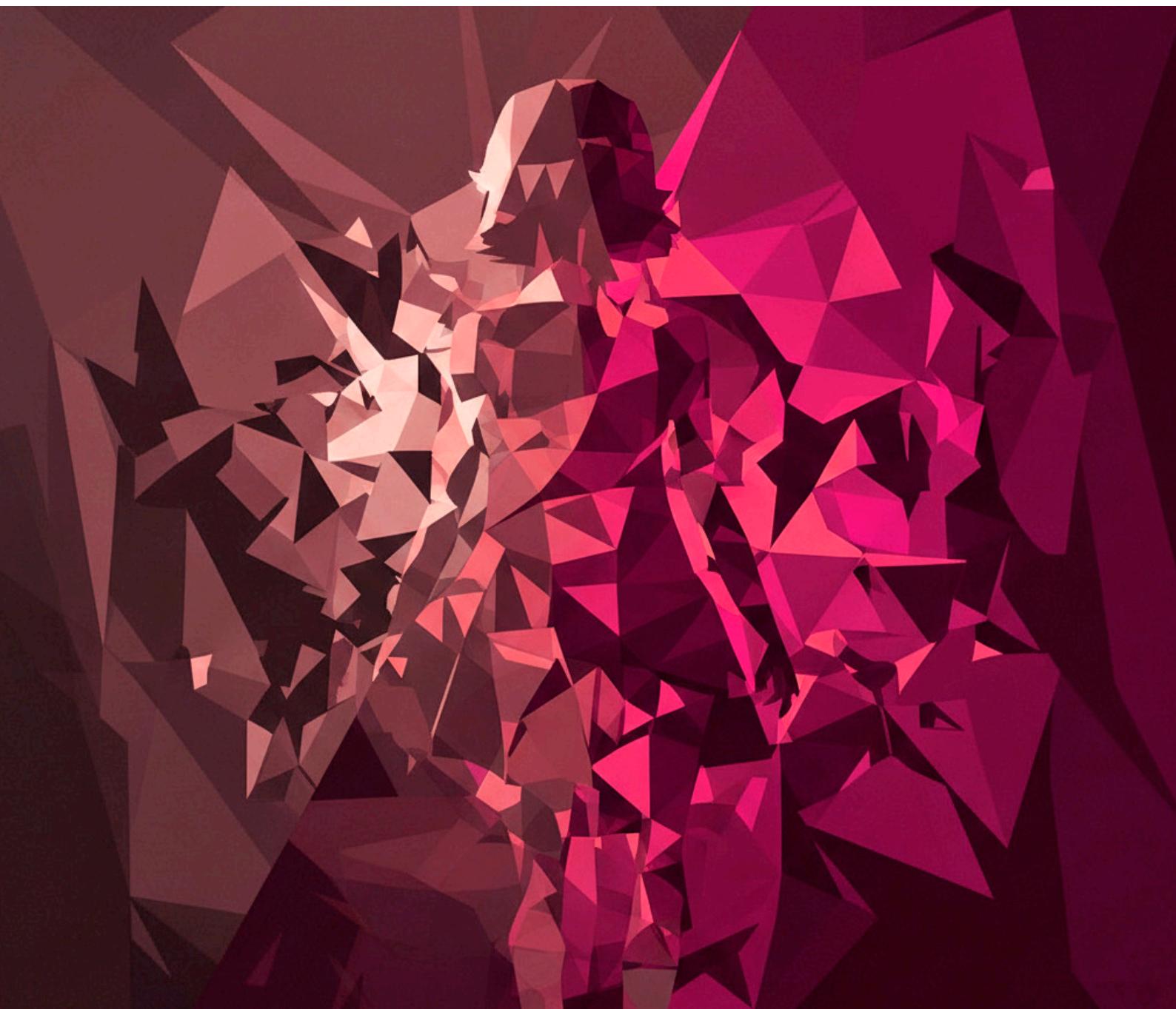




Justicia con Perspectiva de Género

2026 • 4



Revista Justicia con Perspectiva de Género N° 4

Publicación:

Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación
Poder Judicial de Chile

Ministra:

Andrea Muñoz Sánchez

Secretaria Técnica:

María Soledad Granados Zambrano

Dirección editorial:

Victoria Coñuecar Barría
Diana Maquilón Tamayo

Contribuciones:

Gloria Ana Chevesich
Paola Díaz Urtubia
Caterina Guidi Moggia
Fabiola Lathrop Gómez
Claudia Sarmiento Ramírez

Corrección ortotipográfica y de estilo:

Victoria Coñuecar Barría
Héctor Leonardo Fuentes

Diseño y diagramación:

Nicolás Rodríguez Ruiz
Rodrigo Day Cáceres

Para citar: Revista Justicia y Perspectiva de Género 4 (1), 1ra. edición. Santiago: Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación, Poder Judicial de Chile, 2026.

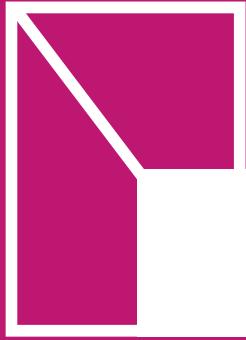
Archivo digital: descarga y online

Licencia Creative Commons

CC BY-NC-SA

Atribución-No-Comercial-Compartir-Igual





Justicia con Perspectiva de Género

De la Secretaría Técnica Igualdad de Género y no
Discriminación de la Corte Suprema



Contenidos

PÁGINA 05

Presentación

PÁGINA 09

Primera Sección

Ley N° 21.643 que modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales, en materia de prevención, investigación y sanción del acoso laboral, sexual o de violencia en el trabajo

PÁGINA 97

Segunda Sección

Ley N° 21.675 que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género



Presentación

La violencia de género constituye una violación de derechos humanos generalizada que afecta de manera desproporcionada a mujeres y niñas. Se manifiesta en múltiples formas –física, psicológica, sexual, económica, laboral o simbólica– y tiene consecuencias profundas en la salud, autonomía y participación social de quienes la sufren.

Los organismos internacionales reconocen la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación estructural, que menoscaba gravemente la vida de las víctimas, afecta la salud pública y constituye una barrera para el desarrollo económico y social de los países (OMS, 2017). En esta línea, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y la Convención de Belém do Pará (1994) la han definido como una manifestación extrema de desigualdad estructural que vulnera la dignidad humana e impide el ejercicio igualitario de los derechos. Ambas convenciones imponen a los Estados el deber de actuar con debida diligencia reforzada para prevenir, investigar, sancionar y reparar la violencia ejercida contra las mujeres, ya sea por particulares o por agentes estatales.

En este marco, Chile ha asumido compromisos significativos para avanzar hacia una respuesta estatal integral. La promulgación de la Ley N° 21.675, publicada el 14 de junio de 2024, marca un hito histórico al establecer un marco integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en razón de su género. Esta ley articula medidas en materia de prevención, atención, protección, reparación y acceso a la justicia, y crea el Sistema Integrado de Gestión sobre Violencia de Género, orientado a coordinar la acción de las instituciones públicas en favor de una respuesta oportuna, efectiva y centrada en las víctimas.

Asimismo, la entrada en vigor de la Ley N° 21.643, conocida como Ley Karin, publicada el 15 de enero de 2024, reforzó la protección de los derechos de las personas trabajadoras frente al acoso sexual, el acoso laboral y la violencia en el trabajo. Esta normativa no solo moderniza los procedimientos de investigación y sanción de dichas conductas, sino que introduce expresamente

la perspectiva de género en el Código del Trabajo, imponiendo a todas las instituciones públicas y privadas la obligación de contar con protocolos de prevención, investigación y abordaje de estos hechos.

Ambas normas –la Ley 21.643 y la Ley 21.675– responden a un mismo horizonte: el fortalecimiento del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, desde una comprensión integral que vincula el espacio laboral, familiar, social e institucional. Su implementación ha impuesto, sin embargo, importantes desafíos para el sistema de justicia, especialmente en la interpretación de los nuevos marcos competenciales, las facultades cautelares y los mecanismos de supervisión judicial. En este contexto, el Poder Judicial, en coherencia con su Política de Igualdad de Género y No Discriminación (2018), ha desplegado múltiples acciones de coordinación, capacitación y análisis jurídico para asegurar una aplicación efectiva de ambas leyes, con especial énfasis en la mejora del acceso a la justicia y la prevención de la revictimización.

La 4^a Edición de la Revista “Acceso a la justicia con perspectiva de género” se enmarca precisamente en este proceso institucional de consolidación y reflexión. A través de dos secciones y un total de seis artículos elaborados por ministras, juezas y académicas, este número aborda los principales desafíos que enfrentan la judicatura y el sistema de justicia frente a las leyes N° 21.643 y N° 21.675.

La primera sección reúne tres artículos relativos a la Ley N° 21.643 que modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales, en materia de prevención, investigación y sanción del acoso laboral, sexual o de violencia en el trabajo. En el primero de ellos, titulado “Implementación de la Ley N° 21.643 en el Poder Judicial de Chile”, la ministra de la Corte Suprema de Justicia encargada de asuntos de género y no discriminación, Andrea Muñoz Sánchez, explica las principales acciones que el Poder Judicial ha desarrollado para enfrentar el acoso sexual y laboral, así como los retos que plantea la nueva normativa para la judicatura en orden a disponer de espacios de trabajo libres de violencia y discriminación.

6

En el segundo artículo, titulado "Breves notas respecto de la judicialización de la Ley N°21.643 sobre acoso y violencia en el trabajo", la Jueza Titular del Segundo Tribunal de Letras del Trabajo de Santiago y docente de la Pontificia Universidad Católica, Paola Cecilia Díaz Urtubia, se refiere al enfoque que deben aplicar los abogados y jueces frente a la judicialización de este tipo de conflictos, proyectando las posibles acciones judiciales por las cuales este tipo de causas llegará a los tribunales de justicia, la facultad del órgano adjudicador para dotar de contenido el concepto de acoso, maltrato y humillación, además de revisar algunos aspectos probatorios relevantes.

El tercer artículo, titulado "Análisis de la Ley N° 21.643 de 2024 Conceptos clave y principales desafíos para los Tribunales de Justicia", es desarrollado por la abogada Caterina Guidi Moggia, profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad Adolfo Ibáñez. En este texto, la autora aborda algunos aspectos generales de esta normativa, en especial el ámbito de aplicación del Convenio N° 190 de la OIT, revisando los conceptos fundamentales de dignidad y perspectiva de género contemplados en el artículo 2 del Código del Trabajo, así como las definiciones de acoso sexual, acoso laboral y violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral. La académica también examina el concepto y los elementos constitutivos del acoso sexual, con especial énfasis en el no consentimiento, la indeseabilidad de la conducta y la prueba, para posteriormente centrarse en el análisis de la noción de acoso laboral, los criterios cuantitativo y cualitativo, la gravedad de la o las conductas que lo constituyen y sus efectos.

La segunda sección de esta revista reúne tres artículos relativos a la Ley N° 21.675 que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las Mujeres, en razón de su género. En el primer artículo, intitulado "Implementación en el Poder Judicial de la Ley N° 21.675 que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las Mujeres, en razón de su género", la ministra de la Corte Suprema de Justicia, encargada de la implementación de la Ley 21.675, Gloria Ana Chevesich, comparte una síntesis del trabajo desarrollado por el Poder Judicial para la implementación de esta normativa, así como las proyecciones para su consolidación efectiva y los desafíos que la Judicatura ha enfrentado durante su aplicación y entrada en vigencia.

El segundo artículo de esta sección, titulado "Intersecciones Legislativas: Violencia de Género y Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia", es elaborado por la profesora de Derecho privado de la Universidad de Chile y abogada de la Exma. Corte Suprema, Fabiola Lathrop Gómez. En él, la autora aborda la detección y descripción preliminar de las áreas en que la Ley 21.675 se refiere expresamente a los niños, niñas y adolescentes (NNA), deteniéndose en algunos aspectos reformados por ella, que inciden en el reconocimiento y regulación del ejercicio de derechos de NNA, así como otros relacionados directamente con la violencia de género, tales como el tratamiento de la situación de riesgo inminente de sufrir maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, la nueva circunstancia agravante de maltrato habitual y la violencia vicaria.

Finalmente, en el tercer artículo de esta sección, intitulado "¿Cómo nos ayuda a enfrentar la violencia contra la mujer la Ley N° 21.675?", la abogada Claudia Sarmiento Ramírez, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado y ex Jefa de Reformas Legales del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género en el período 2014-2017, analiza la expectativa de cambio tras la entrada en vigencia de este cuerpo legal, su contenido efectivo, las disposiciones concretas para el sistema de Justicia y las conclusiones de su entrada en vigor.

Esperamos que este nuevo número contribuya a fortalecer la comprensión y aplicación de ambas leyes desde una perspectiva de derechos humanos y género, aportando a la consolidación de una justicia más equitativa, inclusiva y comprometida con la erradicación de la violencia contra las mujeres en Chile.

**Andrea Muñoz Sánchez, ministra de la
Corte Suprema de Justicia
Poder Judicial de Chile**

Primera Sección

Ley N° 21.643 que modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales, en materia de prevención, investigación y sanción del acoso laboral, sexual o de violencia en el trabajo

PÁGINA 23

Caterina Guidi Moggia

Análisis de la Ley N° 21.643 de 2024 Conceptos clave y principales desafíos para los Tribunales de Justicia

PÁGINA 09

Andrea Muñoz Sánchez

Implementación de la Ley N° 21.643 en el Poder Judicial de Chile

PÁGINA 83

Paola Cecilia Díaz Urtubia

Breves notas respecto de la judicialización de la Ley N°21.643 sobre acoso y violencia en el trabajo



I. Implementación de la Ley N° 21.643 en el Poder Judicial de Chile

Andrea Muñoz Sánchez

Ministra de la Corte Suprema encargada de asuntos de género
y no discriminación

Introducción

El 1 de agosto de 2024 marcó un hito en el proceso de humanizar las relaciones laborales en Chile. La entrada en vigencia de la Ley N°21.643 -conocida como Ley Karin, en reconocimiento de Karin Salgado, funcionaria técnica en enfermería de nivel superior (TENS) que se desempeñaba en el Hospital Clínico Herminda Martín de Chillán, Ñuble, quien decidió quitarse la vida tras ser víctima de acoso laboral- se posiciona como un cambio de paradigma en el ámbito del trabajo.

A este hito se sumó la entrada en vigencia en nuestro país, 12 de junio de 2024, del Convenio 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que, junto a la Recomendación N°206¹, son los primeros instrumentos internacionales laborales que proporcionan un marco común para prevenir, remediar y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género. El Convenio N°190 establece que la violencia y el acoso son incompatibles con el trabajo decente, constituyen una violación a los derechos humanos y representan una amenaza directa a la igualdad de oportunidades². Este instrumento reconoce, además, la responsabilidad de los Estados de promover y garantizar espacios laborales seguros, inclusivos y libres de todo tipo de violencia.

1 La Recomendación N° 206 sobre la violencia y el acoso, 2019, fue aprobada en la misma conferencia de la OIT en que se aprobó el Convenio y sirve como complemento al mismo, sin tener la misma entidad normativa.

2 Además, señala que la "violencia y el acoso" se definen como comportamientos, acciones o amenazas "que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico".

10

La Ley N°21.643, que “Modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales, en materia de prevención, investigación y sanción del acoso laboral, sexual o de violencia en el trabajo”, establece que “las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato libre de violencia, compatible con la dignidad de la persona y con perspectiva de género”, lo que para efectos de dicho cuerpo legal “implica la adopción de medidas tendientes a promover la igualdad y a erradicar la discriminación”, agregando que son contrarios a lo anterior el acoso sexual, el acoso laboral y la violencia en el trabajo ejercida por terceros ajenos a la relación laboral.

Como hemos señalado en oportunidades anteriores, la perspectiva de género constituye una herramienta metodológica de análisis que permite, a quienes administran justicia, abordar los casos que se les presentan con una mirada que reconozca y visibilice las barreras que dificultan el goce y ejercicio igualitario de ciertos derechos, de manera que sean capaces de interpretar y aplicar el derecho conforme a las normas nacionales e internacionales, para no perpetuar dichas desigualdades y garantizar el respeto al principio de igualdad. La importancia de este reconocimiento legal en el ámbito del trabajo radica en que, en tanto herramienta de análisis de las construcciones culturales y las relaciones sociales que se tejen entre hombres, mujeres y personas de la diversidad, permite identificar aquellas formas de interacción que subyacen y marcan pautas de desigualdad y discriminación entre los géneros, que son las que generan las condiciones para la violencia, cuestión que es esencial comprender para hacer realidad el derecho a la igualdad en el espacio laboral.

En definitiva, esta norma pone el foco en la dignidad de todas las personas trabajadoras, asumiendo el hecho de que, precisamente, es en nuestros espacios de trabajo donde pasamos la mayor parte del tiempo, y que las entidades empleadoras, tanto públicas como privadas, tienen el deber de garantizar espacios libres de violencia y discriminación. Entre otras disposiciones, la Ley N°21.643 incorpora definiciones más precisas, procedimientos obligatorios de investigación frente a denuncias, plazos perentorios y la inclusión de obligaciones en materia de prevención.

El Poder Judicial de Chile, con el propósito de implementar la normativa de manera inmediata, a través del Acta N° 160-2024, el 29 de julio de 2024 aprobó el “Auto acordado que adecúa la regulación del Poder Judicial en materia de procedimientos de investigación y sanción de acoso laboral y acoso sexual”³, el cual, fundamentalmente, hace aplicables a las denuncias de acoso laboral el procedimiento establecido el año 2018 para las denuncias de acoso sexual.

3 Disponible en el siguiente enlace: <https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/recursos/infografias/acoso sexual/Acta160-2024.pdf>.

1. Abordaje del acoso sexual en el Poder Judicial

La violencia en el trabajo es, sin duda, un fenómeno global de extrema gravedad, que atenta directamente contra el bienestar y la dignidad de las personas. El fenómeno del acoso sexual laboral, específicamente, constituye una manifestación de la violencia de género que tiende a desarrollarse en espacios de trabajo donde se perpetúan o naturalizan estereotipos de género, y donde, lamentablemente, persiste una tolerancia social frente a estas conductas.

El Poder Judicial de Chile comenzó a abordar el clima laboral, de manera institucional, a través de una Política de Clima Laboral emitida –en su primera versión– el año 2012, y por medio de la creación el año 2015 de un Comité de Riesgos Psicosociales, a nivel nacional, en las 17 Cortes de Apelaciones, responsables de la implementación de planes y programas de prevención y mejora del ambiente laboral y de disminución de los riesgos psicosociales en los distintos tribunales y unidades judiciales del país. La actual Política de Clima Laboral del Poder Judicial, aprobada en septiembre de 2021 en su tercera versión, tiene como objetivo regular y orientar la conducta de todos quienes se desempeñan en la organización, de modo de crear un ambiente laboral saludable, seguro y libre de discriminación en todas las unidades de trabajo, que contribuya a la consecución de sus objetivos y metas, estableciendo un marco normativo para prevenir el maltrato, el acoso laboral y la violencia. Para hacer esto efectivo, la Política de Clima Laboral del Poder Judicial establece un modelo que considera tres ejes: prevención, diagnóstico e implementación de acciones, y procesos de seguimiento.

