se comprende que exista un acoso sexual entre trabajador y empleador y que la relación laboral se mantenga, dado que ello implica, en la práctica, que el “abusado” consienta en seguir sufriendo esta conducta, siendo de la esencia del acoso sexual la falta de consentimiento de quien lo sufre, por lo que al no haberse invocado la acción como causal de término por la parte demandante, la misma debe ser rechazada, por no concurrir los presupuestos de procedencia de la misma.(Rit O-404-2017)

32 En el mismo sentido, es jurídicamente erróneo culpar a la persona acosada de lo sucedido en los casos en los que su carácter es desinhibido, o su vestimenta provocativa, lo que no debe interpretarse como una forma de deseo o aceptación del acercamiento sexual en el trabajo. Así lo ha expresado la jurisprudencia en forma precisa, “en el evento que la demandante tenga una personalidad extrovertida y que haya respondido a las expresiones del administrador en los mismos términos suyos- hecho y circunstancias que no están acreditadas conforme al mérito de la prueba que se pondera por las razones anotadas- ello no es significativo de una aceptación tácita de los requerimientos de índole sexual o de connotación sexual” (Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Rit T-87-2016).

Por último, la conducta sexual no deseada debe afectar uno o más derechos fundamentales del trabajador/trabajadora. Como dijimos antes, el acoso puede ser una conducta pluriofensiva de derechos fundamentales de la víctima, siendo especialmente relevante, el derecho a la integridad física y psíquica, la privacidad, la honra y el derecho a la no discriminación³³.

Como es obvio, la integridad física/psíquica se ve afectada tanto en el sentido de la corporalidad de la trabajadora/trabajador que es objeto de pretensiones lascivas no deseadas, como su estabilidad afectiva y emocional, que son los intereses jurídicos protegidos por el derecho a la integridad física y psíquica del artículo 19, número 1 de la Constitución.

Adicionalmente, el acoso sexual laboral comúnmente invadirá espacios vitales sobre los que la víctima tiene una expectativa legítima de privacidad, ya sea su espacio corporal, como otras zonas de su intimidad en el lugar de trabajo, tales como vida personal o afectiva, etc.

En no pocos casos, además, el acoso afectará la honra de la víctima, ya sea porque la conducta sexual indeseada que la constituye puede lesionar la valoración propia, expresada en la imagen que cada uno tiene derecho a moldear y diseñar ante sí mismo, como de la valoración que pretendemos frente a terceros. Asimismo, el acoso sexual puede representar una vulneración del derecho a la no discriminación en el empleo, ya que, en buena parte de los casos, el acoso en el trabajo de índole sexual estará explicado por el género de la víctima, lo que supondrá una contravención a la prohibición de trato negativo basado en un criterio socialmente disvalioso, como el sexo o el género.

Esta afectación de derechos fundamentales tiene, a su turno, su expresión en la normativa legal -en los términos propios del momento de la dictación de la Ley No. 20.005-, al exigir que las conductas constitutivas del acoso amenacen o perjudiquen la situación laboral. Así, en lo que dice relación con las consecuencias del acoso sexual, se ha previsto por la ley una esfera de protección amplia que va más allá del perjuicio concreto³⁴, considerando igualmente como constitutivas de acoso las conductas que amenacen la situación laboral de la víctima³⁵. En idéntico sentido, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo ha señalado que se configura la conducta de acoso sexual no sólo cuando la

33 En una interesante reflexión, parte de la jurisdicción laboral ha señalado que "evidentemente la definición debe ser comprensiva de situaciones en que el requerimiento sexual, la amenaza a la libertad sexual no es directa, burda, sino que también respecto de aquellas más sibilinas, sutiles que como en el caso de autos comienzan con expresiones afectivas románticas (que en un cuadro de normalidad deberían desembocar en un encuentro sexual tarde o temprano y por lo tanto son implícitas, consustanciales a ella) que se pueden considerar como leves, hasta la invasión del espacio físico y el uso de la fuerza o sorpresa para la obtención de una satisfacción erótica, sexual, que son las que se sugieren ocurridas en septiembre de 2017. La reglamentación del acoso sexual es un mecanismo protector de la libertad individual, de la dignidad de los trabajadores y en especial de las trabajadoras y por ende su concepción debe ser lo más amplia posible, lo más protectora del derecho o garantía en cuestión. Es decir, pro cives" (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-1528-2018).

34 En efecto, el mero riesgo es suficiente para configurar este elemento, "estando acreditado además que estos requerimientos sexuales habrían perjudicado negativamente la situación laboral de la trabajadora y la prestación de sus servicios, sin que en caso alguna para estimar la concurrencia de esta figura se exija la afectación efectiva de la situación laboral de la trabajadora, bastando con que la víctima se represente un riesgo en su estabilidad laboral y oportunidades en el empleo, por lo cual los hechos señalados en la carta de termino de contrato se estiman acreditados y revisten sin lugar a dudas la gravedad suficiente..." (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit O-452-2013).

35 Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Rit T-94-2015.

66 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 empleo³⁶.

Esta distinción –que será analizada en el apartado siguiente en profundidad– ha sido recogida por la jurisprudencia judicial, al destacar que, a partir del acoso sexual soportado por la víctima, se produce un ambiente laboral incómodo o intimidante para ella³⁷, situación que también resulta reprochable desde la norma legal citada.

Por último, cabe referirnos al acoso sexista en el trabajo, que, como dijimos, comparte la ilicitud laboral del acoso sexual por idéntica razón jurídica: la afectación de derechos fundamentales de la trabajadora víctima, particularmente el derecho a la no discriminación.

El mismo debe ser entendido como “una forma de acoso ambiental que parece estar motivado por hostilidad hacia las personas que violan los ideales de género más que por el deseo de quienes las conocen” (Berdahl, 2007, p. 425). De ahí que una forma correcta de describirlo sea como un hostigamiento que se constituye por conductas cuyo sentido o resultado es la generación de un ambiente laboral hostil u ofensivo, a través del desprecio hacia una o más personas en razón a su género.

Precisamente en esa dirección –la del acoso sexista como forma de discriminación–, ha comenzado a transitar la escasísima e inaugural jurisprudencia laboral sobre el punto. De este modo, frente a un acoso que combina la sexualidad con el sexismo, la judicatura reflexiona en estos términos:

Esa relación de asimetría entre el jefe y las subalternas queda de manifiesto por cuanto quien tenía el poder de dirección, administración y control del trabajo que debían realizar las actoras, era el denunciado XXXX, encontrándose ambas en una relación de subordinación o dependencia desde el punto de vista laboral, pero además en dicha relación de poder se ven involucrados aspectos de género, en cuanto se confunde la autoridad empresarial con la ejercida culturalmente por el hombre en distintos ámbitos uno de los cuales es el laboral-, pasando a ejercer ese control de la organización de manera que patrones culturales, estereotipos, formas de relacionamiento influyen en él y finalmente terminan siendo tratos violentos o discriminatorios que sufren las víctimas. Por ejemplo, el tratamiento de “mijita” que el denunciado admite, aunque no le da significado despectivo, por cuanto normaliza ese trato considerándolo “sólo una forma de expresión”, en consecuencia que dicho trato denota una mirada condescendiente y un exceso de cercanía, incluso hasta se le considera una expresión de “cariño”, pero lo diferente es que se da en una relación que no es de afecto, por el contrario, es de desigualdad, pues la actora no tiene idéntica posibilidad de tratar al denunciado de igual forma, tratamiento que además trasluce una relación de superioridad del emisor, por cuanto podemos afirmar que resulta socialmente aceptado tratar de mijita a la empleada o a la secretaria, pero no se adopta el

36 Ord. No. 1133/36, de fecha 21.3.2005.

37 Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, Rit T-20-2015.

mismo tratamiento si la mujer fuera la jefa y el hombre el empleado. Dicho trato además, disgustó a la actora, al punto de pedirle a XXXX DENUNCIADO que deje de tratarla así”, para terminar condenando al empleador por “discriminación en razón de su condición de mujer por parte de su jefe directo y frente a actos de acoso laboral” (Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT T-1370-2017).

3.2.- Tipos de acoso sexual en el trabajo y hechos constitutivos (elementos de prueba) de los mismos

Como ya se explicó antes, cabe explicitar la línea que diferencia el acoso sexual de las conductas de acoso sexista (o de género). Ambas figuras, si bien comparten el carácter de ilícito laboral por su condición de conductas lesivas de derechos fundamentales de la víctima, se distinguen una de la otra en cuanto a su contenido.

Mientras las conductas que constituyen acoso sexual son expresión de la sexualidad o del deseo de esta índole hacia una trabajadora/trabajador que no desea dicha pretensión, caracterizada, como dijimos, por su carácter libidinoso u obsceno (por ejemplo, acercamientos corporales, tocaciones, propuestas, declaraciones o gestos lascivos), las conductas sexistas son aquellas cuyo sentido es un desprecio a las trabajadoras basadas en estereotipos de género que se manifiestan a través de comentarios, bromas o puntos de vista misóginos que afectan el espacio laboral y representan una forma de discriminación.

El acoso sexual puede asumir dos formas: el hostigamiento y el acoso ambiental³⁸. El hostigamiento, por una parte, es el acercamiento no deseado de naturaleza sexual, que se presenta como una exigencia para un trato laboral favorable, o como forma de someter a un trato lascivo a la víctima. El acoso sexual ambiental, por otra, comprende aquellas conductas de naturaleza sexual que interfieren con la capacidad de la persona para hacer sus tareas a través de la creación de un ambiente de trabajo intimidante y hostil.

Esta distinción ha sido recogida por la jurisprudencia laboral nacional, la que ha precisado que

nuestra legislación prohíbe expresamente el acoso sexual ambiental, permitiendo que los trabajadores desarrollen sus labores en condiciones adecuadas, sancionando aquellas conductas lesivas que incluso pueden no tener un correlato pernicioso en la remuneración, promoción o permanencia del trabajador, pues igualmente en último término producen efectos no deseados por el receptor o destinatario del hostigamiento. (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No. 961-2019)

38 Las fronteras de estas figuras conceptuales son, llevadas a los hechos, lábiles. Así, una puede dar lugar a la otra y viceversa. En ese sentido, se ha precisado “que las conductas demostradas en el proceso examinadas conforme al concepto de acoso sexual ya visto, se estima que califican como conductas reiteradas de acoso sexual en el marco de una relación jerárquica, también llamado acoso coercitivo o quid pro quo y en cuanto tales conductas han ocurrido en el espacio de trabajo, dicho trato que va de jefe a subalterna, es decir, en una relación de verticalidad terminó conformando además un ambiente de trabajo antagónico y desfavorable (acoso ambiental) en el que a las denunciadas no les queda más alternativa que soportar el trato degradante y asumir las consecuencias de no adoptar una posición de tolerancia frente al trato recibido” (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-1370-2017).

68 En igual sentido, “se infiere que la legislación actual regula ambos tipos de acoso, al emplear la expresión que amenacen o perjudiquen su situación laboral o su oportunidad en el empleo” (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-132-2014). A su turno, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo ha sostenido 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. (Dictamen Ord. 1133/36, de fecha 21.3.2005)

3.2.1.- El hostigamiento sexual laboral

Esta forma de acoso sexual puede incluir el chantaje -denominado “quid pro quo”- o el acercamiento sexual indeseado.