Adicionalmente, en el año 2024 fue aprobada una Política para el cuidado de la salud mental y conciliación de la vida laboral y personal, que tiene por objetivo entregar un marco normativo para la gestión y manejo de los riesgos psicosociales presentes en el Poder Judicial. Estas regulaciones, junto a las normas legales pertinentes, han permitido el desarrollo a nivel interno de instancias especializadas para abordar los aspectos psicosociales en la organización.

Asimismo, desde el año 2015, el Poder Judicial comenzó a implementar acciones concretas destinadas a generar conocimiento y reflexión sobre el derecho de igualdad y no discriminación y, en ese marco, a indagar cómo aquello se experimentaba en nuestros espacios laborales, en particular el tema del acoso sexual, y a generar acciones para enfrentarlo. Así, a fines de 2015 y principios de 2016, se realizó un estudio de diagnóstico que reveló que una de cada diez personas había experimentado o presenciado actos constitutivos de acoso sexual en la institución y que de ellas sólo el 22% utilizaba alguna vía institucional para denunciar, lo que evidenció la urgencia de hacerse cargo del problema, de manera de dar una respuesta integral al fenómeno, que además afecta mayor y desproporcionadamente a las mujeres.

12

La Política de Igualdad de Género y No Discriminación, aprobada por el Pleno de la Corte Suprema en febrero de 2018, tiene como uno de sus ejes estratégicos la “No Violencia de Género”, por el cual busca erradicar la violencia de género del quehacer del Poder Judicial tanto en el ámbito público como privado, lo que permitió impulsar una completa regulación en la materia, que se tradujo en el Acta 103-2018, aprobada por el Pleno, que reconoce el acoso sexual como una manifestación de la violencia de género, contraria a la dignidad e integridad de las personas y al rol que la Constitución y las leyes asignan al Poder Judicial. De manera inédita, ese cuerpo normativo contiene un compromiso institucional formal, en orden a desarrollar acciones tendientes a erradicar el acoso sexual de la institución, estableciendo un procedimiento para la denuncia, investigación y sanción del mismo.

De igual modo, la Política de Clima Laboral, aprobada el año 2021, contempla expresamente acciones para garantizar espacios laborales libres de violencia y discriminación. La experiencia institucional adquirida en casi 10 años de trabajo, además, hizo patente la necesidad de enfocar acciones en la prevención del acoso sexual, así como en evitar la revictimización en los procedimientos y promover la reparación de las víctimas y las unidades laborales involucradas. Así, a través del Acta 207-2022⁴, se aprobaron nuevos compromisos en esa línea por parte del Tribunal Pleno de la Corte Suprema, que se encuentran actualmente en implementación.

A continuación, profundizaré en algunos aspectos de este proceso, antes esbozado, que, de alguna manera, nos permitió contar con una base para enfrentar de manera oportuna la implementación de la Ley N°21.643. Ahora bien, esto no significa que estén abordadas todas las aristas de lo que implica la prevención y el tratamiento del acoso laboral y sexual y la violencia en el trabajo en nuestra institución, porque es un desafío mayúsculo. Sin embargo, es necesario destacar que la referida ley vino a robustecer y dar mayor sustento a los avances que el Poder Judicial ha implementado en la materia, en particular aquellos referidos a incorporar el enfoque de género en la mirada institucional que se brinda a estos casos, avances que -por qué no decirlo- también han servido para permear la regulación que se ha venido elaborando en la administración del Estado para la implementación de la ley.

4 A través del Acta 207-2022 de 23 de octubre de 2022, el Pleno de la Corte Suprema aprueba compromisos en materia de género en tres áreas: capacitación, acoso sexual y paridad. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs/download/50470>.

A. Resultados estudio de diagnóstico y primeras acciones

Como señalé con anterioridad, el "Estudio de Diagnóstico sobre la Perspectiva de Género en el Poder Judicial" (DECS, 2015), además de revelar que una de cada 10 personas en la institución había experimentado o presenciado acoso sexual, dio cuenta también de una serie de conductas que, sin constituir acoso sexual propiamente tal, estaban ampliamente naturalizadas en el ámbito interno y no eran visibilizadas como conductas inadecuadas en el espacio laboral, entre ellas: piropos inocentes, piropos subidos de tono y comentarios respecto del aspecto físico⁵. El estudio, asimismo, dio cuenta también de otro grupo de situaciones de mayor gravedad, como comentarios de contenido sexual, proposiciones sexuales y contacto físico no deseado⁶. Considerando los resultados del estudio, que estableció que de las personas que habían experimentado o presenciado acoso sexual en la institución, sólo el 22% denunció, se concluyó que el procedimiento disciplinario vigente en la época no era un mecanismo idóneo para abordar de manera adecuada este tipo de situaciones. Esto fue así por una serie de razones, las más relevantes vinculadas con el hecho de que las personas denunciantes, al no ser parte del proceso, no tenían derecho a participar del mismo ni a acceder a información respecto de su avance y resultados.

En respuesta a estos resultados tan desafiantes, se desarrollaron diversas acciones, como la celebración de diversos seminarios con personas expertas para analizar estas problemáticas, a lo largo de todo el país, además de la realización de capacitaciones específicas a quienes debían investigar estas conductas, para indagar en profundidad las características del fenómeno del acoso sexual. También se llevó a cabo la campaña comunicacional "¿Acaso es Acoso?", cuyo objetivo central fue colocar el tema sobre la mesa,

5 "77,7% de los encuestados (sumatoria de casos que indican casi nunca, algunas veces y siempre) afirma haber experimentado o presenciado situaciones en las que se dicen piropos inocentes, con mayor incidencia entre las mujeres (79%) que entre los hombres (75%). Lo más común es que estas situaciones se den 'algunas veces'. (...) Aunque los piropos subidos de tono son menos frecuentes que los piropos inocentes (el 54% de los encuestados que dice que éstos nunca se presentan), tienen una incidencia importante pues casi el 46% declara haberlos experimentado o presenciado al menos una vez. Nuevamente aquí es la mujer la que experimenta en mayor medida esta situación: el 50% declara haberlo experimentado o presenciado al menos una vez. El 39% de los encuestados dicen experimentar o presenciar algunas veces comentarios descriptivos sobre el aspecto físico de las personas. Esto ocurre con mayor incidencia entre las mujeres (42%) que entre los hombres (34%). A esto último se agrega que para una de cada diez mujeres este tipo de comentarios se realizan siempre (...)" DECS, Poder Judicial, Estudio de Diagnóstico sobre la Perspectiva de Género en el Poder Judicial, 2015, pág. 79. Disponible en el siguiente enlace: <https://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/estudios/estudios/19-recursos/datos-y-estadísticas/28-estudio-género-poder-judicial-chile>

6 "(...) Seis de cada diez encuestados (55,7%) afirma haber experimentado o presenciado comentarios de contenido sexual, con similar incidencia entre las mujeres (58%) que entre los hombres (57%), pero con algunas diferencias estadísticamente significativas en las categorías casi nunca y algunas veces, lo que da a entender que las mujeres experimentan o presencian con mayor frecuencia ese tipo de comentarios. Tanto las proposiciones sexuales como el contacto físico no deseado también ocurren, pero en menor proporción, el 5% las asocia con algunas veces y 10% con casi nunca, con mayor incidencia entre las mujeres que entre los hombres, diferencia que es estadísticamente significativa al 5%." DECS, Poder Judicial, Estudio de Diagnóstico sobre la Perspectiva de Género en el Poder Judicial, 2015, pág. 80. Disponible en el siguiente enlace: <https://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/estudios/estudios/19-recursos/datos-y-estadísticas/28-estudio-género-poder-judicial-chile>

14

visibilizarlo y generar reflexión en torno a conductas naturalizadas que no deben ser toleradas en los espacios de trabajo ni en la sociedad⁷. Para la difusión de la campaña, se utilizó material gráfico consistente en afiches, lienzos y videos que se distribuyeron en el Palacio de Tribunales, y que posteriormente itineraron por diversas Cortes de Apelaciones del país. El impacto de esta campaña fue muy relevante, ya que generó una reflexión y conversación interna sobre las conductas naturalizadas y que no son apropiadas dentro del espacio laboral.

B. Acta 103-2018

Si bien, como ya he señalado, el Poder Judicial ya contaba con mecanismos reglamentarios para la aplicación de medidas disciplinarias, de acuerdo a los resultados del referido estudio estos mecanismos no eran adecuados ni suficientes para abordar las denuncias de acoso sexual. Así, en febrero de 2017, se constituyó una Mesa de trabajo para elaborar una propuesta de “Protocolo de Actuación para la Prevención, Denuncia y Tratamiento del Acoso Sexual”, integrada por funcionarias y funcionarios del Poder Judicial. Durante aproximadamente un año, dicha instancia sesionó de manera periódica, contando con la colaboración de personas expertas del ámbito académico, del derecho laboral, la psicología y los estudios de género. El primer borrador fue remitido a las asociaciones gremiales para su revisión y comentarios. Finalmente, en junio de 2018, el Tribunal Pleno de la Corte Suprema aprobó el protocolo mediante el Acta N°103-2018, “Auto acordado que fija el procedimiento de actuación para la prevención, denuncia y tratamiento y del acoso sexual en el Poder Judicial chileno”⁸, que entró en vigencia el 1 de julio de ese mismo año.

El Acta 103-2018 reconoce expresamente que el acoso sexual constituye una forma de violencia de género que afecta de manera principal y desproporcionada a las mujeres, generándoles graves consecuencias físicas y psicológicas, y lo define como una violación a los derechos humanos. En este sentido, establece un marco institucional para: 1) prevenir este tipo de hechos; 2) proteger a las personas que presentan denuncias y sancionar a quienes resulten responsables y; 3) reparar a las víctimas, ya que es necesario restablecer la confianza entre la víctima y la institución.

El texto define el acoso sexual conforme a los estándares internacionales de derechos humanos, eliminando la exigencia de que se trate de “conductas indebidas”, al reconocer que este tipo de comportamiento es ilícito en sí mismo, y, por tanto, siempre prohibido. Además, establece que puede cometerse por cualquier medio –verbal, no verbal o físico– y no requiere que la conducta sea reiterada: basta con un solo acto que no sea aceptado ni consentido para configurar acoso. También se incorpora un efecto relevante del acoso sexual: la creación de un ambiente laboral intimidante, hostil, abusivo u ofensivo.

7 Descripción de la campaña en el siguiente enlace: <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/acoso/promocion-y-prevencion/9-contenido/proyectos/22-campana-acaso-es-acoso-poder-judicial>.

8 Disponible en el siguiente enlace: https://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/acoso/Acta_1032018_actualizada_01082024.pdf.

A diferencia de la normativa laboral nacional, el Acta amplía la legitimación activa para denunciar, permitiendo que lo hagan no sólo integrantes del Poder Judicial, sino también personas usuarias del sistema y quienes prestan servicios para la institución, cuando estimen que han sido víctimas de acoso sexual por parte de integrantes de este Poder del Estado.

El Acta 103-2018 refleja el compromiso institucional expresado también en la "Política de Igualdad de Género y No Discriminación"⁹, que busca erradicar toda forma de violencia basada en género en el quehacer del Poder Judicial, incluyendo el acoso sexual y laboral. Sus medidas de prevención buscan: visibilizar el acoso sexual como una manifestación de violencia de género; promover acciones de sensibilización; capacitar a quienes puedan desempeñarse como investigadoras o investigadores; informar y orientar a las personas funcionarias; y brindar acompañamiento oportuno y adecuado a las víctimas.

El Acta N°103 incorporó una serie de innovaciones al procedimiento disciplinario, que tenían como objetivo principal evitar la victimización secundaria, entre las cuales interesa destacar las siguientes:

- Asegurar la participación de la persona denunciante durante todo el proceso a fin de que pueda ejercer sus derechos. Para ello se le reconoce su derecho a ser representada por abogado o abogada, conocer la formulación de cargos, rendir prueba, hacer exposiciones orales e impugnar lo resuelto, entre otros.
- Disponer el apoyo psicológico a la instrucción de este tipo de causas, en particular durante la toma de declaración de la persona denunciante y denunciada.
- Establecer la opción de acudir siempre a presentar la denuncia ante la Corte de Apelaciones respectiva en los casos en que la persona denunciada pertenezca a un juzgado de primera instancia.
- Establecer la posibilidad de exclusión de prueba obtenida con vulneración de garantías procesales o basada en conceptos estereotipados sobre género; y la prohibición de prueba referida a la vida sexual o afectiva de la persona denunciante, ajena a los hechos investigados.

9 La Política de Igualdad de Género y No Discriminación, aprobada por el Pleno de la Corte Suprema en febrero de 2018 (AD 1450-2017), tiene como uno de sus ejes estratégicos la "No violencia de género", por el cual se busca "Erradicar del quehacer del Poder Judicial, todas las acciones o conductas, basadas en el género, que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a todas las personas, tanto en el ámbito público como en el privado, en particular aquellas que impliquen acoso sexual y laboral por motivos de género". Dentro de este eje es posible identificar como una de sus dimensiones prioritarias "la violencia de género en el espacio laboral", la cual consagra el deber de:

- Crear e implementar protocolos y procedimientos de convivencia sin violencia al interior de la institución, que consideren un trato digno entre sus integrantes y el establecimiento de un decálogo específico de conductas no admitidas en el espacio de trabajo, entre las que pueden encontrarse aquellas que sean constitutivas de acoso sexual y/o laboral por motivos de género.
- Diseñar, implementar, monitorear y evaluar un procedimiento para la recepción de denuncias sobre acoso sexual, que considere una efectiva protección y apoyo a los y las denunciantes, un mecanismo de investigación que asegure imparcialidad, oportunidad y respeto al debido proceso, que sea conducido por funcionarios y funcionarias capacitados en la temática, y en el que se especifiquen sanciones y medidas de reparación adecuadas para la víctima.
- Diseñar y ejecutar campañas educativas de prevención e información sobre acoso sexual y/o laboral por motivos de género a fin de dar visibilidad a estas temáticas, difundir los mecanismos y herramientas ofrecidos por la institución para enfrentar estas situaciones y manifestar la preocupación del Poder Judicial de Chile en materia de violencia en el espacio laboral.

- Establecer la posibilidad de implementar medidas cautelares durante la tramitación del procedimiento.
- En cuanto a la sanción, establecer la mayor jerarquía de la persona denunciada como una agravación de su conducta, entre otras. Asimismo, establece la posibilidad de que se adopten medidas reparatorias al momento de imponer la sanción con el fin de restablecer la confianza entre la víctima y la institución.

Para la implementación del Acta, en una primera instancia, la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación y la Corporación Administrativa del Poder Judicial (CAPJ), desarrollaron una serie de actividades, como dotar a la institución de profesionales del ámbito de la psicología que pudieran brindar el acompañamiento a la instrucción y establecer los mecanismos para su adecuado funcionamiento. La Secretaría, además, elaboró distintos materiales de apoyo, entre los cuales se contaba: i) una guía informativa general sobre el fenómeno de acoso sexual; ii) una guía para personas que reciben denuncias de acoso sexual; iii) una guía para personas denunciantes de acoso sexual y; iv) un formulario para presentar la denuncia más un certificado de recepción¹⁰. Adicionalmente, en el año 2021, se comenzaron a publicar las estadísticas y fallos relacionados con denuncias de acoso sexual en el Poder Judicial, que se actualizan semestralmente, en un ejercicio de transparencia activa. Esta acción, en cumplimiento de lo dispuesto en el Acta 103-2018, tuvo como objetivo poner a disposición de la ciudadanía información relevante sobre el tratamiento institucional de estas denuncias, incluyendo las sentencias ejecutoriadas y debidamente anonimizadas¹¹.

También se comenzaron a desarrollar una serie de capacitaciones a las personas investigadoras, sobre el fenómeno del acoso sexual y sobre algunas cuestiones relevantes del procedimiento. El acoso sexual se enmarca en un entramado de relaciones de poder desiguales, en las que las mujeres suelen verse particularmente afectadas. Esta desigualdad estructural, sumada a las dificultades probatorias, constituye un obstáculo relevante para la denuncia por parte de las personas afectadas. Las situaciones de acoso sexual, ya sea de carácter físico o verbal, con frecuencia se reducen a un escenario de “palabra contra palabra”, sin presencia de testigos ni evidencia física directa. Sin embargo, ello no impide que puedan ser acreditadas, en tanto el testimonio de la víctima –corroborado con elementos de contexto– puede ser suficiente para establecer la ocurrencia de los hechos denunciados.

En efecto, los casos de acoso sexual:

ofrecen especiales dificultades probatorias porque la única prueba directa suele ser la declaración de la víctima, sin existir evidencias físicas, salvo si ha mediado un acto de violencia, y sin existir testigos directos, o, si los hay, suelen ser de referencia y no se comprometen a testificar por el miedo a represalias o a sufrir, junto con la víctima, una victimización secundaria (Lousada Arochena, 2016, p.38).

10 Disponible en el siguiente enlace: <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/acoso/promocion-y-prevencion/9-contenido/proyectos/22-campana-acaso-es-acoso-poder-judicial>.

11 Disponible en el siguiente enlace: <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/acoso/abordaje>.

Además de los desafíos probatorios, se ha identificado que persisten obstáculos en el razonamiento jurídico aplicado en estos casos, tanto en el ámbito disciplinario como en el judicial.

Con el propósito de abordar estas dificultades y ofrecer herramientas que fortalezcan los procesos de investigación y decisión, el Poder Judicial, a través de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación, promovió la elaboración de dos informes en derecho, desarrollados por destacados académicos.

El primero de ellos, elaborado en abril de 2021 por el profesor José Luis Ugarte Cataldo, lleva por título “Dificultades en la investigación y valoración de la prueba en las denuncias de casos de acoso sexual laboral”¹². El informe analiza en profundidad la noción de acoso sexual, sus tipos y conductas constitutivas, incluyendo el acoso sexista. Asimismo, examina los estándares probatorios aplicables en procedimientos disciplinarios y analiza la forma en que la judicatura laboral ha abordado estos casos, con el objetivo de aportar criterios que orienten a quienes tienen la responsabilidad de investigar y resolver denuncias por acoso sexual laboral al interior del Poder Judicial. Cabe destacar que este informe -publicado en la página web de la Secretaría- iluminó el trabajo desarrollado más tarde por la autoridad administrativa, a la hora de interpretar y definir el alcance de las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.643 al Código del Trabajo¹³.

El segundo informe, publicado en 2022 bajo el título “Acoso sexual y derecho administrativo”, fue elaborado por el académico José Miguel Valdivia¹⁴. Este documento se centra en el análisis del derecho disciplinario en el ámbito administrativo, abordando específicamente las particularidades que presenta la investigación de denuncias de acoso sexual dentro del Poder Judicial. El informe también examina los aspectos probatorios de los procedimientos y destaca la importancia de incorporar una perspectiva de género en todas las etapas del proceso, desde la recepción de la denuncia hasta la resolución del caso.

C. Acta N° 207-2022

El año 2022, a cuatro años de la entrada en vigencia del Acta 103-2018, fue posible reconocer algunos hallazgos: las denuncias de acoso sexual desde que existe un registro se mantenían en un promedio 4 a 6 por semestre; tanto las víctimas como las unidades laborales donde se verificaron casos de acoso sexual quedaron fuertemente impactadas; en el caso de las víctimas, muchas de ellas se sintieron estigmatizadas,

¹² José Luis Ugarte Cataldo es profesor de la Universidad Diego Portales. Disponible en el siguiente enlace: [//secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/proyectos/AcosoSexual/Informe_AcosoSexual_sexismo_042021.pdf](https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/proyectos/AcosoSexual/Informe_AcosoSexual_sexismo_042021.pdf).

¹³ ORD.N°362/19 de 7 de junio de 2024, de la Dirección del Trabajo, “Fija sentido y alcance de las modificaciones introducidas por la Ley N°21.643 al Código del Trabajo”.

¹⁴ José Miguel Valdivia es profesor de derecho administrativo de la Universidad de Chile, y el informe fue elaborado con la colaboración del abogado Tomás Izquierdo y de Isidora Donoso, ayudante del departamento de derecho público de la misma casa de estudios. Disponible en el siguiente enlace: https://secretariadegenero.pjud.cl/images/Informe_en_derecho_FINAL_20_12_2022.pdf.

18

con problemas para ejercer su trabajo y con un sentimiento de desconfianza hacia la institución donde trabajaban; las unidades laborales, por su parte, tendieron a quedar divididas, con un clima laboral resentido, lo que impactó negativamente en su trabajo.

Estas preocupaciones fueron planteadas al Pleno de la Corte Suprema, el cual adoptó una serie de compromisos en materia de igualdad de género mediante el Acta N°207-2022¹⁵. En particular, en lo relativo al acoso sexual, el Acta establece lo siguiente:

- En el ámbito de la prevención: se encargó a la Secretaría, junto con el Comité de Riesgos Psicosociales de la CAPJ, la elaboración de un decálogo de actuación y buenas prácticas, con el objeto de servir como guía para orientar las relaciones laborales al interior del Poder Judicial y prevenir situaciones de acoso sexual y sexista. En los hechos, y ante la dictación de la Ley 21.643, el trabajo realizado en torno a este proyecto fue, en definitiva, parte de los insumos a la hora de crear un protocolo más amplio, en cumplimiento de la referida normativa legal.
- A fin de evitar la revictimización en los procedimientos disciplinarios: se definieron una serie de acciones, entre las cuales interesa destacar aquella que acordó modificar el Acta N°103-2018, prohibiendo la presencia de la persona denunciada y su representante en la toma de declaración de la persona denunciante, lo que se tradujo en una reforma en tal sentido al artículo 17 del Acta.
- En cuanto a medidas de reparación: se encargó a la Secretaría y a la CAPJ la elaboración de recomendaciones para promover la reparación de las víctimas y de las unidades laborales afectadas, una vez dictada la sentencia disciplinaria, habiéndose aprobado, a la fecha, un Protocolo de apoyo psicológico en procesos de investigaciones disciplinarias por denuncias de acoso sexual, sin perjuicio de fortalecerse el trabajo que viene desarrollando el departamento de recursos humanos de la Corporación Administrativa en la materia, aspecto en que resulta prioritario seguir avanzando.

15

Estos compromisos abarcan tres dimensiones principales: i) la capacitación en violencia de género; ii) la implementación de medidas preventivas y reparatorias en los procedimientos disciplinarios por acoso sexual; y iii) la promoción de la paridad en los cargos de mayor jerarquía dentro del Poder Judicial.

2. Acciones para la implementación de la Ley N°21.643 en el Poder Judicial

19

Como ya señalé, con motivo de la entrada en vigor de la Ley N°21.643, el 19 de julio de 2024, el Tribunal Pleno de la Corte Suprema, previa presentación de un informe elaborado por la Dirección de Estudios y la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación sobre los impactos de dicha norma en el quehacer del Poder Judicial, encomendó la adecuación de la normativa interna a la nueva ley. Esta tarea fue encargada a una mesa técnica integrada por el Subcomité de Riesgos Psicosociales, el Departamento de Recursos Humanos de la CAPJ, la Dirección de Estudios y la referida Secretaría.

Dado que la Ley N°21.643 entraría en vigencia en agosto de ese mismo año, y ante la necesidad de contar con una regulación inmediata, la Corte Suprema estimó necesario establecer una regulación transitoria que permitiera dar cumplimiento oportuno a la nueva normativa, tanto en lo relativo a los procedimientos de investigación y sanción del acoso laboral y sexual, como en lo que respecta a la violencia en el trabajo ejercida por terceros ajenos a la relación laboral. En ese contexto, el 29 de julio de 2024 el Pleno aprobó el Acta N°160-2024, "Auto acordado que adecúa la regulación del Poder Judicial en materia de procedimientos de investigación y sanción de acoso laboral y acoso sexual¹⁶," el cual fue publicado en el Diario Oficial el 9 de agosto de 2024.

Esta Acta, de carácter transitorio, establece como procedimiento común para las investigaciones disciplinarias por denuncias de acoso sexual y laboral, el establecido en el Acta 103-2018, con algunas adecuaciones para ajustarse a la nueva ley, entre ellas: modifica la definición de acoso laboral eliminando la necesidad de reiteración de la conducta, incorpora la perspectiva de género como principio del procedimiento, indica que la denuncia podrá realizarse verbalmente, establece que se deberán adoptar de manera inmediata medidas de resguardo respecto de las personas involucradas, se establece como criterio preferente que la persona encargada de la investigación cuente con formación en materias de acoso, género o derechos fundamentales, entre otras. En cuanto a la violencia laboral ejercida por terceros ajenos a la relación laboral, la institución se compromete a su prevención, investigación y sanción, así como a la protección de quienes integran el Poder Judicial y la CAPJ que hayan sido víctimas de este tipo de actos.

En definitiva, con esta regulación establecida para el cumplimiento de lo establecido por la Ley N°21.643, el Poder Judicial amplió la protección que ya tenían las personas denunciantes de acoso sexual, a las denunciantes de acoso laboral. Con ello se les asegura su participación en el proceso, se les brinda apoyo psicológico a la

16 Disponible en el siguiente enlace: <https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/recursos/infografias/acoso sexual/Acta160-2024.pdf>.

20

instrucción y contención emocional y les son aplicables todas las medidas que el Acta 103-2018 establece para evitar la victimización secundaria, entre ellas, la más reciente referida a prohibir la presencia de la persona denunciada o su representante durante la toma de declaración de la persona denunciante.

La Corte Suprema de Justicia aprobó en 2025 una nueva normativa disciplinaria definitiva y un protocolo de prevención de acoso sexual, laboral y violencia en el trabajo, donde se hace cargo de dar íntegro cumplimiento a las obligaciones establecidas en la Ley N°21.643.

3. Consideraciones finales

Los apartados anteriores dan cuenta de las múltiples acciones desarrolladas por el Poder Judicial para abordar, de manera integral y prioritaria, el acoso sexual al interior de la institución. A más de ocho años del inicio de este proceso, puede afirmarse que existe un compromiso institucional sostenido por parte de este poder del Estado, en el combate y erradicación de todas las formas de violencia contra las mujeres, incluyendo el acoso sexual. Hemos querido destacar, asimismo, que los principales contenidos de la Ley N° 21.643 guardan coherencia con los marcos normativos y programáticos ya existentes en el Poder Judicial, particularmente con la Política de Igualdad de Género y No Discriminación, el Acta N° 103-2018 y con la Política de Clima Laboral, los cuales se mantendrán y perfeccionarán en los instrumentos que se encuentran en proceso de elaboración.

Sin perjuicio de ello, esta nueva legislación, en términos de fondo, plantea una serie de desafíos directamente vinculados con la cultura organizacional y la superación de prácticas inadecuadas que se encuentran fuertemente arraigadas y que es necesario visibilizar, sancionar y erradicar; asimismo, requiere analizar y definir el rol de la institución en relación a la violencia en el trabajo ejercida por terceros, entre otras cuestiones. En este contexto, uno de los desafíos pendientes del Poder Judicial consiste en abrir espacios de diálogo, reflexión y formación al interior de la institución, que permitan repensar la forma en que nos relacionamos, los factores que perturban el respeto que nos debemos y elaborar criterios comunes para abordar estas problemáticas desde una perspectiva de derechos humanos y con enfoque de género.

La Ley N° 21.643 es, sin duda, un desafío para la Judicatura, que tendrá que ir delineando jurisprudencialmente sus alcances, para lo cual espero que los artículos incluidos en esta nueva edición de nuestra revista sean de utilidad.

Referencias

- Lousada Arochena, José Fernando (2016). La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español. *Revista De Trabajo Y Seguridad Social*. CEF, (400), 17–46. <https://doi.org/10.51302/rtss.2016.2148>. Disponible en el siguiente enlace: <https://core.ac.uk/download/543131604.pdf>



II. Análisis de la Ley N° 21.643 de 2024 Conceptos clave y principales desafíos para los Tribunales de Justicia

Caterina Guidi Moggia
Profesora Derecho del Trabajo
Universidad Adolfo Ibáñez

Introducción

En el ámbito laboral, la violencia y el acoso son realidades de carácter multicausal, multidimensional, global y transversal (Undurraga y López, 2020, p.1) que han ido en aumento en los últimos años. Es tal la extensión y profundidad de sus efectos y consecuencias que se les ha denominado la nueva epidemia del S. XXI (Ansoleaga, Gómez-Rubio y Mauro, 2015, p.174). Estos fenómenos alejan la posibilidad de alcanzar un trabajo que pueda calificarse como “decente”¹, en los términos acuñados por la OIT.

La violencia y el acoso tienen un origen multicausal. De acuerdo a la doctrina, estos procesos pueden explicarse por determinadas variables individuales de personalidad tanto de acosadores como de víctimas; desde una visión antropológica, que plantea que los conflictos interpersonales son inherentes a las relaciones sociales; y, también, desde una perspectiva basada en las características de los entornos socio-laborales u organizacionales, siendo esta última tesis la que ha tenido mayor aceptación (Toro y Gómez-Rubio, 2016, p.111).

1 Se entiende por tal el “acceso a un trabajo productivo y debidamente remunerado, seguridad en el lugar de trabajo y protección social de las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal y de inclusión social, libertad de los individuos para expresar sus reivindicaciones, organizarse y participar en la toma de las decisiones que afecten en su vida, así como la igualdad de oportunidades y de trato para todas las personas, tanto para los hombres como para las mujeres”. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.ilo.org/es/temas/trabajo-decente>.

24

Algunos de los factores que crean condiciones propicias para la ocurrencia de casos de violencia y acoso en los entornos de trabajo son la informalidad, la tercerización de servicios, los contratos temporales y los horarios flexibles, entre otros, es decir, es usual que se presenten en contextos caracterizados por la precariedad y flexibilidad laboral (Acevedo, 2012, p.169). Por otra parte, existen factores de riesgo psicosocial relacionados con el trabajo que aumentan la probabilidad de que se produzcan este tipo de situaciones, tales como las altas demandas de trabajo, la presión, los estilos autoritarios y/o machistas de dirección (Pons, 2020, p.57).

Otra de sus características es que se trata de procesos multidimensionales, ya que repercuten en distintas dimensiones o esferas, a saber: afectan a las personas en lo individual, a las organizaciones o empresas y a la sociedad en su conjunto.

En el plano personal o individual, la violencia y el acoso pueden producir problemas de salud mental y física, como estrés, ansiedad y depresión. Deterioran la seguridad, la confianza, la dignidad y la autonomía de las víctimas, afectando, al mismo tiempo, sus oportunidades laborales debido a las repercusiones emocionales y físicas que conllevan. También, cambian profundamente la vida, las expectativas interpersonales de las trabajadoras y de los trabajadores, y la estructura de su identidad (Undurraga y López, 2020, p.2).

Desde una perspectiva organizacional, la violencia y el acoso en el trabajo aumentan el ausentismo laboral y las licencias médicas, incrementan la rotación de trabajadores y disminuyen la productividad, lo que afecta la competitividad y el desarrollo tanto de las organizaciones como de las personas trabajadoras (Undurraga y López, 2020, p. 1). En la dimensión social, perpetúan las desigualdades, afectando de manera desproporcionada a ciertos grupos vulnerables como mujeres, personas LGBTQ+, migrantes y personas con discapacidad. Sin duda, esto contribuye a reproducir y perpetuar estereotipos de género y a normalizar dinámicas de poder perjudiciales que refuerzan las discriminaciones estructurales presentes en nuestra sociedad (Undurraga y López, 2020, p.2).

A su vez, diversos estudios realizados por la OIT han demostrado que se trata de un problema global y transversal² que no distingue fronteras, ámbitos de trabajo ni categorías profesionales. Por su complejidad, la violencia y el acoso laboral exigen tratamientos interdisciplinarios que involucran al derecho, la psicología, la medicina, la sociología y la administración, entre otros.

Este es el contexto en el que se enmarca el Convenio N°190 de la OIT de 2019, junto con la Recomendación N°206 que lo acompaña, y la Ley N° 21.643, que entró en vigor en nuestro país el 1 de agosto de 2024.

2 Durante el año 2021, la OIT encargó una encuesta para obtener una aproximación fáctica respecto del impacto e implicancias de la violencia y acoso en el mundo del trabajo. Esta encuesta se aplicó en 121 países y territorios, abarcando a cerca de 75.000 mil personas mayores de 15 años. Los resultados revelaron que la violencia y el acoso en el trabajo son un fenómeno mundial. Una de cada cinco personas trabajadoras (743 millones, es decir, el 22,8%) había sufrido al menos una forma de violencia o acoso durante su vida laboral. Entre quienes habían sufrido violencia o acoso en el trabajo, alrededor de un tercio (el 31,8%) experimentó más de una modalidad, y el 6,3% había enfrentado las tres modalidades durante su vida laboral (psicológica, física y sexual). Véase el estudio realizado por la Mutual de Seguridad, el Equipo de Investigación Vicepresidencia de la Mujer y la Central Unitaria de Trabajadores (2024), p. 29.

Quienes administran justicia en materia laboral deberán desarrollar criterios interpretativos que les permitan abordar los supuestos de erradicación de la violencia y el acoso en el trabajo conforme a la nueva normativa. Bajo esta premisa, el objetivo de este trabajo consiste en analizar críticamente la Ley N° 21.643, con especial énfasis en su descripción, conceptos clave y los desafíos que plantea para su aplicación en el sistema de justicia, especialmente para la judicatura. En concreto, se examinarán las nociones de dignidad, perspectiva de género, acoso sexual, acoso laboral y violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral, desde una perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial. Este análisis incluirá algunos aspectos que podrían generar controversia y, por lo tanto, ser sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia.

Este artículo se organiza de la siguiente manera: la primera sección abordará algunos aspectos generales del Convenio N° 190 de la OIT, incluido su ámbito de aplicación. A continuación, se revisarán los conceptos fundamentales de dignidad y perspectiva de género contemplados en el artículo 2 del Código del Trabajo. En la tercera parte de esta exposición se harán algunas referencias genéricas a las definiciones de acoso sexual, acoso laboral y violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral, vinculando estas consideraciones con las dificultades que podrían surgir en las hipótesis de subcontratación y suministro de trabajadores. En el cuarto acápite se examinará el concepto y los elementos constitutivos del acoso sexual, con especial énfasis en el no consentimiento, la indesearabilidad de la conducta y la prueba. La quinta sección se centrará en el análisis de la noción de acoso laboral, los criterios cuantitativo y cualitativo, la gravedad de la o las conductas que lo constituyen y sus efectos. Finalmente, en la última sección de este artículo, se estudiará la violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral, principalmente desde una perspectiva conceptual, precisando los alcances de la responsabilidad y las obligaciones del empleador en la materia.

1. Convenio N° 190 de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio N° 190 incluye, por primera vez en el derecho internacional, el reconocimiento específico del derecho de toda persona a un mundo de trabajo libre de violencia y acoso. Aborda estas materias de manera integral y obliga a todo miembro de la OIT que lo ratifique a respetar, promover y asegurar su disfrute (art. 4.1)³.

Nuestro país, al ratificar este Convenio, se comprometió a enfrentar los desafíos que esto supone y adoptar, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (art. 4.2). Esto implica que, en específico, debe:

3 A nivel internacional, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, a través de la Observación General N° 23 de 2016 (previo a la adopción del Convenio N°190 por parte de la OIT), al pronunciarse sobre la aplicabilidad del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sostuvo lo siguiente: "Todos los trabajadores deberían estar protegidos contra el acoso físico y psicológico, incluido el acoso sexual. La legislación, como las leyes contra la discriminación, el código penal y la legislación laboral, deberían definir ampliamente el acoso, haciendo referencia explícita al acoso sexual y a otras formas de acoso, por ejemplo, por razón de sexo, discapacidad, raza, orientación sexual, identidad de género e intersexualidad". Además, hizo referencia a la importancia de establecer una definición específica de acoso sexual, que incluyera su tipificación y las sanciones correspondientes, y mencionó los elementos que deberían incluirse en una política nacional aplicable a los lugares de trabajo, tanto en el sector público como en el privado. Véase Gamonal (2021), pp. 323 y 324.

26

- a) Prohibir legalmente la violencia y el acoso;
- b) garantizar que estas materias se aborden mediante políticas pertinentes;
- c) adoptar una estrategia integral destinada a implementar medidas dirigidas a prevenir y combatir la violencia y el acoso;
- d) establecer y/o fortalecer mecanismos de control, seguimiento y aplicación;
- e) asegurar que las víctimas tengan acceso a vías de recurso, reparación y a medidas de apoyo;
- f) prever sanciones adecuadas;
- g) desarrollar herramientas, orientaciones y actividades de educación y formación, y actividades de sensibilización, de forma accesible, en su caso, y
- h) garantizar medios efectivos de inspección e investigación frente a situaciones de violencia y acoso, incluyendo la Inspección del Trabajo u otros organismos competentes.

En su preámbulo, el Convenio N° 190 de la OIT cita la Declaración de Filadelfia, los convenios fundamentales de la propia OIT y otros instrumentos internacionales pertinentes, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por su parte, en la misma exposición de motivos, establece que la violencia y el acoso en el ámbito laboral, incluidos aquellos por razones de género, representan una violación de los derechos humanos y son incompatibles con la noción de trabajo decente.

En consonancia con lo expuesto en la introducción de este artículo, el Convenio N° 190 de la OIT agrega que tales conductas afectan la igualdad de oportunidades, la salud física, psicológica y sexual de las víctimas, su dignidad y sus relaciones familiares y sociales. También establece que estos comportamientos deterioran la calidad de los servicios públicos y privados, limitan el acceso, la permanencia y el desarrollo profesional, especialmente de las mujeres, y son contrarios a la sostenibilidad empresarial. Asimismo, afectan negativamente a las organizaciones, las relaciones laborales, el compromiso de las personas trabajadoras, así como la productividad y la reputación de las empresas.

En este orden de cosas, el Convenio N° 190 también reconoce la importancia de crear una cultura de trabajo basada en el respeto mutuo y la dignidad, para prevenir la violencia y el acoso. Esto supone que los Estados tienen la responsabilidad de promover un entorno de tolerancia cero frente a estas prácticas, y que todos los actores laborales involucrados deben prevenirlas y combatirlas. Para ello, se requiere de un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta consideraciones de género y las causas y factores de riesgo subyacentes, incluyendo los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y los abusos de poder por razón de género, como también la violencia y acoso que involucren a terceros, cuando corresponda.

Al mismo tiempo, el Convenio N° 190 reconoce que la violencia doméstica⁴ tiene un impacto negativo en la seguridad, salud y productividad laboral, por lo que los gobiernos, empleadores, trabajadores e instituciones del mercado laboral deben contribuir a reconocer, enfrentar y mitigar sus efectos en el ámbito laboral.