En el caso del primero, se incluyen amenazas sexuales o sobornos que condicionan el empleo o son utilizados como base para las decisiones laborales como la obtención de determinadas ventajas, para mantener las que ya se disfrutaban, o para evitar una situación desventajosa. En efecto, el sujeto que comete la conducta, situado en una posición de mando, condiciona una decisión en el ámbito laboral (la contratación, la determinación de las condiciones de trabajo o el despido) a la respuesta que la víctima dé en el ámbito sexual. Así, se ha identificado que la nota definitoria de esta forma de acoso radica en que se trate de “exigencias sexuales de un superior, condicionándose a su aceptación, la obtención de determinadas ventajas laborales para la víctima” (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-914-2019).

En el caso del acercamiento sexual indeseado, no existe un chantaje sobre la víctima para que evite un trato laboral perjudicial u obtenga un beneficio por una prestación sexual, sino que hacer de ella un objeto directo de un comportamiento lascivo.

No obstante la calidad polimórfica del hostigamiento sexual ya apuntada en este informe, es posible relevar las principales conductas que, en la jurisprudencia laboral nacional que se cita, han sido consideradas formas constitutivas del mismo. Y que, además, sirven -desde el punto de vista de su enjuiciamiento- como elementos de prueba de dicho ilícito:

a) Propuestas verbales o insinuaciones de contenido sexual

- “Las propuestas verbales y los mensajes telefónicos forman parte de la posibilidad de acoso prevista por el legislador, y su contenido revela una intención de acercamiento sentimental con connotación sexual. En una ocasión el trabajador le insinúa una fantasía sexual con ella, en tanto que por mensajes telefónicos alude a nalgadas y besos y, en otro, derechamente le propone hacer un cuerpo pintado.” (Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Rit T-94-2015).

- "Que si el denunciado se hubiera limitado a tratar de conquistar a la denunciante y haber cesado en sus intentos una vez que ésta lo rechazó, muy probablemente no existiría reproche alguno y todo quedaría en el ámbito de una situación consentida. Sin embargo, como el denunciado no respetó la voluntad de la trabajadora y abusando de su posición de poder alteró las condiciones laborales que tenía hasta la fecha, la conducta de acoso sexual se configuró ya que: 1.- La declaración amorosa a una trabajadora casada implica una propuesta de carácter sexual; 2.- Esta propuesta y sus consecuencias no fueron consentidas por la trabajadora; y 3.- Se produjo un menoscabo para la trabajadora al transformarse en hostil el ambiente laboral." (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, T-132-2014).

- "Que, en la especie se configuran conforme a los hechos acreditados las conductas constitutivas de aquél, efectuando insinuaciones el funcionario de la denunciada a la demandante tanto por vía telefónica como presencialmente." (Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, T-50-2018).

- "volvió el entorno laboral de la demandante, intimidatorio, hostil, negativo, amenazante para ella, cometiendo sendos actos de connotación sexual, consistentes entre otras cosas, en miradas, invitaciones a salir, solicitudes expresas de requerimientos sexuales, intentos de besarla a la fuerza, tocaciones en los pechos y glúteos sobre la ropa" (Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-12-2015).

- "Que las sutilezas a las que se enfrentan los tribunales, en el ámbito de la calificación de los comportamientos que pueden generarse en materia de acoso sexual, entonces, resultan innumerables y exigen un examen múltiple, integral y coherente de las circunstancias fácticas del caso, muy lejano a una ponderación aislada. Así, en la especie, los sentenciadores razonan ya no solo en torno a una conversación o una fotografía sacada de manera furtiva, sino al contexto conformado por los acercamientos que persisten la reticencia y clara desatención de la receptora, el acoso visual y fotográfico, los mensajes y amenazas a través de terceros, e incluso, los malos tratos exteriorizados de manera verbal y corporal cuando la conexión de los servicios de ambos involucrados origina instancias en que el buen desarrollo o término de las tareas de uno dependen del otro; todos aspectos tocados por cada una de las pruebas allegadas a los autos, especialmente las investigaciones llevadas a efecto por la empresa y la autoridad administrativa." (Corte Suprema, Rol No. 3500-2010).

- "Las propuestas verbales y los mensajes telefónicos forman parte de la posibilidad de acoso prevista por el legislador, y su contenido revela una intención de acercamiento sentimental con connotación sexual. En una ocasión el trabajador le insinúa una fantasía sexual con ella, en tanto que por mensajes telefónicos alude a "nalgadas" y "besos" y, en otro, derechamente le propone hacer un cuerpo pintado." (Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Rit T-94-2015).

b) Los contactos físicos indeseados

- "Las cuatro testigos que presenta la denunciada relatan la existencia del requerimiento constante de abrazos y besos como protocolo de saludo en la empresa por parte del actor (sin que se probara por el denunciante que esto era parte de la cultura corporativa); que en ocasiones estos, como relata la testigo Sánchez, se acercaban a la comisura de los labios, de la boca. Que además el actor prodigaba invitaciones

70

a almorzar y cenas sin un propósito laboral; que el actor además ejecutaba tocamientos consistentes en tomadas de mano, de brazo y de pierna en su auto, principalmente." (1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-1774-2018).

- "...tociación en una zona erógena, no deseada, en el ámbito del trabajo, que generó obviamente desagrado y vulneró la integridad psicológica, el derecho a no ser discriminada y el derecho a la intimidad y, por ende, un acoso sexual, en materia laboral" (Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, I-146-2018).

- "En el caso se dan todos los elementos de la definición legal. Existe un requerimiento de carácter sexual, que consiste en la tociación de las partes íntimas de la víctima" (Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, Rit T-92-2017).

- "doña XXXX, realizó requerimientos de carácter sexual en perjuicio de doña XXXX, primero la acometió físicamente, la forzó, con un beso en la boca, y luego le requirió iniciar y mantener relaciones sexuales, además de acercarse a ella con un comportamiento lascivo. Tales acciones las perpetró en el lugar de trabajo y fuera de éste." (Juzgado de Letras del Trabajo de Arica, O-45-2020).

- "fue acosada sexualmente por el administrador del local en que trabajaba, mediante diversas y variadas conductas de connotación sexual no consentidas tales como el roce de sus manos en su cuerpo, la fricción de la zona pélvica del agresor con los glúteos de la agredida aprovechando la estrechez física de la zona en que se encuentran ubicadas las máquinas de café, el forzamiento para intentar besarla, la irrupción repetida en la zona de vestuarios y el fisgoneo mientras se vestían en ese lugar y usaban el baño, aprovechando una condición deliberadamente dispuesta y mantenida de visibilidad a través de puertas vidriadas en este último lugar. Las conductas fueron a diario, se insertaron en el marco de un acoso siempre rechazado manifiestamente con gestos de incomodidad y palabras por la demandante y fueron acompañadas por ofertas desembozadas para tener relaciones sexuales con él a cambio de prebendas bajo su disposición (mejorar su posición para percibir más propinas trasladándola al turno de mañana) o directamente dinero. Asimismo, las conductas descritas fueron acompañadas regularmente de un lenguaje y gestos obscenos (entre ellos asimilar su pene a una corrida de tazas dispuestas en un mesón) y alusiones vulgares a su persona frente a la clientela (tratamiento de "cuñadita" a hermana de Kebby y referencia a la ofendida como "carne de su propiedad" (2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-512-2016).

c) La utilización insistente y reiterada de términos humillantes de connotación sexual o expresiones fuera de lugar

- "Se han entendido como graves, el actor utilizaba un lenguaje inapropiado, haciendo alusiones físicas a las denunciantes y también a otras trabajadoras (como se comprobó posteriormente), adicionalmente en el hecho que el señor XXXX en varias oportunidades tuvo acercamientos físicos, como, por ejemplo, agarrando por la espalda y aprisionando contra su voluntad a la señorita XXXX o acercándose a la señorita XXXX para decirle que le gustaba su perfume, sin contar, que incluso una de las testigos declaró haber sido besada a la fuerza por el actor." (Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia, Rit T-66-2019).

- "las conductas que ha tenido el Sr. XXXX con su compañera de trabajo Sra. XXXX, se califican como acoso sexual, dado que ésta última debió sufrir que aquel le pidiera insistentemente su teléfono; que comentara en forma irrespetuosa con compañeros de trabajo sobre su físico y sobre sus intenciones para con ella al decir que "no se iba a escapar antes de que terminara la temporada porque la iba a comer"; miradas incómodas de parte del trabajador demandante; que le dijera que se excitaba cuando ella cumplía su labor de pasar el rodillo por su vestimenta y que le dijera finalmente que era una amargada atribuyendo ello a su falta de actividad sexual, utilizando para ello términos soeces." (Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, Rit T-30-2015).

- "Muchas de las expresiones reiteradas del Dr. XXXX en los mensajes de WhatsApp que contienen intercambio de información sobre pacientes de la UPC, son alusivas a la esfera íntima, personal, atributos físicos de la Dra. XXXX, incluyendo el envío de una fotografía de ella extraída por él de la página de Facebook de la actora (ver infra, forma y oportunidad en que jefe accede a esa red social de la actora). Aluden a expresiones generales sobre las características e inconvenientes de las relaciones sentimentales de los hombres (en genéricos; o respecto de hombres "viejos" como él) con "mujeres como ella" Denotan opiniones sobre cómo debería vestirse, especula sobre cuáles son sus medidas anatómicas, le hace saber sobre comportamientos propios y de terceros relativos a la observación regular de la doctora y comentarios sobre el atractivo que ella genera en otros. La invita a sentarse en sus piernas en una coyuntura especial (con ocasión de una fiesta de organización), despliega acciones en que, desde su posición jerárquica, gestiona ventajas (cambio de turno para poder asistir a una cena institucional), comenta su aspecto físico relacionándolo con dificultades para tomar decisiones relativas a su persona (despido), haciéndole ver de paso su posición jerárquica en la organización de la cual depende el empleo de la doctora y su contratación futura (supeditación de su conducta subordinada a las insinuaciones del jefe a un beneficio o perjuicio laboral futuro)." (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-309-2018).

- "Que el 1 de agosto de 2018 asume como jefe de tienda XXXX, quien asumió un trato inadecuado e inapropiado con las mujeres, a quienes trataba de "amor", "corazón", negrita, la miraba con cara libidinosa, lo cual le provocaba una sensación de asco y rechazo hacia él, le miraba el trasero, una vez en un partido de fútbol, al celebrar un triunfo, se abalanzó sobre la actora la abrazó, haciendo caso omiso a su solicitud de que depusiera su actitud con ella. Otra vez le dijo "oye flaca, te ves hot con lentes", comentario que no se puede interpretar sino que como una frase de explícita connotación sexual." (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-59-2019).

72 3.2.2.- Acoso sexual ambiental

Por su parte, el acoso sexual ambiental en el trabajo se caracteriza por conductas de carácter obsceno, que buscan o producen un entorno hostil o intimidatorio en el espacio del trabajo³⁹.

En este caso, la configuración de la conducta no está asociada a una promesa o amenaza de consecuencias favorables o desfavorables en las condiciones de trabajo, o a un acercamiento indeseado con pretensiones lascivas, sino que a un espacio laboral trufado de intimidaciones, ridiculización, insultos u otros actos obscenos que generan un ambiente hostil y humillante que puede afectar a las trabajadoras y trabajadores que forman parte del mismo⁴⁰. Así lo ha indicado la jurisprudencia al definirlo como

conducta de hostigamiento sexual que produce para la víctima, un entorno laboral humillante u hostil, sin necesidad que se ofrezca alguna ventaja laboral, por ejemplo, bromas reiteradas de orden sexual en el ambiente de trabajo, uso de lenguaje impropio y ofensivo, requerimientos para usar ropa insinuante, entre otros. (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-914-2019)

En idéntico sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago precisa que este tipo de acoso

se caracteriza por la existencia de un entorno laboral cargado, es decir situaciones en que el trabajador/a se siente incómodo en su ámbito laboral como consecuencia de las continuas referencias sexuales de las que es objeto y la consecuencia que tiene lugar es que la conducta del acosador incide en el medio ambiente o entorno laboral. (Rol No. 7488-2009)

Se trata de conductas que, en todo caso, pueden provenir, tanto de una jefatura o alguien que detente poder dentro del ámbito de la empresa, como parte de un compañero de trabajo. A modo de ejemplo,

se daría los presupuestos de un acoso sexual ambiental u horizontal, toda vez que el señor XXXX DENUNCIADO trabajaba en el área de seguridad igual que la demandante, conocía los horarios de ella y los demás compañeros, por lo que buscaba los cambios de turnos para acercarse a ella sin que se encontraran otros guardias en el lugar, a la vez la amenazaba con el hecho que si ella contaba nadie le creería, por la antigüedad laboral que él tendría; los requerimientos de carácter sexual se hicieron en el lugar donde la trabajadora desarrollaba sus labores, específicamente la sala de monitoreo, volviendo su entorno laboral intimidatorio, hostil, negativo para la demandante. (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-935-2012)

39 Así lo ha entendido, por ejemplo, el Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, "cabe destacar que a raíz, de este acoso la trabajadora vio perjudicado el ambiente laboral al tornarse éste intimidante para ella, pues relató durante el juicio que prefería alejarse de la mesa de trabajo del actor, tratando de no pasar por ahí; que ya no podía trabajar tranquila..." (Rit T-30-2015).

40 En este sentido, el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción ha precisado "el ambiente hostil y humillante de trabajo, como ocurre en este tipo de acoso, importa indefectiblemente una lesión o perjuicio a la situación laboral de la víctima que constituye 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" (Rit T-94-2015).

En el caso del acoso laboral ambiental han sido consideradas por la jurisprudencia nacional, como conductas relevantes en la constitución y acreditación de éste, las siguientes:

- "Las conductas demostradas en el proceso y escrutadas a la luz del marco conceptual delineado precedentemente, califican sobradamente como conductas reiteradas de acoso sexual en el marco de una relación jerárquica (acoso *quid pro quo*) y en cuanto se verifican en un espacio de comunicación regular creado principalmente para el intercambio de información profesional en el ejercicio de las labores regulares que involucra a los médicos de la Unidad en que labora la víctima, exorbitan la esfera del chantaje y trato degradante proferido únicamente de manera vertical por el ofensor hacia la víctima, configurando también un ambiente de trabajo hostil (acoso ambiental) en el que sus pares toleran, interactúan, posibilitan y reproducen el escenario degradante en que se manifiesta la dualidad de poderes que se despliega situando a la Dra. XXXX como víctima." (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-309-2018).
- Se señala la existencia de un ambiente laboral "altamente sexualizado", propiciado e impuesto por el administrador del establecimiento, quien hizo continuos requerimientos de índole sexual a la actora, siendo no consentidos por ésta. No siendo significativo que la demandante haya sido extrovertida y haya respondido los decires y bromas de índole sexual" (Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Rit T-87-2016).
- "debe reconocerse que la conducta del denunciado, si bien ha sido ilegal acorde lo ya razonado, no ha sido de una gravedad suficiente para estimar que ha existido aquí un chantaje sexual en los términos de condicionar la permanencia de la trabajadora o sus condiciones laborales a ofrecimientos sexuales. En otras palabras, no se está frente al acoso *quid pro quo*, sino frente a un acoso sexual ambiental, porque lo que ocurrió frente a la negativa a aceptar la proposición amorosa del denunciado es que las condiciones de trabajo de la actora se volvieron hostiles y eso determinó el daño que invoca." (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, T-132-2014).
- "Que en consecuencia, del modo en que se ha ponderado la prueba aportada por la parte demandante y conforme a las reglas del alivio probatorio de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 493 del Código del Trabajo a este Tribunal se le generó una sospecha fundada de que existió lesión del derecho a la integridad psíquica, al derecho a la protección de la vida privada y honra de la demandante, y al derecho a no ser discriminada en razón de su sexo (el énfasis es propio), por cuanto que del mérito de la prueba aportada se develó la existencia de un clima laboral sexualizado propiciado e impuesto por la conducta del cónyuge de la demandada y administrador de su establecimiento comercial Minimarket XXXX constitutivas indiciariamente de acoso sexual y que dicha conducta no fue consentida por la demandante quien se encuentra afectada en su salud mental a causa de un cuadro depresivo." (Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Rit T-87-2016).
- "...se descubre un trato inadecuado del demandante hacia a lo menos 4 otras trabajadoras del local en que prestaba funciones, con preguntas íntimas, insinuaciones, propuestas de naturaleza íntima, configurando lo que se entiende como un acoso laboral ambiental." (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-3690-2019).

74 3.2.3.-Acoso sexista

Por último, el acoso sexista según dijimos antes, difiere del acoso sexual en cuanto a que se materializa a través de la reiteración de conductas que formulan un desprecio hacia las trabajadoras, posicionándolas en un plano de inferioridad y/o cosificación. En rigor, en ese sentido, se trata de prácticas al interior de la relación de trabajo que se estructuran sobre una jerarquización entre los sexos⁴¹.

Se expresa de diferentes maneras, pudiendo materializarse a través de conductas verbales, pero también de actos corporales. Así, por ejemplo, gestos, comentarios, expresiones o chistes desde una lógica que da por sentado que una mujer está en una situación de inferioridad y falta de autonomía respecto del hombre. O bien conductas que sitúen a la mujer en una situación cosificante, como algo que puede ser apresado, un objeto de deseo, adoptando la mujer el rol pasivo, de tolerancia o silencio.

Las conductas descritas caben conceptualizarse como conductas discriminatorias en función de la condición de mujer de la víctima. A dicha conclusión se ha referido la jurisprudencia, al sostener que el acoso sexual en tanto ilícito pluriofensivo tiene la potencialidad de lesionar varios derechos fundamentales, entre ellos el de no discriminación,

al desplegarse conductas que exteriorizan la concepción de la mujer en un rol subordinado en razón de su condición de mujer, en que solo por el hecho de serlo se entiende normalizado que sea objeto y foco de asedio sexual...". Así, resultan reprochables las siguientes prácticas al interior de la relación de trabajo "emite expresiones groseras y altamente ofensivas sobre otras profesionales del Hospital con ocasión de lo que se describe sería un incumplimiento a hacer una atención ("así son estas maracas cul..."). Envía chistes y memes sexistas, en los que predomina una visión degradante del sexo femenino. A modo de ejemplo: la referencia a edad de mujer y whisky (mujer como objeto sexual y relación de poder masculino sobre femenino), meme sobre analogía de mujeres y huracanes (mujer denigrada en su trato y adscrita a estereotipo complementario al hombre y asignada al espacio doméstico). Alusión ofensiva a un paciente, al que califica de "mujercita" lo que da cuenta de la adscripción de un atributo peyorativo asociado a la condición de mujer, al tiempo que resulta indiciario de una percepción homofóbica, la que debe aunarse al reconocimiento en estrados de haber proferido en alguna oportunidad expresiones en tono de burla sobre la homosexualidad. (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-309-2018)

41 Como se ha sostenido dicho acoso es manifestación sexual de poder "en donde ese "poder" es derivado del modelo sociocultural que legitima las diferencias históricas entre hombres y mujeres" cuestión derivada "de un esquema de "organización social patriarcal", en donde se puede explicar esta situación de violencia sobre todo por el poder y el privilegio de los hombres sobre las mujeres" (Camacho, 2018, p. 523).

IV. Procedimiento de investigación acoso sexual, garantías y estándar de prueba

4.1.- Investigación del acoso sexual: derechos fundamentales y proporcionalidad

El procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual en los lugares de trabajo se encuentra, como ya dijimos, regulado en el Código del Trabajo, en las normas contenidas en el Título IV, Libro II, artículos 211-A y siguientes.

De partida, cabe señalar de dicho procedimiento algunas consideraciones generales. Primero, no equivale a un procedimiento judicial; y segundo, se establecen garantías para los involucrados -víctima y victimario-. Dichas garantías operan desde una doble perspectiva: las mínimas de procedimiento desde un punto de vista legal y las derivadas de los derechos constitucionales de los trabajadores involucrados.

En efecto, el procedimiento de investigación no es, en sentido jurídico, un procedimiento judicial, ni tampoco uno administrativo. Se trata de un procedimiento establecido al amparo de la relación laboral regulada por el derecho, ejecutado por el empleador en calidad de tal, respecto de trabajadores con los que mantiene una vinculación de trabajo.

La principal consecuencia de lo anterior es que ni el Código del Trabajo en la regulación procedimental citada, ni las normas que establecen el ejercicio de derechos fundamentales en el marco de la relación laboral, contemplan la exigencia de un debido proceso en sentido técnico-constitucional, entendido como una garantía constitucional operativa respecto de las actuaciones judiciales.

Lo anterior no significa, obviamente, que los involucrados en dichos procedimientos carezcan de garantías que los protejan. Existen dos formas de protección de los afectados desde el Derecho del Trabajo, ya en calidad de victimarios o víctimas, y que operan como estándares jurídicos que de no satisfacerse tornan en ilícito el procedimiento respectivo.

Por un lado, el procedimiento del empleador debe sujetarse a las garantías legales determinadas en el Código del Trabajo. Y, por otro, el procedimiento no debe afectar los derechos fundamentales de los trabajadores involucrados -ni de la víctima ni del victimario- en el marco de las normas de tutela laboral.

Veremos a continuación cada una de las dimensiones señaladas.

A) Procedimiento y garantías legales:

Tal como fue referido con anterioridad, la ley obliga al empleador a introducir en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores (artículo 153, inciso 2° del Código del Trabajo), y además, se establece expresamente que el contenido del mismo deberá incluir el procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual (artículo 154, N° 12 del Código del Trabajo).

76 Las medidas y procedimiento que la Ley prescribe al empleador están establecidas en el artículo 211 del Código del Trabajo, siendo sus etapas las siguientes: denuncia escrita, adopción de medidas de resguardo, investigación y aplicación de medidas y/o sanciones.