Conceptualmente, este instrumento internacional adopta una definición amplia sobre las nociones de violencia y acoso en el mundo del trabajo, y las entiende, en su artículo 1°, como:

4 El artículo 18 de la Recomendación N° 206 sugiere una serie de medidas para mitigar el impacto de la violencia doméstica en el ámbito laboral, tales como: licencias, modalidades de trabajo flexibles y protección para las víctimas de violencia doméstica, protección temporal contra el despido, cuando corresponda (salvo que el motivo de éste no esté relacionado con la violencia doméstica y sus consecuencias), inclusión de la violencia doméstica en la evaluación de los riesgos en el lugar de trabajo, sistemas de orientación hacia mecanismos públicos de mitigación de la violencia doméstica, cuando existan, y programas de sensibilización sobre sus efectos.

La Ley N° 21.643 no incorpora ninguna referencia a este tipo de violencia. Sin embargo, el estudio “Violencia doméstica en el marco del Convenio 190 de OIT y su implementación en Chile”, realizado por Comunidad Mujer y publicado en enero de 2024 en la Serie Comunidad Mujer Boletín N°54, constató que una de las iniciativas más relevantes en la prevención y respuesta a la violencia doméstica en el ámbito laboral está incluida en la Norma chilena NCh3262:2021. Esta norma establece un sistema de gestión para la igualdad de género y conciliación de la vida laboral, familiar y personal, e incluye entre sus requisitos la prevención, detección y derivación de casos de violencia intrafamiliar. Según el informe, actualmente 105 organizaciones han obtenido dicha certificación. Un ejemplo de ello es Codelco, que se ha certificado bajo esta norma chilena y cuenta con un programa de inducción para trabajadores y trabajadoras, así como campañas informativas en el ámbito de la prevención. Esta empresa, además, implementó un procedimiento de denuncias presenciales, que incluye la notificación al superior jerárquico, seguido de una investigación y derivación a las entidades de denuncia y apoyo hacia las víctimas de violencia intrafamiliar, en el ámbito de la detección.

Este estudio también destaca otras iniciativas, como las implementadas por Laboratorios Bagó Chile o Avon. Laboratorios Bagó Chile, desde 2007, ha adoptado una política antiviolencia, estableciendo una línea de prevención de violencia intrafamiliar. Por su parte, Avon, desde 2020, implementó un protocolo y una licencia para víctimas de violencia de género, además de lanzar una serie de campañas públicas, como “Cambia el trato” (2018), que a través de spots busca generar conciencia; “Aisladas no solas” (2020), en colaboración con la marca Natura, que brindó información sobre la violencia hacia las mujeres durante la pandemia; y “Te mando un audio” (2020), una serie de audioguías con herramientas para apoyar a las víctimas de violencia intrafamiliar.

Desde una perspectiva normativa, el artículo 1 de la Ley N° 21.675, publicada en el Diario Oficial de fecha 14 de junio de 2024, consagra el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia. Establece que su principal objetivo consiste en prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer, en razón de su género y, con el fin de alcanzar este propósito, regula medidas de prevención, protección, atención, reparación y de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en razón de su género, considerando especialmente las situaciones de vulnerabilidad o discriminaciones múltiples en que puedan encontrarse. Por su parte, en su artículo 5, define la violencia de género como “cualquier acción u omisión que cause muerte, daño o sufrimiento a la mujer en razón de su género, donde quiera que ocurra, ya sea en el ámbito público o privado; o una amenaza de ello”. Este concepto, sin duda, incluye la violencia doméstica.

Por último, cabe mencionar la Ley N° 21.565, de 9 de mayo de 2023, que establece un régimen de protección y reparación integral en favor de las víctimas de femicidio y suicidio femicida y sus familias. Esta ley reconoce una serie de derechos a las víctimas, entre los que se incluyen: el derecho a la protección en el trabajo, a través del reconocimiento de feroe laboral desde la perpetración del hecho hasta un año después; el derecho a solicitar la adecuación temporal de la prestación de servicios, durante el plazo que dure el feroe, para permitir la debida reparación y protección de la víctima; y el derecho de las trabajadoras víctimas de femicidio frustrado o tentado a comparecer a cualquier diligencia de la investigación o procedimiento judicial, lo cual se considera una justificación válida para su ausencia laboral, siempre que sean requeridas por las autoridades correspondientes.

un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten 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.

El Convenio N° 190, asimismo, define la violencia y el acoso en razón de género como “aquellos 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”.

Conviene hacer presente que las disposiciones del Convenio N° 190 de la OIT no son autoejecutables, por lo tanto, deben aplicarse a través de la legislación nacional, convenios colectivos u otras medidas acordes con la práctica nacional (art. 12). El mismo artículo 1° del Convenio establece que la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un solo concepto o como conceptos separados. En nuestro ordenamiento jurídico se optó por la segunda alternativa. Tal como se analizará con más detalle en la próxima sección de este artículo, la Ley N° 21.643 de 2024, en las nuevas letras a), b) y c) del inciso segundo del artículo 2 del Código del Trabajo, define acoso sexual, acoso laboral y violencia en el trabajo ejercida por terceros ajenos a la relación laboral.

Ahora bien, el Convenio N°190 parte de la base de que nadie debería ser objeto de violencia y acoso en el mundo del trabajo. Por lo tanto, en su artículo 2º incluye dentro de su ámbito subjetivo de protección a los trabajadores asalariados; las personas que trabajan, cualquiera sea su situación contractual; personas en formación, incluidos pasantes y aprendices; los trabajadores despedidos; los voluntarios; personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, funciones o responsabilidades del empleador. Además, se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía formal e informal, en zonas urbanas o rurales.

¿Qué sucede en nuestro país? Desde la entrada en vigor de la Ley N° 20.005 de 2005 y la Ley N° 20.607 de 2012, el acoso sexual y laboral fueron regulados tanto en el sector privado como en el público, ya que ambas normativas modificaron el Código del Trabajo y el Estatuto Administrativo. Lo mismo sucede con la Ley N° 21.643. Por otro lado, la Ley N° 21.280 de 2020 hizo aplicable el procedimiento de tutela de derechos fundamentales a los funcionarios públicos.

Sin embargo, tanto antes como después de la entrada en vigor de la Ley Karin, únicamente se considera como sujeto pasivo de estas conductas al trabajador o trabajadora, al menos explícitamente, y no así a quienes carecen de este carácter, como voluntarios, pasantes, personas en busca de empleo e independientes.

En este escenario, es importante señalar que ya desde el año 2009 la Dirección del Trabajo, frente al requerimiento de una alumna en práctica que denunció haber sido víctima de conductas de acoso sexual por parte de un trabajador de una empresa, determinó que resultaban aplicables las normas procedimentales incorporadas al Título IV, del Libro II, Código del Trabajo, por la Ley 20.005 sobre acoso sexual, debiendo exigírsele al empleador a cargo de la dirección de la empresa en que se habían verificado estas conductas de

acoso sexual por parte de uno de los trabajadores bajo su dependencia, el cumplimiento de las obligaciones que le imponía dicha normativa. Esta decisión se fundó en la idea de que, aunque la alumna no era trabajadora (conforme a lo dispuesto en el artículo 8º inciso tercero del Código del Trabajo), esta situación se había producido en un espacio alcanzado por las potestades del empleador, quien está obligado a mantener un ambiente laboral digno y de mutuo respeto (Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 4354/059, de 29 de octubre de 2009). Este dictamen agregó que sostener la interpretación contraria sería “paradójico”, ya que el empleador tendría la obligación de proporcionar colación y movilización al alumno (a) o egresado (a) en práctica, pero no la de adoptar las medidas necesarias para asegurar que realice su práctica profesional en un ambiente digno y libre de acoso sexual. Esta misma lógica podría extenderse a los voluntarios y aplicarse también en casos de acoso laboral y violencia en el trabajo, aunque no, por ejemplo, a los trabajadores independientes.

Por su parte, recientemente, la Ley N° 21.675, que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, de 14 de junio de 2024, junto con definir violencia en el trabajo se refirió a su ámbito subjetivo de protección. En su artículo 6 numeral 9, define violencia en el trabajo como:

toda acción u omisión, cualquiera sea la forma en la que se manifieste, que vulnere, perturbe o amenace el derecho de las mujeres a desempeñarse en el trabajo, libres de violencia, provenga del empleador o de otros trabajadores;

y, a continuación, agrega que incluye

a todas las trabajadoras formales o informales, que presten servicios en la empresa en forma directa o bajo el régimen de subcontratación o servicios transitorios, practicantes o aprendices, así como aquellas trabajadoras que ejercen autoridad o jefatura en representación del empleador.

Finalmente, cabe señalar que para que la Ley N° 21.643 sea aplicable a los postulantes a un empleo, sería necesario que el ámbito de aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales incluyera la etapa precontractual laboral, lo que, a la fecha, sólo ha sido aceptado por alguna doctrina minoritaria (Vid. Iturriaga, Camilo, 2026, pp.54 y ss y Gamonal y Guidi, 2020, pp. 128 y ss.).

2. Conceptos fundamentales de dignidad y perspectiva de género

Como adelanté en el acápite anterior, la Ley N° 21.643 reemplazó el inciso segundo del artículo 2 del Código del Trabajo, quedando redactado de la siguiente manera:

Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato libre de violencia, compatible con la dignidad de la persona y con perspectiva de género, lo que, para efectos de este Código, implica la adopción de medidas tendientes a promover la igualdad y a erradicar la discriminación basada en dicho motivo.

Son contrarias a lo anterior, entre otras conductas, las siguientes:

- a) El acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice, en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.
- b) El acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, ya sea que se manifieste una sola vez o de manera reiterada, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.
- c) La violencia en el trabajo ejercida por terceros ajenos a la relación laboral, entendiéndose por tal aquellas conductas que afecten a las trabajadoras y a los trabajadores, con ocasión de la prestación de servicios, por parte de clientes, proveedores o usuarios, entre otros.

En el sector público, el nuevo inciso final del artículo 13 de la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), establece que “la función pública se ejercerá propendiendo al respeto del derecho de toda persona, con ocasión del trabajo, a disfrutar de un espacio libre de violencia, acoso laboral y sexual”. Además, indica que “los órganos de la Administración del Estado deberán tomar todas las medidas necesarias para su prevención, investigación y sanción”. El artículo 62 de la misma ley establece que “contravienen especialmente el principio de probidad administrativa⁵, las siguientes conductas: “10. Ejercer conductas de acoso sexual, laboral o de violencia en el trabajo, que sufran las funcionarias y los funcionarios en los términos del artículo 2º del Código del Trabajo”.

5 Conforme al artículo 52 inciso 2º de la LOCBGAE, “el principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionalia intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”.

Por su parte, tanto el artículo 84 letras l) y m) de la Ley N° 18.834, que Aprueba el Estatuto Administrativo (LEA), y el artículo 82 letras l) y m) de la Ley N° 18.883, que Aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (LEAFM), establecen la prohibición de realizar cualquier acto atentatorio contra la dignidad de los demás funcionarios, y considera como tales al acoso sexual, la discriminación arbitraria y el acoso laboral, remitiéndose al artículo 2 del Código del Trabajo.

Comencemos con el análisis del artículo 2º inciso segundo del Código del Trabajo.

En primer lugar, esta disposición legal señala que las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato libre de violencia, en consonancia con lo establecido en el Convenio N°190 de la OIT. A continuación, hace referencia a dos elementos cruciales en esta materia: la dignidad de la persona y la perspectiva de género, los cuales serán objeto de análisis en las siguientes líneas.

2.1. ¿Qué se entiende por dignidad humana?

La dignidad humana es un concepto complejo y difícil de definir con precisión. Se considera una cualidad esencial y distintiva del ser humano, lo que le confiere un carácter único que lo diferencia de todo lo no-humano. Esta idea de dignidad se erige como un rasgo fundamental de la identidad humana, relacionada con su capacidad de inteligencia, libertad y sentido moral (Marín, 2007, p.1).

Como precisan Gamonal y Pino, la noción de dignidad puede comprenderse a partir de dos enfoques complementarios. El primero, de raíz kantiana, se centra en la autonomía y la capacidad de elección del ser humano como fundamento de su dignidad. El segundo, de inspiración humanista y renacentista, enfatiza los atributos distintivos que nos separan de otras especies como los animales. En esta línea, la dignidad implica que todos y únicamente los seres humanos vivos deben ser tratados, tanto por los demás como por ellos mismos, como fines en sí mismos (Gamonal y Pino, 2024, p. 6).

Podemos entender la dignidad también como un "concepto relacional", ya que conecta un atributo –el ser humano que trabaja– con una exigencia: no tratar a los trabajadores "exclusivamente como medios" (Ugarte, 2024, p. 5). El ser humano posee una dignidad, y el propósito fundamental del Derecho del Trabajo es protegerla. Por lo tanto, su función se traduce en impedir que el ser humano sea tratado como un objeto (Ugarte, 2024, p.5). Recordemos que, conforme a la Declaración de Filadelfia de 1944, "el trabajo no es una mercancía".

32

A mayor abundamiento y en línea con lo ya expresado, el Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 362/19, que fija el sentido y alcance de la Ley N° 21.643, de 7 de junio de 2024, se remite, para estos efectos, al Dictamen N° 2210/035 de 2009, el cual establece que, en el ámbito del contrato de trabajo, "el empleador está obligado a respetar la dignidad del trabajador, a tratarlo con respeto". Agrega que debe garantizar que el trabajador sea respetado tanto por sus jefes o superiores jerárquicos como por sus compañeros de trabajo. Bajo este enfoque, Américo Plá sostiene que el empleador debe velar por la moralidad del ambiente laboral; por lo tanto, no sólo es responsable de sus propias acciones y de las de sus representantes, sino también de los actos de otros trabajadores, siempre que no sean detenidos o sancionados por él⁶.

Conforme a este último dictamen, lo anterior se vincula con lo establecido en el artículo 1º inciso 1º de la Constitución Política de la República, que expresa: "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Esto implica que "el ser humano, independientemente de su edad, sexo o condición particular, es acreedor siempre a un trato de respeto". En este sentido, agrega que, como afirma Carlos Colautti y una gran cantidad de autores, "la dignidad no sólo es un derecho autónomo, sino el presupuesto de todos los demás derechos. Es decir, que todos ellos tienden a la preservación del principio básico de la dignidad (Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2210/35, de 10 de junio de 2025).

Por consiguiente, esta noción "aparece en los textos jurídicos indisolublemente ligada al concepto de derechos humanos" (Marín, 2007, p. 2.). En otras palabras, "la dignidad humana es la causa de que se reconozcan derechos, es su justificación" (Marín, 2007, p.2). A mayor abundamiento, "el derecho a tener y a poner en práctica derechos es la especificación del valor de la dignidad humana" (Marín, 2007, p. 2.).

En particular, en el derecho laboral, la dignidad ha sido reconocida como un principio muy relevante (Gamonal y Pino, 2024, p.5). Se valora el trabajo "como un atributo que surge de la propia dignidad del sujeto que presta servicios" (Irureta, 2006, p. 157). Por lo tanto, la dignidad del trabajador y sus derechos fundamentales constituyen un criterio interpretativo clave para determinar el ejercicio legítimo del poder de dirección y control por parte del empleador. En este orden de ideas, se subraya la importancia de la dignidad como base para regular las relaciones laborales y garantizar un trato justo y respetuoso (Gamonal y Pino, 2024, p.5).

6 Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024. Disponible en línea: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-126267.html>. El empleador puede ser responsable directamente por incurrir en conductas de acoso sexual y/ laboral; o indirectamente, si los sujetos activos de estas conductas son uno o más compañeros de trabajo o subordinados de la víctima, y no cumple con su deber de seguridad del artículo 184 del Código del Trabajo. En este sentido, cabe hacer presente que el artículo 3 del Decreto N° 21, que aprueba el Reglamento que establece directrices a las cuales deben ajustarse los Procedimientos de Investigación de Acoso Sexual, Acoso Laboral y Violencia en el Trabajo, dictado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de fecha 3 de julio de 2024, reconoce distintos tipos de acoso, a saber: horizontal, vertical descendente, vertical ascendente y mixto o complejo. Dicho reglamento define este último como "aquella conducta ejercida por una o más personas trabajadoras de manera horizontal en conocimiento del empleador, quien en lugar de intervenir en favor de la persona afectada no toma ninguna medida o ejerce el mismo tipo de conducta de acoso". Asimismo, el empleador también puede ser responsable frente a la violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral, si infringe su deber de protección y de asegurar a sus trabajadores un trato libre de violencia.

En concreto, esta noción ha jugado un importante rol en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, ya sea como argumento de las partes, argumento de refuerzo e, incluso, como argumento clave de la sentencia (Gamonal y Pino, 2024, p.11).

Así, en la causa "García con MacroI" (Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-551-2018, de 9 de enero de 2019), el Tribunal entendió que la respuesta de la empresa ante un acto tan grave como el sucedido en este caso, parecía ser insuficiente para restaurar la dignidad de la demandante y reparar las consecuencias sufridas. El Tribunal señaló, además, que, pese a que la empresa no había alcanzado certeza sobre la veracidad del acoso sexual, y de que cumplió con la obligación de separar los lugares de trabajo de los involucrados, resultaba evidente que no se habían adoptado otras medidas adicionales, pese a contar con los antecedentes y recursos para hacerlo. En este sentido, la parte demandada no demostró haber informado a la trabajadora afectada sobre los resultados de la investigación, omisión que habría afectado la integridad psíquica de ésta, ya que, al sentirse víctima de una agresión a su dignidad, buscó ayuda en su empleador, el cual, aunque mostró una actitud inicial de apoyo, no hizo un seguimiento de las condiciones emocionales ni laborales de la dependiente, ni mostró iniciativa para comprobar su estado de salud mental (citado por Gamonal y Pino, 2024, p. 13).

Por su parte, en la causa "Hermosilla con Asistencia Pública", que citaré en relación con el concepto de dignidad y como introducción a la revisión del concepto de perspectiva de género (que desarrollaré en el próximo acápite de este trabajo), se presentó una demanda por acoso laboral, alegando la vulneración de los derechos a la integridad física y psíquica, así como a la honra, de una trabajadora que ejercía como dentista en un hospital público. En el considerando noveno, el Tribunal expresó que:

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 este caso, se advierte que el trato peyorativo recibido por la denunciante -"yegua", "perra asquerosa"- tiene que ver con la combinación de 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.

34

A continuación, en el mismo considerando, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago sostuvo que:

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 que 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 (Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-1061-2018, de 16 de mayo de 2019, considerando noveno. Citado por Gamonal y Pino, 2024, pp. 17 y 18).

2.2. Perspectiva de género

El considerando transscrito en la sección anterior destaca a la dignidad y perspectiva de género como elementos clave para entender el acoso laboral hacia las mujeres, en este caso específico, en roles de poder. La dignidad de la mujer se ve afectada cuando, debido a estereotipos de género, se la percibe como una "extraña" en el ámbito laboral, generando tratos despectivos y agresivos. Ahora, desde una perspectiva de género, se evidencia que el espacio laboral, diseñado históricamente para hombres, expone a las mujeres a formas de acoso específicas, como el acoso sexista, que vulneran su integridad y dignidad. Según analizaré a continuación, esta directriz (Lizama y Lizama, 2024, p. 27) es esencial para visibilizar y corregir desigualdades de poder en el trabajo.

Bajo esta premisa, cobra relevancia el paradigma basado en la competencia, un enfoque que busca explicar el acoso laboral ambiental, entendiendo que el acoso respondería a la defensa que algunos hombres hacen de los mejores puestos de trabajo frente a la creciente competencia de las mujeres en el mercado laboral. Según este planteamiento, dichos hombres defenderían un "modelo masculino" de trabajador, al cual consideran que las mujeres no pueden adaptarse debido a su supuesta "incapacidad"⁷ (Gamonal y Guidi, 2015, p. 312).

7 La ventaja de este modelo radica en que permite incluir situaciones que muchas veces han pasado desapercibidas para las teorías tradicionales. Por ejemplo, se aborda el acoso entre trabajadores varones en ausencia de atracción sexual, como sucede en aquellos casos en que el sujeto pasivo no se ajusta a la imagen masculina del trabajo. Esto incluye a hombres solteros, demasiado emocionales, que no encajan en el rol de hombre proveedor -porque cuidan a sus hijos, realizan tareas domésticas o perciben menos ingresos que su cónyuge-, o bien, porque transmiten una imagen de debilidad en comparación con sus compañeros.

Ahora bien, se ha sostenido que la perspectiva de género es una “forma de ver o analizar el impacto del género en las oportunidades, roles e interacciones sociales de las personas, permitiendo luego transversalizar esta perspectiva en una política institucional” (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, 2021, p. 51).

A mayor abundamiento, y, en palabras de la Dirección del Trabajo, este enfoque

da cuenta de la presencia de una estructura de poder asimétrica que asigna valores, posiciones, hábitos diferentes a cada uno de los sexos y por ende estructura un sistema de relaciones de poder conforme a ello, el cual se ha conformado como una lógica cultural, social, económica y política omnipresente en todas las esferas de las relaciones sociales (Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024.).

Para estos efectos, es preciso tener presente que “la categoría de género, como categoría de análisis, alude a las diferencias entre los sexos que se han construido culturalmente, y no a las diferencias físicas y biológicas o que son atribuibles a la naturaleza” (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, 2021, p. 51).

Históricamente, la sociedad ha impuesto ciertos roles de género específicos y la división sexual del trabajo. Este modelo, referido a la repartición social de tareas o actividades según sexo-género, ha implicado que se produzcan y perpetúen las diferencias en la participación laboral y en los salarios de hombres y mujeres (Uribe-Echeverría, 2008, p. 18).

El término "división sexual del trabajo" se refiere a la existencia de procesos que sexualizan tanto la "división social" como "técnica" del trabajo. Esto implica una inserción diferenciada de hombres y mujeres en los espacios de reproducción y producción social. En el ámbito de la reproducción, se manifiesta en la segregación o concentración de las mujeres en las tareas domésticas. Mientras que, en el ámbito de la producción, se observa en la segregación ocupacional o concentración de las mujeres en sectores de actividad, ocupaciones y puestos de trabajo específicos (Uribe-Echeverría, 2008, p. 18). A mayor abundamiento, las mujeres, además de participar como trabajadoras en el mercado laboral, son “responsables de las tareas reproductivas de la sociedad” (Supiot, 1999, p. 253). Sin duda, en el ámbito de la reproducción, las mujeres dedican más tiempo que los hombres a lo que se conoce como “trabajo doméstico no remunerado” (término adoptado desde la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 de las Naciones Unidas), también llamado “trabajo doméstico de cuidado”.

Por ejemplo, en las hipótesis de acoso sexual, los estereotipos de género se traducen en asumir lo femenino como sinónimo de objeto sexual, en una posición subordinada respecto del hombre (Vera, 2021, p. 88). De hecho, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso González y otras

36

“Campos Algodoneros” Vs. México (2009), “el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”. Este fallo señala, además, que “la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”⁸.

La Dirección del Trabajo observa que el artículo 2º, al consagrar la perspectiva de género, “implica la adopción de medidas tendientes a promover la igualdad y a erradicar la discriminación basada en dicho motivo”, lo que refleja que el legislador parte del supuesto de la existencia de una situación de desigualdad que debe ser superada, cuyas consecuencias afectan en mayor medida a las mujeres, así como a aquellas personas que no se ajustan o desafían los roles asignados por los estereotipos de género impuestos socialmente (Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024).

La Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema considera necesario distinguir entre las diferencias sexuales y las atribuciones, ideas, representaciones y prescripciones sociales construidas a partir de éstas. Señala, también, que una asignación rígida de estereotipos de género limita los deseos e impone barreras al desarrollo pleno e igualitario de cada persona. En concordancia con lo expuesto, para el Poder Judicial, la perspectiva de género constituye una herramienta metodológica de análisis que permite a quienes administran justicia abordar los casos que se les presentan con una mirada que reconozca y visibilice las barreras que dificultan el goce y ejercicio igualitario de ciertos derechos, especialmente en grupos históricamente discriminados desde una perspectiva estructural, como las mujeres y personas LGTBIQ+. De esa manera, busca garantizar que la interpretación y aplicación del derecho, conforme a las normas nacionales e internacionales, no perpetúe dichas desigualdades y garantice plenamente el respeto del principio de igualdad (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, 2021, p. 51). Específicamente, esto se traduce en interpretar las normas ajustándose al principio de igualdad efectiva o sustancial entre hombres y mujeres, resolver las lagunas axiológicas o normativas teniendo como guía el principio de igualdad de sexos, y juzgar libre de sesgos, prejuicios o estereotipos (Cavas, citado por Lizama y Lizama, 2024, p. 40).

8 Vera (2021), p. 88. La Corte IDH sostuvo en su sentencia que “...al aplicar el test propuesto por Cook y Cusack, antes expuesto, se encuentra que entre los referidos funcionarios públicos actuaron con base en un estereotipo sobre los roles sexuales de las mujeres, condicionando el acceso a sus derechos a un determinado tipo de comportamiento moral considerado estereotípicamente correcto, lo cual provocó que minimizaran las denuncias por las desapariciones de mujeres y culparan a las propias víctimas de su suerte, ya fuera por su forma de vestir, por el lugar en el que trabajaban (maquilladoras), por el lugar de su desaparición (bares o restaurantes) o por caminar en las calles de noche. Así se denegó el derecho de acceso a la justicia para las jóvenes y sus familias, se impuso a la familia la carga de asumir la búsqueda de sus hijas y de probar que su comportamiento no era reprochable, y se afectó su dignidad en tanto no se les reconoció como personas titulares de derechos...”. Véase Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación (2018), p. 51.

Por consiguiente, no basta con garantizar la igualdad formal ante la ley; es necesario avanzar hacia una igualdad sustancial. Esto requiere abandonar la idea de que las mujeres deben ser tratadas igual cuando son iguales a los hombres, y de forma distinta si son diferentes a los hombres, ya que este enfoque puede perpetuar situaciones de vulnerabilidad y abrir la puerta a actos de discriminación (Lizama y Lizama, 2024, p. 38).

En este escenario, resulta relevante el criterio de la "mujer razonable" desarrollado por la jurisprudencia estadounidense en el caso *Kerry Ellison v. Nicholas F. Brady* (1991) ante la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito Federal. Este criterio establece que, en situaciones donde la víctima sea una mujer, la evaluación del caso debe basarse en el criterio de una mujer razonable, en lugar de una persona razonable (Puyeski, 1999, pp.19 y ss. Vid. Gamonal y Guidi, 2015, pp. 319 y 320).

Hace más de tres décadas, la Corte norteamericana estableció que:

existe una amplia gama de puntos de vista, incluso en el grupo de mujeres, pero también creemos que muchas mujeres comparten preocupaciones comunes que los hombres no necesariamente comparten. Por ejemplo, debido a que las mujeres son desproporcionadamente víctimas de violaciones y de asaltos sexuales, ellas tienen un incentivo mucho más fuerte para preocuparse por el comportamiento sexual. Las mujeres que son víctimas de formas sutiles de hostilización sexual podrían comprensiblemente preocuparse acerca de si la conducta de un acosador es simplemente un preludio a un asalto sexual violento.

A continuación, la Corte norteamericana precisó que:

adoptamos la perspectiva de una mujer razonable, fundamentalmente porque creemos que la perspectiva de una persona razonable, sin tomar en cuenta su sexo, tiende a tomar en cuenta las experiencias de los hombres y tiende a ignorar sistemáticamente las experiencias de las mujeres. La perspectiva de la mujer no establece un nivel más alto de protección para las mujeres que para los hombres. Por el contrario, un examen de los hechos tomando en cuenta el género de la víctima de hostilización sexual permite a las mujeres participar en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones que los hombres⁹.

9 Fernández (2001), p. 138. Es importante considerar sus implicancias en relación a la perspectiva de género, sin perder de vista las críticas formuladas por McGinley (*Reasonable Men?*, Conn. L. Rev. 1, 6 n.º 22, 2012), quien señala que este criterio asume que el acoso sexual siempre es perpetrado por un hombre contra una mujer, excluyendo casos de acoso entre personas del mismo sexo o de mujeres hacia hombres. La autora cita, como ejemplo, el caso *Prospect Airport Services*, en el que un hombre denunció acoso sexual por parte de una compañera de trabajo, mientras que el empleador no tomó medidas para impedirlo. El Tribunal de Distrito desestimó la demanda, decisión que fue posteriormente revertida por la Corte del Noveno Circuito Federal, justificándose en que el mismo abogado del demandante habría comentado que, en una situación similar, la mayoría de los hombres hubiera recibido con agrado el acoso sexual de una mujer, lo cual refuerza los prejuicios que subyacen en estos casos. Véase Gamonal (2024), pp. 21 y 22 y Gamonal (2022), p. 303.

38

La “perspectiva de género feminista”, basada en la experiencia y visión de las mujeres, no genera una justicia parcial; por el contrario, busca garantizar que se consideren de manera adecuada todas las perspectivas, considerando a las mujeres como actores igual de relevantes que los hombres y con los mismos derechos (Gamonal, 2024, p.22). En otras palabras, este enfoque permite que los jueces incorporen la visión de las mujeres y de otras identidades de género marginalizadas en asuntos como el femicidio, la violencia intrafamiliar, la custodia de los hijos, el acoso sexual y el acoso laboral, entre otros (Gamonal, 2024, p.22).

Desde un punto de vista normativo, el principio de perspectiva de género y el deber de garantizar un trato libre de violencia fueron incorporados en el inciso segundo del artículo 2º del Código del Trabajo, ubicado en su Título Preliminar. Esto implica, conforme ha sostenido la Dirección del Trabajo, que ambos principios fundamentan las relaciones laborales y deben ser considerados como principios que irradian la aplicación e interpretación de toda la normativa laboral. En consecuencia, constituyen un mandato para el empleador, quien debe tenerlos a la vista en el ejercicio de sus facultades, asumiendo la obligación de velar por un ambiente de trabajo basado en el respeto y la no discriminación, especialmente en materia de género. Esta obligación incluye el deber de prevenir situaciones de violencia e implementar políticas internas con el fin de fomentar y concretar una cultura organizacional libre de violencia en todas sus manifestaciones (Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024).

La Contraloría General de la República, a través del dictamen N° E516610/2024 de 19 de julio de 2024, en el que imparte instrucciones sobre las modificaciones que la Ley N° 21.643 (Ley Karin) introdujo en las Leyes N°s 18.575, 18.834 y 18.883, en materia de prevención, investigación y sanción del acoso laboral, sexual o de violencia en el trabajo, también ha sostenido que la perspectiva de género tiene aplicación general, remitiéndose para llegar a esta conclusión a los artículos 3, 14 y 30 de la Ley N° 21.675, que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, de 14 de junio de 2024¹⁰.

10 El artículo 3 de la citada ley establece que quienes ejerzan la función pública deben observar especialmente los principios de igualdad y no discriminación, debida diligencia, centralidad en las víctimas, autonomía de la mujer, así como los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad y prohibición de regresividad de los derechos humanos.
Por su parte, el artículo 14 impone la obligación especial de prevenir la violencia de género en el ámbito laboral, señalando que los organismos del Estado, dentro del marco de sus competencias, deben incorporar transversalmente la perspectiva de género en sus políticas generales en materia laboral.
Asimismo, el artículo 30 dispone que en todas las investigaciones y procesos judiciales o administrativos sobre violencia de género que afecten a mujeres, tales como denuncias por acoso sexual y laboral presentadas por ellas, los órganos del Estado deben observar los principios de debida diligencia y de no victimización secundaria.

Este principio se incluyó para garantizar el debido proceso y prevenir la discriminación por razones de género, junto con los de confidencialidad, imparcialidad y celeridad, en el artículo 211-B del Código del Trabajo y en el artículo 46 de la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, referidos a los procedimientos de investigación regulados en el Párrafo 2º del Título IV del Libro II del Código del Trabajo y a los sumarios administrativos en el caso de los funcionarios públicos¹¹.

Llegados a este punto, y con el objetivo de comprender las implicancias de la perspectiva de género como eje central en la interpretación de la normativa sobre acoso sexual y laboral, a continuación, se examinará cómo esta óptica influye, en concreto, en la configuración de ambos tipos de acoso, conforme a la jurisprudencia administrativa.

La Dirección del Trabajo ha sostenido que la perspectiva de género debe tenerse especialmente en cuenta al evaluar los alcances del concepto legal de acoso sexual, ya que permitiría determinar si una situación queda o no comprendida dentro del mismo, y señala, a modo de ejemplo, "que los mismos hechos podrán tener un impacto distinto o variar su intensidad según quien sea la persona afectada o quien ejerce la conducta, en relación con su contexto, siendo el elemento de género determinante en esta materia (Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024).

La Dirección del Trabajo agrega que el legislador, al incluir en el concepto legal de acoso laboral las expresiones "que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo", entiende que éste no sólo se configura:

cuando se ocasiona un perjuicio o daño laboral directo en la situación de la persona al interior de la empresa, sino también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo del trabajo, se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo.

Por ende, bajo el enfoque de la perspectiva de género, el acoso laboral también incluye:

aquellas conductas cuyo sentido o resultado es la generación de un ambiente laboral hostil y ofensivo, a través del desprecio hacia una o más personas en razón a su género, es decir, lo que se ha denominado acoso sexista (Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024).

¹¹ Con la salvedad de que conforme al dictamen N° E516610/2024 de la Contraloría General de la República, el artículo 46 LOBGAE está en su Título II, por tanto, en principio no se aplicaría a la Contraloría General de la República, Banco Central, Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden y Seguridad, Gobiernos Regionales, Municipalidades, Consejo Nacional de Televisión, Consejo para la Transparencia y empresas públicas creadas por ley. Sin embargo, los mismos principios están consagrados en la LEA y en la LEAFM. Por lo tanto, se aplican a los organismos que se rigen directa o supletoriamente por estas leyes.

40

Es importante destacar que el acoso sexista no fue incorporado de manera explícita en nuestra legislación por la Ley N° 21.643. Sin embargo, la Dirección del Trabajo ha reconocido que, sin lugar a dudas, este tipo de conducta está implícitamente comprendido. Lo propio ha sostenido la doctrina. Para Ugarte, “el acoso sexista corresponde a un hostigamiento que expresa un desprecio hacia las trabajadoras, posicionándolas en un plano de inferioridad y/o cosificación, sin que las conductas que lo constituyen tengan naturaleza sexual”. Al igual que el organismo fiscalizador, sostiene que:

comparte la ilicitud laboral con el acoso en el trabajo; por idéntica razón jurídica, la lesión de la integridad física y psíquica del trabajador o trabajadora víctima. Pero agrega una condición de ilicitud particular: es una forma de discriminación en el lugar de trabajo por razón de género (Ugarte, 2024, p. 15)¹².

Sólo un comentario final. El acoso sexual y el acoso laboral son fenómenos diferentes y autónomos. Sin embargo, como señala Hirigoyen en sus estudios, el porcentaje de mujeres víctimas de acoso moral en el trabajo es significativamente superior al de los hombres¹³, y, además, el acoso moral hacia las mujeres suele tener una connotación sexual, lo que Ege define como “mobbing sexual” (Gamonal y Prado, 2006, p. 38).

12 La Circular N° 3813, de 7 de junio de 2024, emitida por la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO), establece Asistencia Técnica para la Prevención del Acoso Sexual, Laboral y Violencia en el Trabajo y otros aspectos contenidos en la Ley N°21.643. En ella, se destaca que el deber preventivo del empleador incluye la necesidad de reconocer, identificar y medir comportamientos incívicos y sexistas, ya que éstos pueden ser el inicio de una escalada de conductas que terminen en violencia y acoso, especialmente por razones de género. En otras palabras, se busca garantizar que el empleador gestione este riesgo, eliminándolo. Este instrumento define sexismo como “cualquier expresión (un acto, una palabra, una imagen, un gesto) basada en la idea de que algunas personas son inferiores por razón de su sexo o género”. Además, lo clasifica en consciente u hostil e inconsciente o benévolos. El sexismo consciente u hostil “defiende los prejuicios de género tradicionales y castiga a quienes desafian el estereotipo de género, los que en determinados contextos podrían dar lugar a conductas constitutivas de acoso”. Incluye, a modo de ejemplo, comentarios denigrantes hacia mujeres o diversidades, humor o chistes sexistas o discriminatorios hacia la mujer o diversidades, en ambos casos, basados en dicha condición, comentarios sobre fenómenos fisiológicos de mujeres o diversidades, entre otras. Por su parte, el sexismo inconsciente o benévolos hacia las mujeres, en principio no busca generarles daño; sin embargo, perpetúa una cultura de trabajo en la que se tolera la violencia silenciosa. Señala la SUSESO que, considerando el contexto y caso concreto, este tipo de sexismo incluye lo que se denomina “mansplaining”, que consiste en darle a una mujer experta en un determinado tema una explicación no solicitada; el “manterrupting”, que se traduce en interrumpir bruscamente a una mujer mientras habla sin esperar que termine; y el “sexismo benevolente”, que alude a todas aquellas conductas paternalistas desde los hombres hacia las mujeres, que las asumen como menos competentes e incapaces de tomar sus propias decisiones.

13 El 30 de septiembre de 2024, la ministra del Trabajo y Previsión Social, Sra. Jeannette Jara, realizó un primer balance de la implementación de la Ley N° 21.643. Se informó que entre el 1 y el 31 de agosto de 2024, fueron calificadas bajo la nueva normativa un total de 4.820 denuncias. De esta cifra, 3.844 denuncias correspondieron al sector privado y 976 al sector público. Por su parte, en línea con lo expuesto por Hirigoyen, se constató que las mujeres son las que más denuncian. Mientras que en el sector privado un 68% de las denuncias fueron efectuadas por mujeres, en el sector público la cifra alcanzó un 77%. Información disponible en el siguiente enlace: <https://www.dt.gob.cl/portal/1627/w3-article-126724.html> [20/12/2024].

Por consiguiente, ambos tipos de acoso -esto es, el acoso sexual y el acoso laboral-, pueden estar estrechamente relacionados. En este sentido, una conducta constitutiva de acoso sexual puede ser el primer paso para configurar acoso moral en el trabajo. Esto ocurre cuando, por ejemplo, tras el rechazo de los requerimientos del acosador por parte de la persona acosada sexualmente, el primero inicia una escalada de conductas posteriores a modo de represalia. A su vez, el acoso sexual, especialmente el ambiental, puede llegar a constituir acoso laboral si las conductas que lo configuran poseen una connotación sexual. Del mismo modo, puede configurarse cuando, dentro del conjunto de conductas que lo conforman, se incluyen actos de carácter sexual junto con otros de distinta naturaleza (Gamonal y Prado, 2006, p.38).

3. Conceptos de acoso sexual, acoso laboral y violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral. Algunas consideraciones generales. Subcontratación y suministro de trabajadores

Retomando el análisis del artículo 2º del Código del Trabajo, cuyas definiciones también son aplicables en el sector público en relación con el acoso sexual, acoso laboral y la violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral, es preciso señalar que la Ley N° 21.643 mantiene la definición de acoso sexual vigente a la fecha de su entrada en vigor. Por su parte, esta ley modifica la noción de acoso laboral, e incorpora el concepto de violencia en el trabajo ejercida por terceros ajenos a la relación laboral.