Así, el procedimiento de investigación se inicia con la presentación de un reclamo escrito por parte de la víctima del acoso sexual. La misma podrá presentarse -a elección de la trabajadora o trabajador afectado- ante la Inspección del Trabajo o ante la empresa.

Al respecto, la jurisprudencia ha entendido que esta exigencia formal requerida para provocar la intervención del empleador pierde relevancia a la hora de analizarla desde la perspectiva de las garantías constitucionales comprometidas. Así, se ha precisado que "...no resulta admisible que la falta de una denuncia escrita de la trabajadora respecto de las conductas de acoso sexual permita al empleador tolerar el abuso de un superior jerárquico respecto de una trabajadora, más aún cuando, como ya se ha reseñado en cuanto a los hechos, aparece evidente una conducta hostil..." (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-182-2012)⁴².

Una vez recibida la denuncia, si fuera ante el empleador, éste debe adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados. Conforme al artículo 211-B, las mismas pueden consistir en 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 el entendido que la ley enumera las medidas de resguardo a título de ejemplo, nada obsta a que el empleador pueda adoptar otras medidas distintas a las señaladas siempre que consten en el propio Reglamento Interno.

Como se mencionó antes en este informe, el empleador tiene una obligación general de garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto (artículo 153 del Código del Trabajo) además de un deber de cuidado (artículo 184 del Código del Trabajo), ello, sumado a la facultad disciplinaria y de dirección como elementos formativos de la relación laboral, exigen, a lo menos, que el empleador adopte las medidas de protección que sean idóneas⁴³, suficientes y eficaces⁴⁴ para garantizar el debido resguardo de las personas involucradas en las denuncias de conductas de este tipo.

42 En idéntico sentido "la denuncia por escrito, si bien es cierto, es el medio idóneo de poner en conocimiento de la situación de estar siendo un trabajador víctima de acoso sexual a su empleador, no puede entenderse, que sin ésta, se pueda hacer caso omiso de los hechos que sean relatados en forma verbal y adoptar una actitud pasiva como ha ocurrido en el caso de autos, más aún cuando el propio supervisor de la trabajadora le dice que deje todo en sus manos" (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-935-2012).

43 "La denunciada sometió al actor a un test psicológico sin causa aparente más que la denuncia referida tantas veces, infringiendo la normativa legal, llegando inclusive a concluir un patrón de personalidad (un perfil maltratante) y proponer una conclusión que da cuenta de la inexistencia de causa en relación a ella, ya que refiere que la ineptitud para un cargo de jefatura. Que de esta forma estimo que las medidas adoptadas se estiman no idóneas y desproporcionadas en relación con el mérito de los antecedentes..." (Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Rit T-71-2018).

44 "En consecuencia, la única medida adoptada por la empresa al momento que la trabajadora XXXX DENUNCIANTE 1 y su compañera de trabajo XXXX DENUNCIANTE 2 denuncian verbalmente el acoso, es la de gestionar una reunión con el jefe de guardia don XXXX TESTIGO, a fin de que las trabajadoras denunciaran por escrito lo vivenciado, medida que no fue eficaz para otorgar una protección adecuada a la trabajadora, ya que los compromisos allí acordados, esto es, modificar el cargo y el lugar de trabajo del señor XXXX DENUNCIADO, no se cumplieron, ya que la prueba da cuenta que no existió cambios en la práctica" (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-935-2012).

A continuación, se debe disponer la realización de una investigación interna de los hechos⁴⁵ o, en el plazo de cinco días, remitir los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva, para que ésta sea la que efectúe la investigación.

La ley contempla que el empleador realice una investigación de carácter sumaria que no podrá exceder del plazo de 30 días. La misma, debe realizarse con la suficiente independencia y objetividad que den garantías a los trabajadores involucrados de la tutela de sus derechos.

En el procedimiento recién descrito, la ley establece un conjunto de garantías para los afectados -víctima y victimario- consistentes en la escrituración, la bilateralidad y la confidencialidad de la investigación⁴⁶.

En efecto, se señala en la ley que, si se optare por una investigación interna, ésta deberá constar por escrito, lo que significa que las distintas actuaciones que se lleven a cabo en el marco del proceso investigativo deben ser debidamente registradas.

Asimismo, hay una exigencia legal de que ambas partes sean oídas y que puedan estructurar su defensa y argumentar sus dichos. Para ello, es importante que los involucrados sean debidamente notificados de las actuaciones que se den en el marco del proceso investigativo.

Finalmente, se agrega la exigencia de que la investigación sea llevada en estricta reserva y que las conclusiones que resulten del proceso, deben ser remitidas a la Inspección del Trabajo para que ésta revise la investigación y formule sus observaciones.

45 Sobre el deber de investigar, se ha precisado "hechos que si bien revisten el carácter de delictivos, y por lo mismo gravísimos, no legitimaban un despido verbal sin mediar una investigación, conforme lo establece expresamente el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual, establecido en el Título IV, Libro II del Código del Trabajo, artículos 211-A al 211-E, que básicamente establecen un debido proceso que legitima el ejercicio de la potestad disciplinaria del empleador, el cual contempla que el trabajador denunciado sea oído, que se investigue en forma reservada, y se adopten medidas que garanticen la protección de la víctima, contemplando asimismo un informe que se debe efectuar por la Inspección del Trabajo, en forma previa a aplicar medidas o sanciones que correspondan" (Juzgado de Letras de Nueva Imperial O-30-2017).

46 A modo de ejemplificar lo enunciado antes, el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, ha entendido "la demandada no adoptó las medidas suficientes y necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de la denunciante, en cuanto permitió que los antecedentes de la denuncia se filtraran e incluso hizo pública por medio de una reunión, la existencia de la denuncia como su contenido, situación que natural y obviamente afectó a la demandante en sus relaciones con sus compañeros de trabajo, generando un clima laboral a lo menos tenso, transgrediendo con ello su deber de mantener la investigación en estricta reserva como exige el artículo 211 C del Código del Trabajo. Además, el empleador negó a la denunciante los permisos con goce de remuneraciones que ella solicitó y sí se los otorgó al denunciado durante varios meses, situación que contraría la lógica y que lleva a concluir que al menos en este orden de cosas el empleador no ofreció la debida protección a la denunciante, quien no obstante ser la víctima de una situación de acoso sexual debidamente comprobada por la investigación interna efectuada por la propia demandada, no recibió durante el transcurso de la misma el trato acorde e igualitario en cuanto a su situación laboral, viéndose evidentemente perjudicada en relación a la situación del denunciado. Y por último, aun sabiendo el empleador que la demandante había sido objeto de una situación evidente y clara de acoso sexual por un jefe directo, no propuso sanción alguna para el denunciado en el informe de investigación, pese a encontrarse obligado a ello conforme al Reglamento Interno de la empresa y además y de mayor importancia, no le informó a la denunciante el resultado de la investigación interna, viéndose claramente afectada por la inseguridad e incertidumbre de que al volver a trabajar podría verse expuesta a encontrarse con su agresor, circunstancias que en su conjunto permiten concluir que la demandada incurrió con ocasión de estos hechos, los que además configuraron claramente las causales fundantes de la decisión de la trabajadora de poner término a su contrato, en actos vulneratorios de sus derechos fundamentales, afectando su derecho a la integridad física y psíquica y su derecho a la honra" (Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Rit T-286-2017).

78 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 que surjan de su propia investigación, el empleador deberá aplicar las medidas o sanciones que correspondan, dentro del plazo de quince días.

Las sanciones que pueden aplicarse deberán estar establecidas en el reglamento Interno, aunque conforme al artículo 154, No. 10 del Código del Trabajo, sólo podrán consistir en amonestación verbal, censura por escrito y multa de hasta 25% de la remuneración diaria del trabajador. Además, el empleador podrá despedir a la trabajadora o trabajador imputado, si resulta comprobada del proceso investigativo su responsabilidad en la comisión de conductas de acoso sexual (artículo 160 No. 1 letra b) del Código del Trabajo).

B) Procedimiento y garantías constitucionales

Como dijimos, el procedimiento no debe afectar los derechos fundamentales de los trabajadores involucrados, ni de la víctima, ni del victimario, en el marco de las normas de tutela laboral. Dichas normas no reconocen como un derecho fundamental del trabajador contra el empleador protegido en el espacio de la relación de trabajo, al debido proceso. No se encuentra en el catálogo de derechos previstos por el artículo 485 del Código del Trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, dichas normas sí establecen otros derechos fundamentales que deben ser respetados por el empleador, y que pueden ser afectados en el transcurso del procedimiento de investigación de acoso sexual llevado adelante por el empleador. Particularmente relevante parece en este punto los derechos fundamentales previstos en las normas de tutela laboral tales como la integridad física y psíquica, la privacidad, la honra y el derecho a la no discriminación.

Tanto desde el punto de vista de la víctima, como del trabajador afectado por una denuncia de acoso sexual, existen intereses vitales asociados a su dignidad, que deben ser resguardados en el marco de un procedimiento de investigación y sanción.

Es razonable sostener que, por el solo hecho de implementar un procedimiento de esta naturaleza, se verán en algún modo afectados, particularmente la privacidad y la honra de los involucrados. Sin embargo, la cuestión relevante a ser resuelta es en qué punto y bajo qué criterio dicha afectación deviene en ilícita.

En este informe sostendremos que dicho criterio es el principio de proporcionalidad. Así, las actuaciones o medidas adoptadas o implementadas por el empleador al amparo de un procedimiento de esta naturaleza no deben ser consideradas ilícitas si son susceptibles de ser consideradas proporcionadas al fin perseguido: la represión del acoso sexual en los espacios y lugares de trabajo, en resguardo de la autonomía de la trabajadora o trabajador afectado.

La justificación normativa del principio de proporcionalidad es tanto de derecho internacional, como de derecho interno.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido

no es más que la aplicación de un principio general de interpretación jurídica derivado de la matriz general de racionalidad. En consecuencia, la ponderación está contemplada en el propio artículo 13.2 de la Convención”, lo que supone para el caso específico de las restricciones a la libertad de expresión que “deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrentes: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (“el respeto a los derechos a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”), y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad). (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Lagos del Campo vs. Perú, 31 de agosto de 2017, párrafo 101)

En el caso del derecho chileno, existe un significativo reconocimiento en el propio Derecho del Trabajo, ya que la norma legal laboral ha recogido expresamente la idea de la proporcionalidad. El artículo 485 del Código del Trabajo establece que los derechos fundamentales del trabajador se entenderán lesionados cuando sean limitados por el empleador “sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada”. A su turno, el artículo 493 del Código del Trabajo exige del empleador que, ante la presencia de indicios de vulneración, acredite la justificación de su conducta y “su proporcionalidad”.

¿Cómo opera el principio de proporcionalidad?⁴⁷

Efectivamente, el principio de proporcionalidad, en su versión más sofisticada y más extendida –el denominado “test alemán”- implica la realización de tres juicios o subprincipios: el juicio de la idoneidad, el juicio de la necesidad y el juicio de la proporcionalidad en sentido estricto.

De partida, el juicio de idoneidad exige que la restricción al derecho fundamental de que se trate permita alcanzar efectivamente un fin legítimo. De esta forma, la conducta del empleador que, en el ejercicio de sus facultades, restringe el derecho fundamental del trabajador, debe permitir alcanzar o satisfacer efectivamente una finalidad amparada constitucionalmente, que en este caso, es la sanción del acoso sexual como conducta pluriofensiva de derechos constitucionales de la trabajadora afectada.

El juicio de necesidad, a su turno, importa que la medida o restricción del derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa más benigna respecto del derecho fundamental en cuestión. En ese sentido, será necesaria y proporcionada la medida que restringe derechos fundamentales sólo cuando no exista un medio menos gravoso de obtener el objetivo perseguido.

Por último, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Cuando la restricción es considerada idónea y necesaria, corresponde revisar si ella, además, es proporcional en sentido estricto. Si para el logro de una finalidad legítima derivada de un derecho fundamental, se requiere indispensablemente la restricción de otro derecho fundamental, de modo tal que la satisfacción de uno solo puede realizarse a costa del otro, debe aplicarse el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Dicho juicio puede expresarse, como ya lo

47 Respecto del principio de proporcionalidad en el marco de las normas de tutela laboral, ver Ugarte (2018, pp. 247-308).

80 habíamos adelantado en esta tesis, en la denominada ley de la ponderación: cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de no satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro.

Esta operación supone tres pasos básicos, según el desarrollo de la literatura y jurisprudencia comparada (Bernal Pulido, 2017, pp. 687 y ss.), como nacional (Ugarte, 2018, p. 256). Primero, determinar el grado de afectación o restricción de un derecho fundamental; segundo, determinar el grado de importancia del derecho que opera en sentido contrario; y tercero, debe compararse a ambos para establecer si la importancia de uno justifica la restricción del otro. Para hacer operativo este ejercicio de asignación de peso, y por ende, permitir la comparación entre los derechos en colisión, se propone una escala triádica de intensidad: grave, media o leve.

Para aplicar el principio de proporcionalidad así estructurado a las restricciones de derechos fundamentales de los trabajadores afectados, tanto en calidad de víctima, como de victimario, por la ejecución de un procedimiento disciplinario de investigación de acoso sexual, es necesario distinguir la situación de las partes involucradas.

Desde el punto de la vista de la denunciante, el principio de proporcionalidad supone una exigencia de protección adecuada, y desde el punto de vista del denunciado, una exigencia no interferencia excesiva. Puesto en términos deónticos, el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual se mueve entre dos mandatos: la prohibición de insuficiencia y prohibición de exceso.

Efectivamente, desde el punto de vista de la o del denunciante, en el curso de la investigación no se vulneran sus derechos fundamentales y hay una actuación lícita del empleador, cuando efectivamente se adoptan medidas idóneas, necesarias y proporcionadas para garantizarle el cese del acoso y la garantía de no repetición. Como señala la ley en términos explícitos, en el artículo 211-A del Código del Trabajo, el empleador “deberá adoptar las medidas de resguardo necesarias” respecto de los involucrados.

Si el empleador no actúa adoptando dichas medidas de resguardo o las que adoptan son inidóneas -no protegen a la denunciante-, innecesarias -hay otras medidas más eficaces- o desproporcionadas -son muy débiles para la gravedad del hecho denunciado-, debe considerarse su actuación ilícita y vulneratoria de los derechos fundamentales de la denunciante.

En ese sentido, la proporcionalidad como criterio de medición sobre el cumplimiento de las medidas de resguardo en el caso de la investigación de acoso sexual, comienza progresivamente a ser recepcionada por la jurisprudencia laboral:

es así que se concluye, que la única medida adoptada por la denunciada respecto de las denuncias de los actores en contra de su jefe directo Sr. XXXX DENUNCIADO 2, fue la de ordenar instruir sumario. Es del caso, que la medida adoptada por la denunciada en favor de los actores resulta totalmente insuficiente, y no acorde a la gravedad de los hechos denunciados y por tanto, no proporcionada, pues no dice relación directa con el resguardo efectivo de los actores, cuestión que debió procurar con otras acciones. (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-354-2017)

En el mismo sentido de falta de proporcionalidad en la protección de la denunciante de acoso sexual:

en consecuencia, la única medida adoptada por la empresa al momento que la trabajadora XXXX DENUNCIANTE 1 y su compañera de trabajo XXXX DENUNCIANTE 2 denuncian verbalmente el acoso, es la de gestionar una reunión con el jefe de guardia don XXXX TESTIGO, a fin de que las trabajadoras denunciaran por escrito lo vivenciado, medida que no fue eficaz para otorgar una protección adecuada a la trabajadora, ya que los compromisos allí acordados, esto es, modificar el cargo y el lugar de trabajo del señor XXXX DENUNCIADO, no se cumplieron, ya que la prueba da cuenta que no existió cambios en la práctica. (1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-12 2015)

Desde el punto de vista del denunciado, el deber del empleador en el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual es que en su implementación no se afecten desproporcionadamente -en exceso- los derechos fundamentales del trabajador denunciado. Eso supone que la investigación del acoso sexual puede ser eventualmente restrictiva de algunos derechos fundamentales del denunciado, previsiblemente la honra y la privacidad, pero no necesariamente lesiva de los mismos, atendida su justificación proporcionada.

De este modo, las medidas que el empleador adopte dentro del procedimiento de investigación que afecten o restrinjan uno o más derechos fundamentales del trabajador denunciado, no devienen en ilícitas cuando se tratan de medidas justificadas proporcionalmente. En ese sentido, medidas como la separación del lugar de trabajo de la denunciante y/o del denunciado, o la prohibición de interacción laboral entre las partes, o cualquier medida análoga de distanciamiento o redistribución de jornada de los involucrados, son exigibles para la protección de la víctima, y son lícitas si se tratan de medidas idóneas, necesarias y proporcionadas para el fin legítimo perseguido por el empleador, y que el propio sistema legal le impone, que no es otro que garantizar la consecución de la represión del acoso sexual en el trabajo.

Por el contrario, si en la ejecución de la investigación el empleador adopta una medida que no sea idónea -no tiene sentido para el éxito de la investigación-, no es necesaria -existen otras que logran el mismo resultado para la investigación, pero no afectan o afectan menos los derechos fundamentales del denunciado- o es desproporcionada -afecta gravemente los derechos del denunciado y solo ayudan marginalmente a la investigación-, se trata de una conducta ilícita cometida por el empleador.

4.2.- Valoración de la prueba en el acoso sexual: estándar y declaración de la víctima

En la investigación y sanción de acoso sexual, es posible plantear la cuestión de la existencia de un estándar de prueba a ser satisfecho por el empleador.

Para resolver dicha cuestión es necesario, explicar previamente cuales son las reglas que regulan la valoración de la prueba del acoso sexual en el derecho chileno, particularmente la cuestión del estándar de prueba, y determinar cómo dichas reglas afectan al empleador en casos de acoso sexual laboral y sexista.

82 En relación con la valoración de la prueba en los procesos judiciales por acoso sexual y sexista en el lugar de trabajo, que se canalicen preferentemente por la vía del procedimiento de tutela, pero también para aquellos que se materialicen por la vía del procedimiento de auto-despido, cabe apuntar, de partida, que al interior de los mismos se dispone la aplicación de un sistema de apreciación de la prueba conforme a la sana crítica (artículo 456 del Código del Trabajo⁴⁸).

Tradicionalmente se define las reglas de la sana crítica como “las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia” (Couture, 1979, p. 195). Por su parte, Horvitz y López (2004) entienden a la sana crítica como aquel sistema

caracterizado por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión, haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. (p. 150)

En efecto, el legislador ha impuesto a los jueces el deber de explicar las razones y fundamentos jurídicos, lógicos, científicos, técnicos y de experiencia, sobre los que cimientan sus decisiones, todo lo cual debe quedar consignado en la sentencia definitiva.

De este modo, el sistema de valoración probatoria en el proceso laboral se encuentra construido sobre el reconocimiento expreso de límites a la labor del juez, los que clásicamente son el respeto de las reglas básicas impuestas por la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia. Necesariamente a lo anterior, debemos añadir la obligación del Tribunal de expresar con claridad y precisión el desarrollo del fundamento de la decisión adoptada, lo que permite el control de la misma y su aceptación por los involucrados, como, asimismo, la adecuada presentación de recursos por las partes del litigio, según sea el caso.

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado

por ello es posible sostener que la sana crítica, es un sistema que atiende a parámetros objetivos -o al menos intersubjetivos- en la valoración, en vista que tal sistema se basa en elementos que pueden ser compartidos por todo sujeto racional al no basarse en convicciones psicológicas o personales, sino, que en las pruebas rendidas en el proceso, debiendo en todo caso primar criterios de racionalidad y objetividad. Por ello, el juzgador debe ajustarse en todo momento a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos, de ahí

48 “El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

que necesariamente tenga -el juez- la obligación de exteriorizar el razonamiento probatorio, plasmándolo en la sentencia como única forma de controlar su racionalidad y coherencia. (Corte Suprema, Rol No. 16.445-2018)

Una cuestión relacionada con lo anterior, dentro de la regulación de la valoración de la prueba en el derecho procesal laboral, es la del estándar de prueba. Dicha cuestión atiende más que al problema de cómo y con qué tipo de argumentos se debe justificar la decisión probatoria, al nivel o umbral en que debe darse por probado un hecho que forma parte del razonamiento judicial.

En efecto, cabe señalar que la idea de un estándar de prueba nos remite al “umbral a partir del cual aceptaremos como probada una hipótesis” (Ferrer, 2007, p. 139). La regla jurídica que fija el estándar va dirigida al órgano judicial⁴⁹, para ser aplicada a la hora de confeccionar la sentencia y dar por acreditado los hechos que serán parte del razonamiento probatorio de la misma.

En ese sentido, no existe, en rigor, un estándar de prueba para el empleador impuesto por el derecho laboral chileno para los procedimientos de investigación y sanción del acoso sexual. La posición del empleador, desde el punto de vista jurídico, no deja de ser -ni nada más, ni nada menos- la de una de las partes de la relación laboral. De ahí, que no existe norma jurídica alguna del sistema legal que le imponga un criterio para determinar cuándo debe dar por acreditado los hechos constitutivos de un caso de acoso sexual.

Y si bien en el acoso sexual es puesto por la ley en la posición de investigación y sanción, como ya explicamos antes, cuestión justificada por su posición de garante y deudor de protección de los trabajadores, ello no supone, como es obvio, que su función trasmute de disciplinaria laboral a propiamente jurisdiccional.

Lo anterior no significa, como es obvio, que la cuestión del estándar de prueba no sea relevante para el empleador. De existir acciones judiciales en su contra por sus actuaciones en la materia, la evaluación judicial será efectuada en base al estándar que el derecho le impone al juez de la materia respectiva.