Sobre el particular, cabe hacer presente que, en nuestro país, la distinción entre acoso y violencia se basa en la identidad del sujeto que comete la conducta en contra del trabajador: si es el empleador u otro trabajador o trabajadora de la misma empresa, se considera “acoso” (laboral o sexual); en cambio, si la efectúa un tercero ajeno a la relación laboral, se califica como “violencia en el trabajo” (Lizama y Lizama, 2024, p. 49).

Esto puede generar algunos problemas prácticos con relación a la subcontratación y el suministro de trabajadores, que comentaré a continuación.

La Ley N° 21.643 no introdujo ninguna modificación al Título VII del Libro I del Código del Trabajo, referido al Trabajo en Régimen de Subcontratación y al Trabajo en Empresas de Servicios Transitorios. No obstante, el Decreto N° 21, que aprueba el Reglamento que establece las Directrices a las cuales deberán ajustarse los Procedimientos de Investigación de Acoso Sexual, Laboral o de Violencia en el Trabajo, de fecha 28 de mayo de 2024, aprobado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, se refiere en su artículo 24 al trabajo en régimen de subcontratación.

42

Este reglamento distingue entre dos escenarios, dependiendo de si los involucrados en los hechos pertenecen a la misma empresa o a empresas distintas. En el primer supuesto, cuando el empleador de la empresa principal o usuaria recibe una denuncia de una persona trabajadora dependiente de otro empleador (contratista o empresa de servicios transitorios, según corresponda), establece que debe informarle acerca de las instancias contempladas en el artículo 211-B bis del Código del Trabajo, esto es, que la persona afectada puede interponer su denuncia ante su empleador o ante la Inspección del Trabajo respectiva. Por consiguiente, la denuncia debe remitirse al sujeto u organismo que sustanciará el procedimiento de investigación.

Si los hechos denunciados involucran a personas trabajadoras de distintas empresas, ya sea de la principal o de la usuaria, de la contratista, de la subcontratista o de la empresa de servicios transitorios, la persona afectada puede denunciar ante la empresa principal o ante la usuaria respectiva, ante su empleador o ante la Dirección del Trabajo. Si opta por efectuar la denuncia ante su empleador, éste tiene la obligación de informar a la empresa principal o usuaria, dentro de los tres días siguientes a su recepción. Asimismo, la empresa principal o usuaria siempre será la responsable de realizar la investigación, mientras que los empleadores de las personas trabajadoras involucradas deberán adoptar las medidas de resguardo y aplicar las sanciones que correspondan.

La Dirección del Trabajo, en el dictamen N° 497/21 de fecha 31 de julio de 2024, establece que puede existir un acuerdo entre la empresa principal y la o las empresas contratistas, en cuanto a que la primera brinde apoyo a la o las segundas en el desarrollo de la investigación. Lo anterior no exime a la empresa contratista de su propia responsabilidad, debiendo garantizar que el procedimiento de investigación cumpla las directrices del Reglamento emitido por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social y lo dispuesto en la Ley N°21.643.

Algunos de los problemas prácticos que se derivan de lo expuesto dicen relación con posibles dificultades de coordinación entre la empresa principal y la o las contratistas, los que podrían surgir al definir los límites de las competencias de cada una. Además, la falta de coordinación efectiva podría dar lugar al incumplimiento del principio de celeridad, ya que justamente esta falta de coordinación podría impedir que se cumplan los plazos legales.

Al mismo tiempo, existe el riesgo de que surjan conflictos de interés entre las empresas involucradas. Por ejemplo, la empresa principal podría no ser imparcial al investigar hechos que involucren a trabajadores bajo su dependencia. Del mismo modo, la dependencia económica de la contratista respecto de la principal podría generar una mayor desprotección para sus propios trabajadores, ya que la contratista podría evitar cuestionar decisiones adoptadas por la empresa principal.

Por otro lado, existe un problema relevante relacionado con la calificación de los hechos. Cuando el sujeto activo y pasivo pertenecen a distintas empresas, en principio, se configuraría una hipótesis de violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral. En esta situación, el empleador de la víctima no tendría la facultad de aplicar sanciones a los trabajadores subordinados a otras empresas que hubiesen perpetrado

los actos de violencia, limitándose únicamente a la adopción de medidas correctivas. Esta hipótesis podría derivar en una discriminación arbitraria, ya que los mismos hechos, de ocurrir entre trabajadores de una misma empresa, recibirían una calificación jurídica distinta. En tal caso, se trataría de un supuesto de acoso sexual o de acoso laboral, conductas que acarrean sanciones que van desde una amonestación verbal hasta el despido disciplinario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 160 N° 1 letra b) y f) del Código del Trabajo.

Es importante tener presente que, además de las obligaciones que corresponden a la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores conforme al artículo 184 del Código del ramo, el artículo 183-E establece que la empresa principal debe adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que prestan servicios en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia laboral, de acuerdo a lo previsto en el artículo 66 bis de la Ley N° 16.744 y al artículo 3º del Decreto Supremo N° 594, del Ministerio de Salud, de 1999.

Una reflexión final. Habría sido conveniente ampliar la definición de acoso para incluir no sólo a las personas vinculadas contractualmente con un mismo empleador, sino que también a aquellas que, de forma funcional, prestan servicios para la misma empresa (Halpern, 2024, p. 30). En palabras de Fernández, bastaría con “la presencia física de ambos en un centro de trabajo de la empresa en el que ambos sujetos activo y pasivo prestan sus servicios pudiendo ser la presencia de uno, o ambos, temporal” (Fernández, 2019, p. 13).

4. Acoso Sexual: concepto y elementos. No consentimiento e indeseabilidad de la conducta. Prueba

En relación con el concepto de acoso sexual, éste se mantiene inalterado desde la entrada en vigor de la Ley N° 20.005, que Tipifica y Sanciona el Acoso Sexual, de 18 de marzo de 2005. En consecuencia, se entiende por tal “el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

Como ha destacado la doctrina, se trata de una noción “restrictiva y anticuada” (Ugarte, 2024, pp. 24 y 25), que, en una interpretación literal, al utilizar la expresión “requerimientos”, pareciera excluir aquellos casos en los que no existe una exigencia de prestación sexual por parte del o la acosadora. Sin embargo, la doctrina (véase Caamaño, 2005, pp.13 y ss y Gamonal, 2007, p. 73), la jurisprudencia judicial -en el marco de la acción de tutela de derechos fundamentales (Ugarte, 2024, pp. 24 y 25)-, y la jurisprudencia administrativa -a través del dictamen N° 4359/59 de 2009 y, más recientemente, mediante el dictamen N° 362/19 de 2024-, han permitido superar esta deficiencia, entendiendo que el acoso sexual también se manifiesta como acoso sexual ambiental, por intimidación o de entorno hostil. Ya volveré sobre este punto.

44

Sin duda, el legislador desaprovechó la oportunidad de actualizar este concepto. Podría haber incorporado expresiones similares a las previstas en el artículo 494 ter del Código Penal, introducido por la Ley N° 21.153, que modifica el Código Penal para Tipificar el Delito de Acoso Sexual en Espacios Públicos y que fue publicada en el Diario Oficial con fecha 3 de mayo de 2019. Esta disposición legal establece que comete acoso sexual quien, en lugares públicos o de libre acceso público, realiza sin el consentimiento de la víctima un acto de significación sexual capaz de generar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, siempre que no constituya una falta o delito al que se imponga una pena de mayor gravedad.

4.1. Elementos constitutivos del acoso sexual

Retomando el análisis del concepto legal de acoso sexual, a continuación, examinaré sus elementos constitutivos:

4.1.1. Requerimientos de carácter sexual

En primer lugar, la norma transcrita establece que debe tratarse de requerimientos de carácter sexual.

La Dirección del Trabajo ha sostenido que:

las conductas constitutivas de acoso no se encuentran limitadas a acercamientos o contactos físicos, sino que incluye cualquier acción del acosador sobre la víctima que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido, tal como lo pone expresamente de manifiesto el concepto legal, cuando señala que el acoso sexual puede producirse ‘por cualquier medio’, incluyendo en ese sentido, propuestas verbales, correos electrónicos, cartas o misivas personales, etc. (Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 1133/36, de 21 de marzo de 2005).

Por ejemplo, en un fallo emitido por el Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles se aborda este aspecto del acoso sexual, destacando que implica conductas de naturaleza sexual que pueden manifestarse de diversas formas y a través de distintos medios. Este fallo sostiene que la jurisprudencia laboral ha interpretado el requerimiento sexual indebido de manera amplia, abarcando no sólo acercamientos físicos, sino también acciones del acosador hacia la víctima por medios escritos, a través de correos electrónicos, o propuestas verbales. En este caso en particular, se identificaron actos como invitaciones a salir, solicitudes de fotografías desnudas, control sobre la vida privada, invitaciones al domicilio para posar desnudas o con poca ropa, así como comentarios sobre el aspecto físico de las denunciantes, realizados de forma verbal, por WhatsApp y ante terceros (Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, RIT T-35-2022, de 23 de enero de 2023).

Como se desprende del concepto legal y del fallo citado, debe existir un acto que posea carácter sexual o que sea de connotación sexual, lo que permite diferenciar el acoso sexual de otras conductas abusivas, como el acoso laboral o el acoso sexista. En cuanto a este último, como ya comenté previamente, se refiere

a situaciones que implican una discriminación de género sin necesariamente sexualizar las relaciones (García, Lagos, Sarmiento y Walker, 2023, p. 31). Un ejemplo claro serían expresiones como “usted debería estar en la casa cuidando a los niños”. Por lo tanto, el término “sexual” asociado a la expresión acoso alude específicamente a los órganos sexuales y al placer carnal (Palavecino, citado por García, Lagos, Sarmiento y Walker, 2023, p. 31).

En la Circular N° 3813 de la Superintendencia de Seguridad Social, ya referida, se contemplan varios ejemplos de conductas de acoso sexual, tales como: el envío de mensajes o imágenes con contenido sexual explícito; la participación en acoso o coerción sexual mediante plataformas digitales sin el consentimiento del destinatario; el ofrecimiento de recompensas o beneficios a cambio de favores sexuales; las amenazas de consecuencias negativas ante el rechazo a dichas solicitudes; presiones para llevar a cabo una actividad sexual en contra de la voluntad de la víctima a través de amenazas, manipulación u otros medios; y, cualquier contacto o comportamiento sexual no deseado o no consensual, como contacto físico, roces, pellizcos y besos deliberados no deseados. Las conductas descritas pueden ocurrir tanto en el trabajo presencial como en las modalidades de teletrabajo o trabajo a distancia.

Por su parte, la jurisprudencia judicial ha precisado que:

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. Esto, porque 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 (Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-1774-2018, de 23 de abril de 2020).

El Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, en la causa Rol O-313-2023, también hizo presente que el acoso sexual no siempre se manifiesta de manera obvia o evidente. En algunos casos, basta con comentarios fuera de lugar -los que en este caso consistieron en decirle a una trabajadora que se veía “rica” vestida de negro-, insistir en que saliera con él o visitara su casa para tomar un trago. También se mencionaron acciones destinadas a ganar su confianza, como halagos sobre su persona y su rol de madre, llamarla fuera del horario de trabajo, contándole asuntos personales, con la aparente intención de generar una relación de amistad, pero con una finalidad distinta (Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, Rol 0-313-2013, de 17 de octubre de 2024).

La interpretación pro cives a que hizo referencia el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, está relacionada con el carácter pluriofensivo de la conducta, que afecta de manera simultánea varios derechos fundamentales.

46

Así lo entendió el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, considerando vulnerados los derechos fundamentales a la intimidad, a la integridad física y psíquica, y a la no discriminación. Según el Tribunal, la denunciada actuó de forma desproporcionada y arbitraria, afectando las garantías mencionadas. El fallo sostiene que, valiéndose de su potestad patronal y de la condición de mujer de la trabajadora, el empleador vulneró, “gradual, constante y solapadamente”, su intimidad y libertad sexual, entendida como el derecho a decidir con quién y en qué momento se desarrolla la sexualidad. Asimismo, se transgredieron los límites de la relación laboral a través de expresiones y actos que afectaron su dignidad, integridad psíquica y honra, provocando un menoscabo en su autoconcepto, su seguridad y otros perjuicios para la víctima (Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-706--2016, de 28 de octubre de 2016).

Ahora bien, la tipificación legal utiliza una expresión plural -requerimientos- para definir acoso sexual. Sin embargo, es:

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 dominantes (Ugarte, 2020, p. 12).

Por otro lado, hay que tomar en cuenta que:

sancionar la “insistencia” del acosador no representa una interpretación que tienda a proteger los derechos fundamentales de la víctima, pues con ello no se persigue garantizar su autonomía frente al agresor, sino únicamente promover, desde una perspectiva androcentrista, la existencia de relaciones amorosas que se consideran lícitas en el ambiente de trabajo, especialmente aquellas que son fruto de la conquista del varón a la mujer. Lo cual se afianza en construcciones culturales (como el “Amor Romántico”) que sobre la base de prejuicios concibe al varón como un sujeto hábil, que imprime virtud en la labor de conquista amorosa; mientras que a la mujer se la cosifica, como sujeto-objeto de deseo (Vera, 2021, p. 95).

4.1.2. ¿Elemento locativo?

Con respecto a otro punto importante, algunos argumentan que, para que se configure el acoso sexual, se precisa el cumplimiento de un elemento locativo, es decir, que la conducta tenga lugar dentro del entorno de trabajo¹⁴. Sin embargo, el artículo 2 del Código del Trabajo, al definir acoso sexual, no contempla un elemento locativo que deba ser interpretado de manera restrictiva, basta con que la conducta tipificada en esta disposición legal se materialice con ocasión del trabajo (Planet, 2021, p. 91).

La jurisprudencia ha reconocido la existencia de acoso sexual en lugares ajenos al ámbito espacial de la organización y dirección de los factores productivos, incluso fuera del horario en que el empleador ejerce su poder de dirección, siempre que el empleador no pueda excusarse de su deber de protección contemplado en el artículo 184 del Código del Trabajo. Esto incluye actividades, paseos o fiestas organizadas por la empresa (Juzgado de Letras de Punta Arenas, RIT T-29-2020, de 10 de octubre de 2020). La doctrina nacional ha respaldado esta interpretación (véase Gamonal, 2007, p. 73; Planet, 2021, pp. 90 y 91 y García, Lagos, Sarmiento y Walker, 2023, pp. 38 y 39).

Por su parte, comparto lo argumentado por la recurrente, en la causa RIT T-1032-2022, en el sentido de que no resulta relevante si la conducta que se reprocha (en este caso, acercarse de manera inapropiada a la víctima y tocarle la pierna) ocurre o no en el lugar de trabajo. Lo fundamental es que el motivo de la reunión sea el hecho de ser compañeros de trabajo y que la conducta haya generado consecuencias en el ambiente laboral. Por ello, es indiferente si la empresa, como institución, no ha tenido relación con la organización de la reunión social donde se produjo el acto de acoso.

En este marco conceptual, la Corte de Apelaciones de Santiago, al acoger el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia de 27 de julio de 2023, dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en la causa en examen, sostuvo lo siguiente:

La jueza de la instancia sostiene que esta acción debe ocurrir en un espacio laboral, argumento que es errado si se aplica de manera absoluta, entendiendo que tales hechos deben acaecer exclusivamente en dependencias de la empresa, desde que la protección ante situaciones de acoso u hostigamiento

¹⁴ Es lo que sostuvo la Corte Suprema en la sentencia de reemplazo dictada en la causa Rol N° 2704-2002 de 9 de abril de 2003, frente al acoso sexual denunciado por la demandante (envío de tres cartas de carácter personal y afectivo, en las que su superior jerárquico manifestaba su intención de tener relaciones sexuales con ella, aún frente a su rechazo). Pese a acoger la acción por despido indirecto interpuesta en esta causa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 160 N°s 5 y 7, entendió que “la prueba aportada era insuficiente para dar por establecida la conducta de acoso sexual y presiones indebidas en el ámbito laboral. Es decir, a pesar de que en este fallo se acoge la acción de la trabajadora, se desestima la existencia del acoso sexual en sí, por considerar que si bien existen pasajes (en las cartas) que podrían configurar alguna situación de acoso por parte de quien las suscribe, las mismas son insuficientes para establecer que tal conducta se materializó al interior del establecimiento en que trabajaba la demandante”. Véase Carvajal (2005), pp. 46 y 47.

laboral y de índole sexual, debe extenderse a escenarios que se sitúan en un contexto de trabajo, a propósito del mismo, como ocurre en este caso, de forma que y, como se observa en el caso de autos, la reunión social se enmarca dentro de un encuentro recreacional de compañeros de trabajo, con motivo de las fiestas de fin de año, en una actividad del “amigo secreto”, a la cual fue invitada la denunciante –según se deriva de la investigación interna que realiza la empresa- con motivo de ser parte de ese equipo de trabajo, lo que impide sostener que se desarrolla dentro del ámbito privado de las personas, pues se insiste que se trata, en definitiva, de una reunión generada a propósito de la relación de trabajo y con ocasión de ella, lo que permite concluir, a diferencia de lo que se sostuvo por la jueza de base, que se trata de una situación que ha de ser objeto de protección, según lo dispuesto por el artículo 184 del Código del Trabajo (considerando décimo sexto).

Lo anterior se condice con lo previsto en el artículo 3 del Convenio N° 190 de la OIT, del cual se desprende que la laboralidad del acoso está determinada por su ocurrencia durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado de éste (Vera, 2021, p. 91). Criterio que resulta aplicable también a las hipótesis de acoso laboral y de violencia perpetrada por terceros ajenos a la relación laboral.

4.1.3. No consentimiento de la víctima e indeseabilidad de la conducta

Por otro lado, estos requerimientos no deben contar con el consentimiento de la persona que los recibe.

Para examinar este requisito, es fundamental tener en cuenta que la relación laboral es una “relación de poder en donde la víctima no tiene plena autonomía” (Vera, 2021, pp. 96 y 97). Por lo tanto, “el silencio o la pasividad por parte de la víctima no debe ser entendida como deseo consentimiento para efectos de dar por descartado el acoso sexual, atendido el contexto de sujeción de poder que enfrentan las víctimas en el puesto de trabajo” (Ugarte, 2020, p. 16).

En sintonía con lo señalado, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago sostuvo lo siguiente:

Quien se sale de ese contexto es el jefe, y no hay diálogo alguno, pues la subordinada no responde. No puede desprenderse de ese silencio que no haya incomodidad, rechazo o contrariedad, porque es una relación desigual, asimétrica, donde ella tempranamente ya conoce además la concepción que exhibe su jefe sobre las mujeres (Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-309-2018, de 7 de junio de 2018).

Lo propio sostuvo el Juzgado de Letras del Trabajo de los Ángeles, en los siguientes términos:

49

El hecho que ellas [las denunciantes] hubieran guardado silencio en algún momento no significa asentimiento respecto de los requerimientos, sino que más bien revela sorpresa, impresión en su momento, pero pasado el tiempo decidieron denunciar lo cual es lo usual en estos casos (Juzgado de Letras del Trabajo de los Ángeles, Rol T-35-2022, de 23 de enero de 2023.)