Cabe, entonces, determinar cuál es el estándar de prueba que el derecho laboral chileno aplica al acoso sexual y sexista. Generalmente, estas conductas constitutivas del ilícito se suelen encubrir en acciones aparentemente lícitas y no lesivas, atendida la constatación del propio empleador del rechazo social que dichas conductas provocan, de ahí que sea una práctica común la ocultación del sentido de su acción. Eso hace difícil la acreditación del móvil o de la finalidad discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales.

49 Así lo ha entendido la jurisprudencia al estimar que “la ley laboral no exige la tramitación de un juicio de aquellos reglados en el Código del Trabajo, o en el Código de Procedimiento Civil, o en el Código Procesal Penal, o cualquier norma procesal, sino que basta una investigación donde se escuchen los descargos de la denunciada, se reciban los antecedentes pertinentes para establecer la veracidad, o no, de la denuncia, y que concluya con una solución medianamente razonada, y es precisamente lo que demuestra la investigación interna” (Juzgado de Letras del Trabajo de Arica, Rit 0-45-2020).

84 Lo anterior, sumado al contexto probatorio hostil en que se debe obtener la prueba que de soporte fáctico a la tutela de los derechos fundamentales⁵⁰, evidencian el difícil escenario probatorio que la trabajadora o el trabajador deben enfrentar en las denuncias de acoso sexual. Ante esta dificultad, resulta imprescindible la reducción del esfuerzo probatorio en los procesos de tutela de derechos fundamentales.

En el caso chileno, esta es -precisamente- la solución adoptada, ya que a efectos de otorgar una tutela efectiva de dichos derechos la norma introduce en el marco de la tutela laboral, la siguiente regla: “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” (artículo 493 del Código del Trabajo).

Respecto de la naturaleza de la reducción probatoria establecida en el artículo 493 del Código del Trabajo, cabe señalar que no se trataría de un riguroso caso de inversión de la carga probatoria -el denominado *onus probandi*-. En efecto, no es suficiente que se alegue una lesión de derechos fundamentales para que se traslade al empleador la carga probatoria, y por ello, no se altera el axioma de que corresponde probar un hecho al que lo alega fundado en lo dispuesto en el artículo 1.698 del Código Civil: “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

Se trata, en rigor, de una técnica más débil. La víctima o denunciante de acoso sexual o sexista, no está completamente liberada de prueba, sino que debe acreditar la existencia de indicios suficientes de la ocurrencia de la conducta lesiva, para que en ese caso, y sólo en ese caso, se aproveche la trabajadora/trabajador denunciante de la regla prevista en el artículo 493 del Código del Trabajo.

Al respecto ha señalado la jurisprudencia en casos de acoso sexual “que el artículo 493 del Código del Trabajo pone de parte del demandado la carga probatoria cuando resulten indicios suficientes de vulneración de derechos fundamentales del actor. Pero previo a la aplicación de esta norma es necesario que el juez de por establecida la existencia de dichos indicios, en base a la valoración de la prueba aportada en el juicio” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol No. 474-2017). En igual sentido, “al no tener indicios suficientes de vulneración, malamente se puede traspasar la carga probatoria a la demandada para que justifique su actuar y la proporcionalidad del mismo” (Corte de Apelaciones de Talca, Rol No. 503-2019).

La actividad probatoria de las partes en la tutela no tiene variaciones formales respecto de otros procedimientos laborales, incluido los casos de acoso sexual o sexista. Dicho de otro modo, el sistema probatorio de este tipo de asuntos es exactamente el mismo que en el resto de los conflictos jurídicos laborales. En ese sentido, las reglas sobre la carga formal de la prueba (quién debe probar) y los medios de prueba (cómo se debe probar) son las mismas que las previstas para el procedimiento de aplicación general.

⁵⁰ Como se ha destacado ampliamente en la doctrina, “sobre la base de la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y otra respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, la norma procesal laboral corrige las reglas sobre la carga de la prueba en el juicio” (Baylos, 1998, p. 46).

Así lo ha entendido la jurisprudencia laboral en Chile, que ha sostenido en palabras de la Corte Suprema que

la norma del artículo 493 no altera la carga de la prueba, en la medida que impone a quien denuncia la presunta vulneración de derechos fundamentales la obligación de acreditar su aserto, pero ciertamente aliviana dicha carga, al exigir un menor estándar de comprobación, pues bastará justificar “indicios suficientes”, es decir, proporcionar elementos, datos o señales que puedan servir de base para que el acto denunciado pueda presumirse verdadero. Tampoco se altera el sistema de valoración de la prueba conforme a la sana crítica, previsto en el artículo 456 del mismo cuerpo legal, de modo que al apreciar los indicios aportados por el denunciante habrá de considerarse sus caracteres de precisión y concordancia, a la vez que expresarse las razones jurídicas, lógicas o de experiencia que hayan conducido razonablemente al tribunal a calificar la suficiencia de los mismos. Cumplida esta exigencia, es decir, comprobada la verosimilitud de la denuncia, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, demostrando así la legitimidad de su conducta, sea aportando la prueba necesaria para destruir los indicios, o aquella que fuere necesaria para justificar las medidas que ha dispuesto y la proporcionalidad de las mismas. (Corte Suprema, Rol 7023-2009)

Desde el punto de vista jurídico, lo que contempla la norma del artículo 493 del Código del Trabajo, en rigor, corresponde a una rebaja del estándar de prueba. Y ello significa que el esfuerzo de la víctima en términos de prueba no exige orientarse a lograr la convicción plena del juez en relación con lo verídico de los hechos –se suele hablar aquí de “plena prueba” o “convicción” como estándar ordinario de prueba-, sino generar una “sospecha razonable” de que la conducta lesiva se ha producido. En palabras de la Corte de Apelaciones de Valparaíso,

en este tipo de procedimientos no se requiere plena prueba de las vulneraciones denunciadas, sino que bastan los indicios. Eso hace que la razón suficiente necesaria para sustentarlos sea, como es obvio, razón bastante de indicios, no de prueba. El nivel de exigencia, pues, es menor. (Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol No. 695-2017)⁵¹

De generarse esa sospecha y no ser destruida por la prueba presentada en el juicio por el empleador, el imperativo del derecho es determinado y específico: debe darse por acreditado el acoso sexual o sexista según se trate.

En fin, cabe preguntarse en el contexto del estándar de prueba en las normas de tutela laboral, por la relevancia para la acreditación judicial del acoso sexual de la declaración de la víctima.

51 En el mismo sentido se ha puntualizado, “importa aliviar la posición del trabajador exigiéndole que acredite hechos que generen la sospecha fundada y razonable en orden a la existencia de la lesión que alega, lo que tiene su fundamento en que generalmente las conductas lesivas de derechos fundamentales suelen encubrirse con conductas aparentemente lícitas y en la dificultad del trabajador especialmente una vez terminada la relación laboral de acceder a la prueba necesaria, que generalmente se encuentra al interior de la empresa” (Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-60-2016).

86 En la escasa jurisprudencia laboral en este punto, parece haber respuestas contradictorias. Por un lado, se sostiene que la declaración de la víctima puede ser suficiente,

en materia de prueba de acoso sexual, al momento de decidir si se está o no frente a la figura del acoso sexual laboral que tratándose de las conductas de acoso, lo normal es que ésta se presente en situaciones donde sólo van a interactuar víctima y autor del acoso, siendo usual que no habrá testigos de esa conducta; motivo por el cual lo relevante entonces es la verosimilitud de la declaración de la víctima, debiendo analizarse ésta de acuerdo a varios factores: por ejemplo, que no haya ganancias secundarias, los padecimientos que ha sufrido la víctima, concordancia de las declaraciones, etc. Exigir pruebas más allá de las declaraciones de las propias víctimas haría inaplicable entonces el acoso. En efecto, y conforme a los medios probatorios aquellos son contundentes en acreditar los hechos que configuran la causal de despido, ello conforme a la investigación efectuada, además de la declaración de los testigos en estrados. (Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, Rit T-8-2019)

Por otro lado, se niega la suficiencia probatoria de la declaración de la víctima,

no es suficiente por sí solo, la versión dada por la denunciante al absolver posiciones, en que ratifica los actos de acosos sexual denunciados, por sí sola no permiten dar veracidad suficiente a su relato, y adquirir convicción de que éstos efectivamente se produjeron. (Juzgado de Letras y Garantía Los Vilos T-4-2017)

En el mismo sentido,

la demandante no logró demostrar, que su jefatura la saludara con abrazos apretados, poniendo su mano en su cintura, le diera besos muy húmedos y cerca de su boca, se ubicara detrás suyo, para guiar el mouse del computador respirándole muy cerca, ausencia de prueba que principalmente deriva de las circunstancias en que la propia actora indica se habría producido este comportamiento, esto es, mientras se encontraban solos en la oficina. (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-914-2019)

Aunque se trata de una hipótesis excepcional en el marco de un proceso laboral -es altamente infrecuente que sea el medio más relevante de prueba que opere en el mismo-, podría sostenerse una respuesta afirmativa sobre la suficiencia probatoria de la declaración de la víctima, solo para aquellas situaciones especialmente justificadas, en términos de coherencia, consistencia y credibilidad del relato respectivo.

La razón normativa para esa posibilidad dice relación con el sistema de sana crítica, que permite, como dijimos, que el juez determine la valoración de las pruebas que operan en el proceso, con la debida justificación, lo que dice relación con ajustarse en su fundamentación a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente acreditados.

Asimismo, ahora en relación con el estándar de prueba rebajado del artículo 493 del Código del Trabajo previsto en las normas de tutela, podría estimarse, como hemos sostenido antes en la materia, que por “indicios suficientes” -que es la expresión utilizada por la ley-, debe entenderse más que un número determinado de indicios, la exigencia de una cierta calidad de estos: deben permitir la sospecha razonable para que el juez declare que la vulneración se ha producido.

Nada impide sostener que, apoyada en otros datos probatorios periféricos, especialmente de contexto para efectos de medir la credibilidad de la víctima, se dé por cruzado el estándar de prueba de “sospecha razonable” establecido en las normas de tutela laboral⁵².

V. Acoso sexual y sexista: la perspectiva de género en la aplicación del derecho

Por perspectiva de género podemos entender el posicionamiento exigido al juez para la implementación de “técnicas jurídicas que faciliten la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el uso y disfrute de los derechos y libertad” (Subijana, 2018, p. 27).

El fundamento normativo de la denominada “perspectiva de género” se sustenta, en el caso del derecho chileno, desde una doble fuente: las normas internacionales que obligan al Estado a actuar con la debida diligencia en la adopción de medidas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar cualquier forma de violencia contra la mujer⁵³, incluyendo el ejercicio de la función jurisdiccional; y, por otra, el principio constitucional de no discriminación en materia de trabajo (artículo 19, número 16, inciso 3), que obliga al Estado en su conjunto, incluyendo la función jurisdiccional en la aplicación del derecho, en respetar y promover la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el espacio laboral.

52 En ese sentido, la declaración de la víctima de acoso sexual en el proceso laboral de tutela no debe lidiar con el estándar más allá de toda duda razonable y con la presunción de inocencia propio del proceso penal, y con las consecuencias que de ello se sigue en relación a su valor probatorio. Al respecto ver Araya (2020).