Vera parte de la premisa expuesta para abordar el problema que surge en torno a la tipificación legal del acoso sexual, específicamente en relación con las expresiones “no consentidos por quien los recibe” utilizadas en la disposición legal en examen. Coincidimos con su análisis respecto a que la formulación del tipo plantea el desafío de determinar el grado de validez que puede otorgarse al consentimiento de la mujer en el contexto de este fenómeno. Esto se complejiza debido a la persistencia de estereotipos acerca de los roles asignados a hombres y mujeres, los que pueden distorsionar la interpretación de la norma (Vera, 2021, p. 87).

Por esta razón, este mismo autor sostiene que lo relevante para el derecho no es el consentimiento manifestado formalmente, sino la verdadera intención o el deseo de la víctima en orden a establecer un vínculo afectivo. El deseo debe evaluarse en cada caso concreto, considerando las condiciones particulares de la víctima. Si se trata de una trabajadora, es importante considerar su vulnerabilidad desde un doble punto de vista: por un lado, el económico, debido al vínculo de subordinación y dependencia inherente a las relaciones laborales; y, por otro, en consideración a su género. Lo expuesto limita su capacidad para manifestar su voluntad de manera libre y espontánea, ya sea para consentir o para oponerse (Vera, 2021, p. 109).

Por lo tanto, la conclusión lógica es que:

el deseo sólo puede derivarse de conductas activas, debiendo descartarse la posibilidad de otorgarle valor al silencio. Y aun ante la existencia de una voluntad declarada, la condición de subordinada obliga a establecer en el caso concreto si aquélla responde al ejercicio de la autonomía del sujeto pasivo, o bien se trata de una voluntad viciada, por medio del ejercicio de examen objetivo de las conductas y sus perniciosos efectos (Vera, 2021, p. 109).

En el mismo sentido, parte de la doctrina sostiene que este requisito debió llamarse “indeseabilidad de la conducta”, para comprender aquellas hipótesis en las cuales se consiente a lo que no se desea, sea por presión del entorno, manipulación o por el miedo a perder la fuente de trabajo (Martínez citado por Planet, 2021, p. 99).

Por su parte, Vera alude al criterio de la mujer razonable -revisado al examinar el concepto y alcances de la perspectiva de género-, el cual exige tomar en cuenta todas las circunstancias y factores que afectan a la mujer en cada caso concreto. A su juicio, este enfoque evita generalizaciones basadas en estereotipos (Vera, 2021, p. 109).

50 A partir de lo expuesto, este mismo autor concluye que:

la interpretación del consentimiento debiera estar afincado a criterios objetivos que dimanen del grado de autonomía que las partes exhiban en un caso concreto, debiendo desterrarse ideaciones subjetivas, ambiguas y prejuiciosas, tales como que el varón aborde la belleza femenina y que la voluntad de la mujer está destinada a ser abatida, o cualquier otro concepto que signifique cosificar a la mujer o mermar su consideración como sujeto de derechos (Vera, 2021, p. 109).

En consonancia con este planteamiento, en la sentencia dictada en la causa RIT N° T-1774-2018, el Primer Juzgado del Trabajo destacó que “la fuente de trabajo, medio de subsistencia y viabilidad económica de todo trabajador condiciona cualquier expresión de voluntad”. Sin duda, esta situación se agrava cuando la persona afectada es de sexo femenino.

Para finalizar el análisis del “no consentimiento” como elemento característico del acoso sexual laboral, cabe destacar que “en el acoso laboral por hostigamiento, cuando se crea un ambiente sexista, intimidatorio o humillante, el consentimiento no tendrá mayor interés para tipificar el ilícito, dado que lo verdaderamente relevante en este caso es que se genera un ambiente contrario a los derechos fundamentales, como el de no discriminación” (Vera, 2021, p. 108).

4.1.4. Amenaza o perjuicio en la situación laboral u oportunidades de empleo de la víctima

Conforme a la definición legal, para que se configure el acoso sexual se debe producir una amenaza o perjuicio en la situación laboral o en las oportunidades de empleo de la víctima. Este requisito se traduce en el reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, tanto del acoso sexual de intercambio como del acoso sexual ambiental.

El acoso sexual de intercambio, de chantaje o quid pro quo se define por la exigencia sexual por parte de un superior, condicionando a la víctima a obtener ciertos beneficios laborales. Por ejemplo, estas ventajas pueden implicar aumentos salariales, ascensos, o la conservación de los beneficios que ya posee, como no ser excluida de un determinado proyecto o mantener el empleo. En la relación laboral, este tipo de acoso resulta particularmente grave, ya que se produce en un contexto de desigualdad de poder y de subordinación.

El acoso sexual también se manifiesta como acoso sexual ambiental, por intimidación o de entorno hostil. Este se caracteriza por un trato denigrante para la víctima, donde se genera un entorno laboral humillante y hostil, sin que sea necesario que el acosador ofrezca ventajas laborales de ningún tipo. En otras palabras, aunque no provoca consecuencias negativas directas, genera efectos no deseados para la víctima. Este tipo de acoso se presenta, por ejemplo, en los siguientes casos: bromas reiteradas de orden sexual, lenguaje impropio, vulgar y ofensivo, ilustraciones con desnudos en las paredes de la oficina o en el espacio de trabajo, exigencia a los trabajadores para que utilicen ropa sexualmente insinuante, etc (Gamonal y Guidi, 2015, p. 311).

En el caso Moreno con Maui and Sons, el Segundo Juzgado Laboral de Santiago, sostuvo que:

contrario a la concepción restringida que sostiene la demandada sobre el “acoso sexual”, en cuanto este se configuraría únicamente bajo la figura del “chantaje” de pérdida de empleo en caso de no acceder a los favores sexuales requeridos por un superior jerárquico, el tribunal comparte la amplísima doctrina que entiende que la definición del acoso sexual contenida en la norma citada atiende a una concepción amplia respecto de los actos antijurídicos en el plano laboral, asentada en la expresión “por cualquier medio” y en la estrecha vinculación con valores fundamentales, tales como la dignidad humana, la intimidad, la libertad, la integridad física y psíquica, entre otros, lo que lo transforma en una conducta pluriofensiva (Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-1181-2018, de 5 de marzo de 2019).

En el mismo sentido, la Dirección del Trabajo, mediante el ordinario N° 362/19, ha señalado que:

la ley ha entendido, al utilizar la expresión “amenacen o perjudiquen su situación laboral”, que se configura la conducta de acoso sexual no sólo cuando la persona afectada sufre un perjuicio o daño laboral directo en su situación al interior de la empresa, sino que también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo de trabajo, se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo (Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024).

4.2. Desafíos en materia probatoria

Los procesos laborales por acoso sexual en el trabajo enfrentan múltiples desafíos en materia probatoria. Por ello, resulta especialmente relevante abordar dos aspectos clave: la valoración de la declaración de la víctima y la exclusión de las pruebas obtenidas de manera ilícita.

Siguiendo el planteamiento de Ugarte, puede sostenerse que, en un proceso laboral por acoso sexual, la declaración de la víctima podría ser suficiente como único medio de prueba, siempre que se trate de situaciones especialmente justificadas, esto es, que el relato sea coherente, consistente y creíble. Este enfoque tiene como fundamento normativo el sistema de la sana crítica. En cuanto a la prueba indiciaria, este planteamiento agrega que esta declaración, apoyada en datos probatorios periféricos, especialmente de contexto, podría servir, por una parte, para evaluar la credibilidad de la víctima; y, por la otra, para permitir que el juez alcance una sospecha razonable que justifique declarar la vulneración de derechos fundamentales (Ugarte, 2024, pp. 70 y 71).

Aunque la jurisprudencia no es uniforme en esta materia, en un fallo dictado por el Juzgado de Letras del Trabajo de Calama se afirmó que:

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 hay 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 (Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, RIT T 8-2019, citado por Ugarte, 2024, p. 70).

52

¿Qué sucede con aquellas grabaciones obtenidas de manera subrepticia por la víctima?

El artículo 453 del Código del Trabajo establece las reglas aplicables a la audiencia preparatoria. En el N°3 regula la recepción de la causa a prueba, mientras que en su N°4 se refiere a la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes. El numeral 4º, junto con consagrarse “un amplio derecho de probar”¹⁵, establece la siguiente limitación legal, a saber:

carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales.

La posibilidad de excluir las grabaciones obtenidas de manera secreta por la víctima como medio probatorio se justifica en la noción de “expectativa de privacidad”¹⁶, concepto desarrollado por la jurisprudencia norteamericana para evaluar los límites del derecho a la privacidad (Herrera, 2016, p. 96). En principio, como afirma Ugarte, “la pretensión de no ser grabado sin conocimiento corresponde a una expectativa legítima que queda al amparo del derecho fundamental de privacidad” (Ugarte, 2024, p. 73); sin embargo, “la expectativa de privacidad no es absoluta y hay que determinarla caso a caso” (Zamora, 2024, p. 184).

En este sentido, adquiere relevancia la distinción efectuada por la Corte Suprema en la causa Rol N° 35.159 de 2017, entre expectativa subjetiva y expectativa objetiva de privacidad. El fallo afirma que, al analizar las circunstancias en que fue obtenida la grabación, esto es, sin el consentimiento del ejecutivo que emitió las declaraciones (audio que fue incorporado como prueba en el juicio), es posible concluir que, aunque el emisor de las comunicaciones tenía, desde una perspectiva subjetiva, la expectativa de que sus dichos no serían grabados ni diseminados, dicha expectativa no podría ser calificada como objetivamente razonable. Esto se funda en el contexto de huelga en que se encontraba la empresa, la presencia de trabajadores sindicalizados en la reunión donde se materializó la grabación, el carácter “informativo” de la misma, y en el hecho de que los dichos proferidos no decían relación con aspectos íntimos del individuo, entre otras consideraciones.

El mismo razonamiento es aplicable a la problemática en análisis: resulta inadmisible que una persona grabada mientras acosa a otra, alegue la exclusión de dicha grabación como medio probatorio, argumentando la existencia de una legítima expectativa de privacidad, al menos desde una perspectiva objetiva. Por lo demás, como sostiene Zamora:

no es posible tener la expectativa de que una víctima guarde silencio ante la ocurrencia de una falta sobre su persona, por lo que en estos casos sí es posible usar conversaciones privadas como medio de prueba aun con la negativa por parte del agresor (Zamora, 2024, p. 184).

15 Véase Ugarte (2024), pp. 71 y ss. Este derecho se traduce en que las partes pueden valerse de todas aquellas pruebas que estén reguladas por ley, como, asimismo, ofrecer cualquier otro elemento de convicción que sea pertinente, a juicio del tribunal, conforme al artículo 453 N°4 del Código del Trabajo.

16 Véase la sentencia dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en la causa RIT-S-90-2016, caratulada “Dirección Nacional del Trabajo con Banco de Crédito de Inversiones”, de 1 de febrero de 2017; la sentencia de reemplazo (recurso de nulidad) dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol N° 353-2017, de 9 de junio de 2017; y la sentencia de unificación de jurisprudencia, dictada por la Corte Suprema en la causa Rol N° 35.159-2017, de 12 de abril de 2018.

Lo anterior no puede afirmarse en términos categóricos. Además de lo expuesto, la restricción a la privacidad debe ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Será adecuada o idónea cuando la grabación subrepticia permita probar el acoso; será necesaria, si él o la denunciante no dispone de otro medio de prueba idóneo, y será proporcional en sentido estricto, siempre que se pretenda probar una situación de acoso que revista especial gravedad (Ugarte, 2024, p. 73).

5. Acoso laboral: concepto y elementos, criterios de determinación, gravedad y efectos

La nueva Ley 21.643 incorporó la definición de acoso laboral que transcribimos a continuación:

toda conducta que constituye agresión u hostigamiento ejercida por el empleador o uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, ya sea que se manifieste una sola vez o de manera reiterada, y que tenga como resultado el menoscabo, maltrato o humillación para el o los afectados, o la amenaza o perjuicio en su situación laboral o en sus oportunidades en el empleo.

En relación con este concepto es fundamental distinguir entre las conductas de difícil convivencia entre personas vinculadas en un entorno de poder -las cuales, en algunos casos se enmarcan en lo que la Circular N° 3813 de 2024 ha denominado “comportamientos incívicos”¹⁷-, y aquellas conductas ilícitas que deben ser sancionadas por el derecho. En todo caso, lo anterior no exime al empleador de la obligación de mitigar los factores de riesgo psicosocial presentes en las relaciones laborales, conforme a lo previsto en el artículo 184 del Código del Trabajo, en el Decreto N°44 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de fecha 27 de julio de 2024, que aprueba el Nuevo Reglamento sobre Gestión Preventiva de Riesgos Laborales para un Entorno de Trabajo Seguro y Saludable, y en la Circular N° 3813 de la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESOSO), previamente citada.

Como afirma Mangarelli, es posible distinguir al acoso laboral de otras situaciones, como los incumplimientos aislados del empleador de su obligación de respetar la dignidad del trabajador¹⁸, las enfermedades derivadas de la naturaleza de la actividad laboral y los conflictos en el trabajo. Este autor señala, a su vez, que pueden existir conflictos en el trabajo y el trabajador puede enfermarse como consecuencia de ellos, sin que ello

17 La Circular N° 3813 de 2024, ya citada, sostiene que el incivismo incluye comportamientos groseros o descorteses que, aunque carecen de una intención clara de causar daño, contravienen las normas de respeto mutuo. Este tipo de conductas suele originarse en la falta de atención a las normas sociales. Agrega la SUSESOSO que, sin lineamientos claros, la descortesía puede persistir y derivar en situaciones de hostilidad o incluso violencia, lo que hace imprescindible su erradicación en los espacios de trabajo. Por su parte, hace presente que, si se abordan de manera proactiva los comportamientos incívicos, las organizaciones pueden prevenir su evolución hacia infracciones más graves. Para gestionar estas situaciones en el ámbito laboral, recomienda:

- Usar un tono de voz adecuado y libre de agresividad al comunicarse.
- Evitar gestos físicos o expresiones no verbales hostiles o discriminatorios, fomentando una actitud cordial en el entorno laboral.
- Respetar los espacios personales de los demás, consultando cuando sea necesario sobre el uso de herramientas, materiales u otros recursos ajenos.
- Mantener la confidencialidad de la información compartida en un contexto personal, salvo que dicha situación constituya un delito o su divulgación sea necesaria para prevenir o abordar una situación de acoso laboral o sexual.

18 Tras la entrada en vigor de la Ley N° 21.643, estos incumplimientos aislados del empleador de su obligación de respetar la dignidad del trabajador o trabajadora podrían constituir acoso laboral, siempre que se cumplan los requisitos contemplados en el concepto legal actualmente vigente.

54

implique necesariamente la existencia de una situación de acoso laboral. Además, destaca que las diferencias de opinión, los conflictos y los problemas laborales son fenómenos habituales en el entorno laboral, donde no siempre existe la intención de dañar u ofender al trabajador o trabajadora (Mangarelli, 2012, pp. 281 y 282).

5.1. Determinación del acoso laboral. Criterio cuantitativo y cualitativo

Hechas estas aclaraciones, cabe señalar que la distinción entre el acoso y otros conflictos laborales puede abordarse desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa (Ugarte, 2024, p.13).

Previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.643, para determinar la existencia de acoso laboral primaba un criterio cuantitativo, ya que se consideraba que uno de los atributos característicos del acoso laboral era la repetición, reiteración y/o periodicidad de las conductas abusivas.

Por ejemplo, en la causa RIT T-26-2009, de 10 de junio de 2009, el Juzgado de Letras del Trabajo de Los Andes¹⁸, definió acoso laboral como aquel “que se presenta como un proceso de paulatino desarrollo, que solapadamente y en forma permanente va socavando la fortaleza especialmente psíquica del trabajador afectado, se le define como un proceso de destrucción”.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo que se trata de “una violencia en pequeñas dosis, acciones u omisiones que tomadas por separado en realidad no son graves y normalmente tienen una justificación ilícita” (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2990-2022, de 3 de enero de 2024). Esta perspectiva coincide con la de Hirigoyen, quien agrega que, justamente por tratarse de “una violencia en pequeñas dosis”, muchas veces pasa desapercibida, aunque su impacto puede ser muy destructivo (Hirigoyen citada por Gamonal y Prado, 2006, p. 12).

En consonancia con el concepto legal de acoso laboral vigente antes de la Ley N° 21.643, Gamonal y Prado sostenían que el acoso laboral consistía en un conjunto de comportamientos, ya sea por acción u omisión, que observados de manera aislada (como una foto), podrían haberse considerado inocuos. Sin embargo, al

analizarse en su conjunto (como una película), generaban un ambiente laboral hostil para la víctima. Además, agregaban que, por tratarse de un proceso, estas conductas debían presentar cierta periodicidad y duración. En este sentido, citando a Visconti, señalaban que bastaba con “actos perturbantes, frecuentes y duraderos”. De este modo, concluían que un único comportamiento, por muy grave que fuera, no constituía acoso laboral; sin embargo, precisaban que existían otras vías jurídicas para dar respuesta a agresiones aisladas (Gamonal y Prado, 2006, pp. 20 y 21).

Para otros, la opción legislativa que impedía calificar como casos de acoso laboral a aquellas agresiones que se verificaban a través de un comportamiento único, perdía de vista que, desde una perspectiva normativa, el enfoque principal debía ser la protección efectiva de los derechos fundamentales (Caamaño y Ugarte, 2014, pp.74 y 75). Para reforzar este argumento, Caamaño y Ugarte citaban la legislación colombiana, específicamente el artículo 7 de la ley N° 1.010 de 2006, del siguiente tenor:

excepcionalmente un solo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. La autoridad competente apreciará tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales (Caamaño y Ugarte, 2014, p. 75).

En palabras de Urrutikoetxea:

La reiteración y frecuencia de los actos hostiles es la fórmula con la que cierto tipo de acosos (los configurados como microofensas) consiguen entidad suficiente para generar unos efectos duraderos, pero en otro tipo de agresiones esa permanencia en los efectos nocivos existe desde el principio pues no son actos que se agoten en sí, sino que producen una modificación del entorno laboral. Más allá de la obsesión de la cuantificación, se debe ponderar la vocación de alterar permanentemente o de forma duradera el entorno de trabajo y de afectar así a la persona del trabajador (Urrutikoetxea, 2014, p. 175).

En la Ley N° 21.643, el legislador nacional optó por un criterio cualitativo, entendiendo que una conducta puede considerarse como acoso laboral, independientemente de si se manifiesta en una sola ocasión o de manera repetida. Lo relevante “es que el contenido de la conducta produce por sí misma -inherentemente- un maltrato que afecta la integridad física y psíquica” (Ugarte, 2024, p. 13). Por lo tanto, la calificación de la ilicitud de la conducta se hace “en base a un criterio de actividad/resultado: maltrato o humillación, como forma de afectación de la integridad física y/o psíquica de la víctima” (Ugarte, 2024, p. 26).

56

En mi opinión, esta modificación legal flexibiliza en exceso la noción de acoso laboral. Lo ideal habría sido establecer un concepto genérico de violencia, que incluyera como posibles sujetos activos, al empleador, a los trabajadores de la empresa y a terceros ajenos a la relación laboral. Además, se podrían haber reconocido y tipificado las siguientes especies o formas de violencia, a saber: actos aislados de especial gravedad, conductas de acoso sexual y de acoso laboral, y actos de violencia cometidos por terceros ajenos a la relación laboral.