53 Así, el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará expresa: “Los Estados Parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.”

88 En cualquier caso, cabe señalar de partida, que la perspectiva de género ha tenido escasa relevancia en la jurisprudencia laboral nacional, tanto en términos de frecuencia de fallos que la invocan, como de la relevancia de su contenido en las formas argumentativas dominantes en cuestiones laborales. No aparece en términos significativos ni como una forma explícita de posicionamiento del juez, ni como utilización efectiva de formas argumentativas propias de esa perspectiva en casos de acoso sexual y/o sexista.

Sin perjuicio de lo anterior, desde una mirada puramente teórica, podríamos sostener que la perspectiva de género podría tener significativa relevancia en la aplicación del derecho en materia de acoso sexual en el trabajo, tanto en la dimensión interpretativa, como en la calificación jurídica de los hechos.

En ambas dimensiones, como dijimos, la perspectiva de género sería manifestación de un sistema legal sensible con la igualdad y el compromiso con el principio constitucional de no discriminación en el trabajo.

Desde el punto de vista interpretativo, esto es, de la atribución de significado de las normas que constituyen el material jurídico aplicable a los casos de acoso sexual en el trabajo, es posible proyectar su incidencia, entre otras, en las siguientes cuestiones aplicativas:

En primer lugar, en la consideración del acoso sexual y sexista como una forma especialmente calificada de vulneración de derecho a la no discriminación por razón de género, consagrado y protegido en el artículo 19, número 16, inciso 3 de la Constitución, y en el artículo 2 del Código del Trabajo. De modo tal, que la sola constatación de alguna de las conductas que lo constituyen y que afecten a una trabajadora, debería ser considerada, al margen de los demás derechos fundamentales involucrados, una hipótesis de discriminación laboral.

En uno de los pocos fallos judiciales en este punto, el Tribunal laboral considera que un caso de acoso laboral debe ser leído también como una forma de acoso sexista en razón de ser un trato discriminatorio por razones de género,

Que en el presente caso además la perspectiva de género aplicada al Derecho del Trabajo nos ha permitido ver que la relación laboral, paradigma de una estructura asimétrica de poder, se ve acentuada cuando quien trabaja es una mujer, ya que se trata de un espacio que fue pensado y construido para hombres. Esto significa que la mujer en el trabajo se expone a condiciones de mayor opresión que su par masculino. Esto se aprecia en riesgos laborales feminizados como el acoso sexual, como también a tratos desiguales y humillantes motivados en el género. A esta especial forma de persecución se le denomina acoso sexista, ilícito se ha explicado como cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. (2° Juzgado del Trabajo de Santiago, Rit T-1061-2018)⁵⁴

54 Se trata de un acoso laboral vertical ascendente, cuya explicación se encontraría -según el razonamiento judicial- en la condición de mujer de la víctima: "en efecto, la mujer a tal punto es una extraña en el mundo del trabajo, que sufre problemas atípicos como el poder ser acosada estando en posiciones de poder, como ocurre en este caso. Una mujer en puestos de toma de decisión es infrecuente dentro de una organización, por lo que resulta doblemente perturbadora para los estereotipos de género, que conciben que si ya la mujer no debiese trabajar en forma remunerada, mucho menos debiese estar en puestos de toma de decisión, tradicionalmente masculinos. En

En segundo lugar, considerar que el acoso sexual y sexista no corresponde a cualquier forma de afectación del derecho fundamental a la discriminación, sino a una de carácter “grave” en los términos del artículo 489 del Código del Trabajo. Dicha gravedad vendría justificada por la relevancia que el criterio de sospecha involucrado (género) supone para las sociedades contemporáneas. En ese caso, las consecuencias jurídicas laborales serían relevantes: según dispone la ley, la trabajadora afectada podría optar en reintegrarse a su puesto de trabajo o la indemnización de seis a once meses de la última remuneración.

En tercer lugar, en fin, la perspectiva de género podría ser relevante para la aplicación de las medidas reparatorias “concretas” que el Código del Trabajo exige para el evento que el juez considere acreditado el acoso sexual o sexista como una lesión de derechos fundamentales de la trabajadora. En ese caso, el órgano jurisdiccional debe estar especialmente comprometido con la reparación del derecho afectado, debiendo adoptar medidas que erradiquen la agresión sexual y sexista de los lugares de trabajo, más allá de la situación particular de la trabajadora afectada.

En el caso de la calificación jurídica de los hechos en el proceso de aplicación de las normas de acoso sexual y sexista, la perspectiva de género puede tener especial relevancia en la evaluación y encuadre de la conducta de la víctima -cuando es una trabajadora- en relación con la “falta de consentimiento o deseo” como elemento definitorio de la figura normativa del ilícito de acoso sexual. En ese caso, como dijimos antes, existen razones generales vinculadas a la estructura de poder que constituye la relación laboral, para entender que la víctima en silencio o en un estado pasivo frente al acercamiento sexual, no se encuentra en situación de deseo o de consentimiento del mismo.

La perspectiva de género, en el caso de la trabajadora, refuerza esa forma de encuadrar los hechos del caso: la situación de la mujer debe ser leída como de debilidad estructural en los lugares de trabajo, de modo tal, que su silencio o su indiferencia no califica como una manifestación de deseo o consentimiento. Precisamente, este ha sido el punto en que se ha expresado la escasa jurisprudencia laboral que acoge en algún sentido la perspectiva de género.

En un conocido fallo de acoso sexual ya citado en este informe, se parte de la premisa normativa que “en el caso del acoso sexual operan estereotipos donde se asume lo femenino como objeto sexual, en posición infra ordenada respecto del hombre”, ello daría lugar a una dualidad de poderes, que “se expresa, por una parte, como poder de dirección laboral, propio de la relación de trabajo y la subordinación clásica, como un arbitrio instrumental que se vale de mandos y subordinados dar funcionalidad al poder organizativo y mantener la disciplina empresarial y, -yuxtapuesto a aquél, y en dinámica interrelación- el poder de género (expresión cultural de la visión subordinada de la mujer respecto del hombre en todos los ámbitos) , que se manifiesta en ambos escenarios de comunicación y que, lógicamente, cabe

este caso, se advierte que el trato peyorativo recibido por la denunciante-yegua, perra asquerosa- tiene que ver con la combinación de los estereotipos de género -las expresiones con las que se refiere el denunciado a ella- y con su posición de poder, al atribuirle decisiones de otros y procediendo a arremeter contra ella y no contra otras jefaturas masculinas”.

90 inferirse, ha debido reproducirse en las relaciones interpersonales propias de la cultura de la institución en el que unos reproducen estereotipos degradantes, concepciones y formas de relacionamiento que se manifiestan como violencia y trato discriminatorio normalizados.

Por lo anterior, concluye el fallo, la pasividad -falta de rechazo explícito de la víctima no debe ser entendida como consentimiento para efectos de dar por descartado el acoso sexual:

no puede desprenderse de ese silencio que no haya incomodidad, rechazo o contrariedad, porque es una relación desigual (...) la extrañeza de la defensa sobre la falta de reacción o denuncia de la víctima tiene una explicación que entronca ya con las dificultades que para un trabajador común en posición subordinada y en necesidad de trabajar le significa reclamar por una situación injusta o un derecho conculcado durante la vigencia del contrato de trabajo, escenario inhibitorio que, en el caso, se refuerza por la posición particular de la víctima como sujeto de violencia de género en el encuadre de dualidad de poderes a que se ha aludido. (2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-309-2018)

VI. Conclusiones

1. Existen diversas fuentes jurídicas sobre las que se construye la prohibición del acoso sexual y sexista en el lugar de trabajo. A nivel Interamericano, la Organización de los Estados Americanos (OEA) entiende ese tipo de acoso como una forma de violencia contra las mujeres, en lugar de una acción simplemente discriminatoria, como se describe en el texto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el primer precedente fue el Convenio No. 111 (1958), relativo a la discriminación en materia de empleo, que recoge en su artículo 1º el concepto de discriminación en el empleo y la ocupación basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT ha condenado el acoso sexual en virtud del referido Convenio, ya que considera que el acoso sexual es una forma grave de discriminación por razón de sexo, que queda comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio.

En el caso del derecho laboral chileno, la regulación jurídica del acoso sexual se encuentra, tanto en las normas que establecen el ejercicio de derechos constitucionales del trabajador en el marco del contrato de trabajo, como las normas legales que regulan un procedimiento de sanción y represión en el Código del Trabajo.

2. El acoso sexual puede afectar simultáneamente diversos derechos fundamentales protegidos por las normas de tutela laboral. De partida, el derecho a la integridad física y síquica de la víctima (artículo 19 N° 1º de la Constitución), eventualmente el derecho a la honra y a la intimidad (artículo 19 N° 4º) y puede constituir un acto discriminatorio (artículo 2 del Código del Trabajo). Asimismo, en determinadas hipótesis el acoso laboral puede traducirse en una intromisión en aspectos relativos a la vida privada del trabajador (artículo 19 N° 4.º de la Constitución).

En lo que respecta a la normativa legal que regula el fenómeno contenida en el Código del Trabajo, se establece la prohibición de acoso sexual en el lugar de trabajo, entendiéndose por este último “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” (artículo 2º del Código del Trabajo).

La citada normativa configura a favor del trabajador un derecho subjetivo de protección contra el acoso sexual en el ámbito de la relación de trabajo. Tal derecho es exigible frente al empleador, a quien la ley le impone como contrapartida tres obligaciones básicas: a) la incorporación de normas preventivas contra el acoso sexual; b) la regulación del procedimiento frente a dicha conducta, incluyendo las medidas de resguardo y el régimen de sanciones, y c) la comunicación a la Inspección del Trabajo de la denuncia o, en su caso, de las conclusiones de la investigación interna que hubiere efectuado (artículos 211 y siguientes de Código del Trabajo).

En relación con el acoso sexista, entendido como una forma de discriminación en el trabajo por razón de sexo o género, cabe señalar que el derecho internacional, particularmente el Convenio No. 111 sobre la discriminación en el empleo de la Organización Internacional del Trabajo, establece explícitamente el principio de prohibición de la discriminación en el lugar de trabajo. Dicho principio se encuentra, a su turno, ampliamente reconocido en nuestro orden jurídico interno. La Constitución chilena en su artículo 19, número 16, inciso tercero, dispone que “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”. Esta norma, por lo demás, resulta una manifestación directa del principio de igualdad general, establecido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.

Asimismo, la prohibición de discriminación en el ámbito laboral se encuentra recogida en el artículo 2º, inciso tercero, del Código del Trabajo. Esa norma legal señala que “son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”. A continuación, el inciso cuarto precisa que “los actos de discriminación son aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

3. De las citadas normas de derecho nacional, se desprende una idea amplia de acoso sexual, y un resultado sancionatorio dual desde la perspectiva jurídica-laboral: como conducta lesiva de derechos fundamentales en el marco de la acción de tutela, y como causal de auto despido en el marco del procedimiento de investigación y sanción previsto en el Código del Trabajo.

En efecto, desde el punto de vista de las normas que reconocen y garantizan los derechos constitucionales del trabajador en el espacio laboral, es posible determinar una noción de acoso sexual como la conducta de carácter sexual, no deseada, que afecta indistintamente el derecho a la integridad física/psíquica, privacidad, honra y no discriminación.

El concepto jurídico amplio de acoso sexual no solo deriva del material jurídico vigente en el derecho chileno, sino de las reglas de interpretación de las normas de derechos fundamentales, que exigen del juez una lectura y formulación amplia de las mismas, y de las figuras legales -como la del acoso sexual laboral- que median jurídicamente su protección. Todo según el principio pro persona, derivado del derecho internacional y plenamente aplicable al derecho nacional, según ha sostenido la doctrina y jurisprudencia.

4. El acoso sexual supone la concurrencia de los siguientes elementos: existencia de una conducta de naturaleza sexual en el espacio de trabajo, ejecutada por el empleador o por compañeros de trabajo, no deseada y que afecte uno o más derechos fundamentales de la víctima.

De partida, hay comportamiento de índole sexual por su carácter libidinoso, dado su propósito de alcanzar un acercamiento carnal o corporal con la o el afectado; y, por otro, por su carácter obsceno, en cuanto producen un entorno hostil u intimidatorio mediante la introducción de elementos sexuales en el espacio del trabajo.

Dichas conductas pueden ser ejecutadas por el empleador, como por otros compañeros de trabajo. De esta manera, se puede sostener que cualquier persona puede enfrentar episodios de acoso sexual en el espacio laboral, sin importar el sexo o el género, o si la persona que comete la conducta de acoso y la víctima no comparten el mismo empleador. Además, se debe tratar de un hecho o conducta no deseada. El deseo sexual no se expresa en silencio, ni en una actitud meramente pasiva, sino que requiere una manifestación verificable.

En fin, la conducta sexual no deseada debe afectar uno o más derechos fundamentales del trabajador/trabajadora. Como dijimos antes, el acoso puede ser una conducta pluriofensiva de derechos fundamentales de la víctima, siendo especialmente relevante, el derecho a la integridad física y psíquica, la privacidad, la honra y el derecho a la no discriminación.

5. El acoso sexual puede asumir dos formas: el hostigamiento y el acoso ambiental. El hostigamiento, por una parte, es el acercamiento no deseado de naturaleza sexual, que se presenta como una exigencia para un trato laboral favorable, o como forma de someter a un trato lascivo a la víctima. El acoso sexual ambiental, por otra, se diferencia de la modalidad anterior ya que comprende aquellas conductas de naturaleza sexual que interfieren con la capacidad de la persona para hacer sus tareas a través de la creación de un ambiente de trabajo intimidante u ofensivo.

Distinto es el concepto de acoso sexista en el trabajo, que se constituye por conductas cuyo sentido o resultado es la generación de un ambiente laboral hostil u ofensivo, a través del desprecio hacia una o más personas en razón a su género.

6. El procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual en los lugares de trabajo se encuentra regulado en el Código del Trabajo, en las normas contenidas en el Título IV, Libro II, artículos 211-A y siguientes no equivale a un procedimiento judicial. La principal consecuencia de lo anterior es que ni el Código del Trabajo, ni las normas que establecen el ejercicio de derechos fundamentales en el marco de la relación laboral, contemplan la exigencia de un debido proceso en sentido técnico-constitucional.

El procedimiento del empleador debe sujetarse a las garantías legales determinadas en el Código del Trabajo. Y, por otro, el procedimiento no debe afectar los derechos fundamentales de los trabajadores involucrados -ni de la víctima ni del victimario- en el marco de las normas de tutela laboral.

El criterio para determinar la licitud de las medidas es el principio de proporcionalidad. Así, las actuaciones o medidas adoptadas o implementadas por el empleador al amparo de un procedimiento de esta naturaleza no deben ser consideradas ilícitas si son susceptibles de ser consideradas proporcionadas al fin perseguido: la represión del acoso sexual en los espacios y lugares de trabajo, en resguardo de la autonomía de la trabajadora o trabajador afectado.

Desde el punto de la vista de la denunciante, el principio de proporcionalidad supone una exigencia de protección adecuada, y desde el punto de vista del denunciado, una exigencia de no interferencia excesiva. Puesto en términos deónticos, el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual se mueve entre dos mandatos: la prohibición de insuficiencia y la prohibición de exceso.

Desde el punto de vista del denunciado, el deber del empleador en el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual es que en su implementación no se afecte desproporcionadamente -en exceso- los derechos fundamentales del trabajador denunciado. Eso supone que la investigación del acoso sexual puede ser eventualmente restrictiva de algunos derechos fundamentales del denunciado, previsiblemente la honra y la privacidad, pero no necesariamente lesiva de los mismos, atendida su justificación proporcionada.

7. En la investigación y sanción de acoso sexual, es posible plantear la cuestión de la existencia de un estándar de prueba a ser satisfecho por el empleador. Se trata de la idea de un estándar de prueba nos remite al “umbral a partir del cual aceptaremos como probada una hipótesis”.

La regla jurídica del estándar va dirigida al órgano judicial, para ser aplicada por él cuando a la hora de confeccionar la sentencia y dar por acreditado los hechos que serán parte del razonamiento probatorio de la misma. En ese sentido, no existe, en rigor, un estándar de prueba para el empleador impuesto por el derecho laboral chileno para los procedimientos de investigación y sanción del acoso sexual. La posición del empleador, desde el punto de vista jurídico, no deja de ser -ni nada más, ni nada menos- la de una de las partes de la relación laboral. De ahí, que no existe norma jurídica alguna del sistema legal que le imponga un criterio para determinar cuándo deben darse por acreditados los hechos constitutivos de acoso sexual.

Lo anterior no significa, como es obvio, que la cuestión del estándar de prueba no sea relevante para el empleador. De existir acciones judiciales en su contra por sus actuaciones en la materia, la evaluación judicial será efectuada en base al estándar que el derecho le impone al juez de la materia respectiva.

En el caso chileno, la regla de estándar en el marco de las normas de tutela laboral, queda fijada bajo la denominada “prueba de indicios” en los siguientes términos: “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” (artículo 493 del Código del Trabajo).

Desde el punto de vista jurídico, lo que contempla la norma del artículo 493 del Código del Trabajo, en rigor, corresponde a una rebaja del estándar de prueba. Y ello significa que el esfuerzo de la víctima en términos de prueba no exige orientarse a lograr la convicción plena del juez en relación con lo verídico de los hechos -se suele hablar aquí de “plena prueba” o “convicción” como estándar ordinario de prueba-, sino generar una “sospecha razonable” de que la conducta lesiva se ha producido.

De generarse esa sospecha y no ser destruida por la prueba presentada en el juicio por el empleador, el imperativo del derecho es determinado y específico: debe darse por acreditado el acoso sexual o sexista según se trate.

8. La perspectiva de género ha tenido escasa recepción en la jurisprudencia laboral nacional. Sin perjuicio de ello, desde una mirada puramente teórica, podríamos sostener que la perspectiva de género podría tener significativa relevancia en la aplicación del derecho en materia de acoso sexual en el trabajo, tanto en la dimensión interpretativa, como en la calificación jurídica de los hechos.

Desde el punto de vista interpretativo, es posible proyectar su incidencia, entre otras, en las siguientes cuestiones aplicativas:

En primer lugar, en la consideración del acoso sexual y sexista como una forma especialmente calificada de vulneración de derecho a la no discriminación por razón de género, consagrado y protegido en el artículo 19, número 16, inciso 3 de la Constitución, y en el artículo 2º del Código del Trabajo.

En segundo lugar, considerar que el acoso sexual y sexista no corresponden a cualquier forma de afectación del derecho fundamental a la no discriminación, sino a una de carácter "grave" en los términos del artículo 489 del Código del Trabajo.

En tercer lugar, en fin, la perspectiva de género podría ser relevante para la aplicación de las medidas reparatorias "concretas" que el Código del Trabajo exige para el evento que el juez considere acreditado el acoso sexual o sexista como una lesión de derechos fundamentales de la trabajadora.

En el caso de la calificación jurídica de los hechos en el proceso de aplicación de las normas de acoso sexual y sexista, la perspectiva de género puede tener especial relevancia en la evaluación y encuadre de la conducta de la víctima -cuando es una trabajadora- en relación con la "falta de consentimiento o deseo" como elemento definitorio de la figura normativa del ilícito de acoso sexual.

La perspectiva de género, en el caso de la trabajadora, refuerza esa forma de encuadrar los hechos del caso: la situación de la mujer debe ser leída como de debilidad estructural en los lugares de trabajo, de modo tal, que su silencio o su indiferencia no califica como una manifestación de deseo o consentimiento. Precisamente, este ha sido el punto en que se ha expresado la escasa jurisprudencia laboral que acoge en algún sentido la perspectiva de género.

Es todo cuanto puedo informar.

José Luis Ugarte Cataldo
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho del Trabajo
Universidad Diego Portales

VII. Referencias

Araya , M.P. (2020). Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos. Revista Estudios de la Justicia, No. 32, 35-69.

Baylos, A., (1998). La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva. Revista del Colegio de Abogados de Concepción, N° 5, 107-129.

Berdahl, J. L. (2017). The sexual Harassment of uppity women. Journal of Applied Psychology, N°92.

Bernal Pulido, C. (2017) Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Camacho, A. (2018). Acoso laboral basado en el sexo: Entendiendo realmente el fenómeno. Dilemas, Revista de Estudios de Conflicto e Controle Social, Vol. 11, N° 3.

Carrasco, C. y Vega, P. (2009). Acoso sexual en el trabajo. ¿Denunciar o sufrir en silencio? Análisis de denuncias. Santiago de Chile: Dirección del Trabajo.

Couture, E. (1979). Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Ferrer, J. (2007). La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons.

Horvitz, M.I., y López, J. (2004). Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Lamas, M. (2018). Acoso: ¿Denuncia legítima o victimización? México: Fondo de Cultura Económica.

Lousada, J. F. (2014). El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Valencia: Tirant lo Blanch.

Medellín, X. (2019). Principio Pro Persona: una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. Estudios Constitucionales, Año 17, N° 1.

OIT (2012). Dar un rostro humano a la globalización. Informe III (Parte 1B), 101a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra.

Subijana, I.J. (2018). La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer. Boletín Comisión Penal, Juezas y Jueces por la Democracia, No. 10.

Ugarte, J.L. (2020). Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías. Revista IUS, vol.14, n.45, 81-106.

Ugarte, J.L. (2018). Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo, Santiago de Chile: Thomson Reuters.



2022. Poder Judicial de Chile

Edición y Diseño:
Secretaría Técnica de Igualdad
de Género y no Discriminación
de la Corte Suprema



SECRETARÍA TÉCNICA
IGUALDAD DE GÉNERO
NO DISCRIMINACIÓN





SECRETARÍA TÉCNICA
IGUALDAD DE GÉNERO
NO DISCRIMINACIÓN



secretariadegenero.pjud.cl