Alternativamente, se podría haber aludido de manera explícita a la gravedad como elemento esencial para que un solo acto pueda constituir acoso laboral, siguiendo el ejemplo de la legislación colombiana. Esta perspectiva permitiría abordar de manera más efectiva tanto las agresiones sistemáticas como las situaciones excepcionales que, por su severidad y afectación a los derechos fundamentales de la víctima, no deberían minimizarse.

Aunque el concepto legal no incorpora la noción de "gravedad" de manera explícita, igual debe considerarse como parte integrante del mismo (Halpern, 2024, p. 58). Así lo ha reconocido la Dirección del Trabajo, al señalar que "al eliminarse el requisito de reiteración, necesariamente convoca a evaluar la gravedad de la conducta para efectos de su sanción" (Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024). Por su parte, en el caso de agresiones leves, si bien cada una de forma individual puede no ser lo suficientemente grave, su acumulación es lo que determina su gravedad (Halpern, 2024, p. 59).

Retomando la tipicidad del concepto de acoso, en especial lo relativo a las conductas ilícitas y el resultado de éstas, en las siguientes líneas formularé algunos comentarios tendientes a clarificar estos puntos.

5.2. Conductas ilícitas. Agresión u hostigamiento

Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.643, la jurisprudencia administrativa interpretaba de manera amplia las conductas constitutivas de acoso laboral. A su juicio, éstas incluían agresiones físicas hacia uno o varios trabajadores, conductas que afectaran sus derechos, molestias o burlas persistentes en su contra, así como la incitación a realizar determinadas acciones, siempre que todas estas conductas se llevaran a cabo de manera reiterada, independientemente del medio utilizado para someter a los afectados a dichas agresiones o hostigamientos (Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 3519/034, de 9 de agosto de 2012).

En este punto, de acuerdo con Urrutikoetxea, la clave para determinar si un acto o conducta constituye acoso está en observar si se niega la condición de interlocutor al otro, es decir, si se le cosifica y despersonaliza (Urrutikoetxea citado por García, Lagos, Sarmiento y Walker, 2023, p. 80).

Dado el poder de mando del empleador, este tipo de acoso puede ser extremadamente dañino, y la variedad de conductas que comprende es amplia (Visconti, 2002, p.57); tales como, no hablarle a la víctima, criticar su labor por correo electrónico enviado a los restantes trabajadores de la empresa, no darle trabajo o no entregarle los implementos necesarios para cumplir las funciones encomendadas, marginarla de las reuniones habituales de su grupo de trabajo, encomendarle un trabajo excesivo o irrealizable, etc.

Asimismo, se incluyen acciones que atentan contra su privacidad, las que por ejemplo pueden consistir en difundir rumores sobre aspectos íntimos, como sus actividades sexuales o relaciones personales y familiares, entre otras. También se comprenden las burlas sobre sus características físicas o su forma de vestir, así como la divulgación de imágenes o fotografías que la ridiculicen. De igual forma, se considera un ataque a su honra la difusión de mentiras acerca de su orientación sexual, imputarle la comisión de delitos en su desempeño laboral, como también, el descrédito público por un presunto mal desempeño profesional, entre otras conductas que suponen un detrimento de un derecho fundamental (Gamonal y Prado, 2006, pp. 38 y 44).

Un mal clima laboral o un déficit organizacional por sí solo no permite concluir que existe acoso laboral. Para ello, es necesario identificar de forma concreta a un sujeto activo y a un sujeto pasivo, ya que no basta con un trato abstracto, generalizado o circunstancial. Sin embargo, constituye un riesgo psicosocial que, si no se gestiona de manera adecuada, puede ser el origen o causa de acoso o violencia laboral violencia laboral (Halpern, 2024, p. 38). Por ejemplo, en la causa Rol N° RIT O-5627-2022 y RUC 22-4-0426992-9, de 4 de julio de 2023, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago acogió esta tesis. En su sentencia “analizó la existencia de un liderazgo deficiente, autoritario; es decir, un sujeto activo específico”, y sostuvo que “si bien un mal clima o déficit organizacional no es suficiente por sí solo para configurar el ilícito en cuestión [...] sí podría dar pie a que ocurra” (Halpern, 2024, p. 41).

A mayor abundamiento, de acuerdo con la Circular N°3813 de 2024, previamente citada, son ejemplos de conductas de acoso laboral las siguientes: emitir juicios ofensivos sobre el desempeño laboral de una persona; cortar o restringir su interacción con otros, privándola de redes de apoyo social; aislarla, apartarla, excluirla, rechazarla, ignorarla o menoscabarla, ya sea por orden de un superior o por iniciativa de los compañeros de trabajo; utilizar nombres ofensivos para promover su rechazo o condena; emplear lenguaje despectivo o insultante con el fin de menoscabarla o degradarla; realizar comentarios despectivos o peyorativos sobre su apariencia, inteligencia, habilidades, competencia profesional o valor; asignarle tareas que nada tienen que ver con su perfil profesional o dejarla sin ocupación con el propósito de denigrarla; expresar verbalmente intenciones de dañarla o intimidarla; enviar mensajes amenazantes, abusivos o degradantes vía

58

correo electrónico, redes sociales o mensajes de texto; y emitir comentarios despectivos sobre alguna de sus características personales, tales como su género, etnia, origen social, vestimenta, o apariencia personal. Comprende, en términos generales, cualquier agresión u hostigamiento que tenga como resultado el menoscabo, maltrato o humillación, o que amenace o perjudique la situación laboral o las oportunidades en el empleo de la víctima, sea ejercido por el empleador o por uno o más trabajadores.

Por su parte, la jurisprudencia judicial ha establecido que constituyen casos de acoso laboral situaciones como la drástica reducción de funciones y participación de una trabajadora con la clara intención de perjudicarla, según el fallo del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-1418-2017, de 19 de abril de 2018. O bien, cuando la comisión académica de una universidad califica sistemáticamente con bajas calificaciones el desempeño de un profesional, con el único propósito de expulsarlo del establecimiento educacional, tal como lo dictaminó el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en la causa RIT N° T-439-2016, de 22 de mayo de 2017 (Lizama y Lizama, 2019, p. 245).

Tradicionalmente, el fin perseguido a través de las conductas constitutivas de acoso laboral puede ser de distinta índole. Muchas veces, el empleador persigue eliminar a un trabajador de la empresa mediante una renuncia forzada (Piñuel y Zabala, 2005, p. 58), para evitar el despido y ahorrarse el pago de las indemnizaciones legales correspondientes. Del mismo modo, puede buscar crear un ambiente que facilite el posterior despido del acosado, tras el deterioro de su rendimiento o la comisión de errores, o bien coaccionar al sujeto pasivo del acoso para que renuncie a algunos de sus derechos (prestaciones, sueldo, cargo, etcétera) o a la defensa jurídica de éstos (Guidi, 2006, p. 68). Otra razón que motiva estas conductas es lo que se denomina acoso discriminatorio, que emana del rechazo por parte de la organización –jefes y/o compañeros de trabajo– de una diferencia que presenta la víctima (Hirigoyen, 2001, pp. 92 y ss), que puede ser de distinta naturaleza: por ser mujer o tener cierta orientación sexual, por sus creencias políticas o religiosas¹⁹, o bien por su nacionalidad, etnia, etcétera (Gamonal y Guidi, 2015, p. 322).

Por consiguiente, debido a la amplitud y diversidad de conductas y finalidades mencionadas, es fundamental establecer parámetros claros para determinar su gravedad y, además, para definir en qué circunstancias se produce menoscabo, maltrato o humillación o una amenaza o perjuicio en la situación laboral u oportunidades en el empleo de la víctima, tal como se establece en la definición legal contenida en el artículo 2 del Código del Trabajo.

19 Por ejemplo, en la causa caratulada “Inspección del Trabajo con TP Chile”, RIT T-38-2010, seguida ante el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago y fallada con fecha 26 de abril de 2010, una trabajadora musulmana, discriminada y acosada laboralmente por su religión, denunció la vulneración de sus derechos a la integridad psíquica, al respeto y protección de la honra y a la no discriminación por este motivo.

5.3. Gravedad del ilícito

Según la doctrina, la gravedad del ilícito se determina “por el resultado lesivo, esto es, por la intensidad de la afectación de la integridad física y psíquica, y eventualmente, otros derechos fundamentales que suponen para la víctima las conductas denunciadas” (Ugarte, 2024, p. 27).

Siguiendo en este punto a Ugarte, para efectos de establecer la intensidad de la afectación en casos de acoso laboral -como también, en situaciones de acoso sexual y de acoso sexista-, deben considerarse las siguientes variables: eficacia, extensión y duración de la o las conductas del empleador y/o de otros trabajadores o trabajadoras de la empresa (Ugarte, 2024, p. 82).

La eficacia se refiere a la capacidad de la o las conductas para interferir en la posición o situación de la persona afectada. Así, las conductas físicas son generalmente más graves que las verbales. Dentro de las primeras, los acercamientos a zonas erógenas (por ejemplo, en los casos de acoso sexual) revisten mayor gravedad que las que se refieren a otras partes del cuerpo. Además, una humillación pública, especialmente si involucra aspectos personales como la apariencia o la vida privada, es más grave que una humillación relacionada con el ámbito laboral.

La extensión se refiere a los alcances de la o las conductas, considerando las áreas o aspectos afectados. Por lo tanto, el acoso que involucra varias conductas y/o que afecta diferentes áreas de la vida de la víctima, como su integridad física, psicológica y profesional, será en principio más grave que el acoso limitado a una sola acción o incidente.

Y, por último, en opinión de este autor acerca de la duración, se desprende que la gravedad aumenta cuando las conductas se reiteran y prolongan en el tiempo. Si el acoso se limita a un solo episodio, generalmente su impacto psicológico tiende a ser menor, salvo que este único incidente revista especial gravedad (Ugarte, 2024, p. 83).

Lo expuesto cobra relevancia en relación con lo dispuesto en el artículo 211-E del Código del Trabajo. Según esta norma legal, el empleador tiene un plazo de quince días, contados desde la recepción del informe de investigación, para disponer y aplicar las medidas o sanciones correspondientes en los casos de acoso sexual o laboral, conforme al mérito de dicho informe. Esta normativa agrega que cuando corresponda, el empleador deberá aplicar las sanciones previstas en las letras b) o f) del N° 1 del artículo 160 (despido disciplinario). En particular, con respecto a lo dispuesto en la letra f) del N° 1, esto es, “conductas de acoso laboral”, deberá evaluar la gravedad de los hechos investigados y consignar dicha evaluación en las conclusiones del informe.

60

Cabe recordar que, en materia de sanciones disciplinarias, la ley contempla las siguientes: amonestación verbal o escrita y multa, conforme lo establecido en el artículo 154 del Código del Trabajo, además del despido disciplinario consagrado en el artículo 160 del mismo cuerpo legal. Por lo tanto, será necesario evaluar la gravedad de la o las conductas de acoso laboral, en su caso, para determinar la sanción aplicable, sobre todo, teniendo en cuenta que ésta debe ser razonable y proporcional a la infracción (Gamonal y Guidi, 2020, p. 48).

Para la doctrina, algunos de los criterios que el empleador debe considerar al definir la sanción a aplicar, son: proporcionalidad y gravedad de la conducta, reiteración e irreprochable conducta anterior (Zamora, 2024, p. 248). Sin embargo, sólo me referiré a los dos primeros, ya que, en casos de acoso sexual o maltrato grave, a mi juicio, la irreprochable conducta anterior no debería considerarse²⁰.

Comenzaré con la proporcionalidad y gravedad de la conducta. Para evitar reclamos o acciones posteriores, por parte del trabajador o trabajadora sancionada, es fundamental que quien implemente la sanción realice un examen de proporcionalidad (Zamora, 2024, p. 249). Esto resulta esencial porque la potestad disciplinaria del empleador debe ejercerse respetando los derechos fundamentales de los trabajadores, conforme al artículo 5 del Código del Trabajo. Además, es necesario evaluar la gravedad de los hechos imputados. En este contexto, reviste importancia lo dispuesto en el artículo 211-C, que establece que, si la investigación es realizada por el empleador, debe designarse preferentemente a un trabajador o trabajadora con formación en materias de acoso, género o derechos fundamentales, para que se haga cargo de la misma.

En concordancia con el principio de proporcionalidad, la reiteración de conductas inapropiadas por parte de un trabajador o trabajadora en el entorno laboral puede considerarse un factor agravante que justifique la imposición de sanciones más severas (Zamora, 2024, p. 250). Así lo ilustra Zamora a través del siguiente fallo del Juzgado de Letras del Trabajo de Calama:

los hechos constatados en la investigación laboral interna realizada por el empleador del actor sí revisten la gravedad necesaria para tornar insostenible la relación laboral, dada la reiteración de la conducta con a lo menos tres trabajadoras subalternas del actor (Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, Rol N° 0-20-2019, de 10 de febrero de 2020).

Siguiendo con el análisis del artículo 211-E del Código del Trabajo, el legislador establece en su inciso 4º que

El trabajador despedido o la trabajadora despedida podrá impugnar dicha decisión ante el tribunal competente. Para ello deberá rendir en juicio las pruebas necesarias para desvirtuar los hechos o antecedentes contenidos en el informe del empleador o de la Inspección del Trabajo que motivaron el despido.

20 Zamora (2024), pp. 251 y 252. Según la misma autora, este elemento podría ser considerado como un factor atenuante al evaluar la sanción a aplicar, siempre que las infracciones de que se trate no revistan especial gravedad.

En otras palabras, si tras el procedimiento de investigación se acredita la existencia de acoso laboral y el empleador hace uso de la causal de término de contrato contemplada en el artículo 160 N°1 letra f) del Código del Trabajo, la graduación de la gravedad de la conducta y la justificación del despido va a quedar sujeto a las reglas generales. Lo propio sucede en relación con el acoso sexual.

El o la trabajadora despedida podrá demandar un despido injustificado, de conformidad a las reglas generales contenidas en el artículo 168 del Código del Trabajo, con independencia de si la investigación y el informe fueron elaborados por el empleador o por la Dirección del Trabajo, y de si, en el caso de haber sido elaborado por el empleador, éste ha recibido o no observaciones por parte de la Dirección del Trabajo (Zamora, 2024, p. 231).

Ahora bien, a primera vista, las expresiones utilizadas en el inciso 4º del artículo 211-E del Código del ramo podrían interpretarse como una alteración de la carga de la prueba en materia de despidos. Sin embargo, en opinión de Zamora, esta interpretación sería incompatible con la protección de las garantías fundamentales de los trabajadores y con el respeto al debido proceso (Zamora, 2024, p. 232).

Para interpretar armónicamente esta disposición legal, es necesario recurrir al artículo 22 inciso 3 del Reglamento de esta ley, que establece que

sin perjuicio de lo anterior, el informe de investigación y sus conclusiones no afectará el derecho de las personas trabajadoras y la obligación del empleador de dar cumplimiento íntegro a lo dispuesto en el artículo 162 del Código del Trabajo para efectos de proceder al respectivo despido.

Por consiguiente, aplicando el principio *in dubio pro operario*, la expresión “no afectará el derecho de las personas trabajadoras” debe

interpretarse entendiendo que no se le impone al trabajador desvinculado la carga de la prueba y que el empleador aún deberá cumplir con las formalidades del despido requeridas por el artículo 162, esto es, el envío de la carta de despido, con el detalle de las causas que lo motivan (los que necesariamente deberán incluir los hechos, antecedentes y conclusiones del informe) lo que a su vez, fijarán los hechos a ser probados mediante el informe (que deberá presentarse como prueba documental), los que a su turno (y recién en ese momento), el demandante deberá desvirtuar presentando prueba (Zamora, 2024, pp. 232 y 233).

5.4. Potencialidad lesiva: menoscabo, maltrato o humillación, o amenaza o perjuicio en la situación laboral o en las oportunidades en el empleo de la víctima

Para determinar la "potencialidad lesiva" (Halpern, 2024, p. 63) del acoso laboral, esto es, en qué circunstancias se produce menoscabo, maltrato o humillación, o una amenaza o perjuicio en la situación laboral o en las oportunidades en el empleo de la víctima, me remitiré a lo sostenido por la Dirección del Trabajo en el Dictamen N° 3519/034 de la de 2012, a través del cual fijó el sentido y alcance de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.607 al Código del Trabajo, las cuales sancionaron las prácticas de acoso laboral. En este dictamen, al que también se refiere el Dictamen N° 362/19 previamente citado, precisa que para determinar el correcto significado de las expresiones "agresión", "hostigamiento", "menoscabo", "maltrato" y "humillación", utilizadas por el legislador al definir acoso laboral, se debe recurrir al inciso 1º del artículo 20 del Código Civil y, por ende, al Diccionario de la Real Academia Española.

De los conceptos definidos en este Diccionario, que transcribe en su dictamen²¹, concluye que genera menoscabo, maltrato o humillación

cualquier acto que cause descrédito en la honra o fama de la persona afectada, o el acto implique tratar mal de palabra u obra o que los hiera en su amor propio o en su dignidad, o bien, que amenacen o perjudiquen la situación laboral o las oportunidades de empleo de dichos afectados (Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024).

A su turno, precisa que no es indispensable que se genere un perjuicio o daño concreto en la situación laboral de la víctima, sino que basta con que se cree un ambiente hostil y ofensivo en el trabajo, capaz de poner en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo .

5.5. Algunas consideraciones finales en torno al acoso laboral

A continuación, examinaré un ejemplo concreto para reforzar algunos aspectos claves relacionados con la protección de derechos fundamentales en situaciones de acoso laboral.

En la sentencia del caso Guzmán con Isprotel, se estimó:

21 El Diccionario de la Real Academia Española define estas expresiones en los siguientes términos:

- "Agresión" es el "acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño", o el "acto contrario al derecho de otra persona".
- "Hostigamiento" consiste en la "acción y efecto de hostigar", donde "hostigar" se entiende como "molestar a alguien o burlarse de él insistentemente" o "incitar con insistencia a alguien para que haga algo".
- "Menoscabo" es el "efecto de menoscabar", siendo definido "menoscabar" como "causar mengua o descrédito en la honra o en la fama".
- "Maltrato" se define como la "acción y efecto de maltratar", mientras que "maltratar" se conceptualiza como "tratar mal a alguien de palabra u obra", y también, como "menoscabar, echar a perder".
- "Humillación" se describe como la "acción y efecto de humillar o humillarse" y el infinitivo "humillar", consiste en "herir el amor propio o la dignidad de alguien" y "dicho de una persona: pasar por una situación en la que su dignidad sufra algún menoscabo".

afectado el ámbito subjetivo y el social de la honra, entendido como la estima y respeto de la dignidad propia, que tiene el actor de sí mismo, pues el actor fue acusado de ladrón sin acreditarse en autos que lo haya sido, y aún más, la empresa ni siquiera ha decidido intentar una acción penal en ese sentido. De esta forma, lanzar una imputación y no hacerse cargo de la misma de forma seria, por ejemplo, mediante una denuncia, cosa que no se ha hecho, aparece una actitud irresponsable y acelerada. Esta conducta desplegada por la empresa mina la autoestima y la propia valía que cada persona tiene de sí mismo, por lo que la garantía invocada se encuentra conculcada. Además, en el sentido social, o la valoración que, objetivamente, ella merece dentro del conglomerado social en que se desenvuelve, la honra se vio mancillada, ya que para el colectivo de trabajadores allí presentes, estar sujeto a un control de Carabineros y determinarse por ellos que no hubo robo ni hurto, y el mismo día despedir al trabajador por falta de probidad, atenta contra la opinión que los demás tienen del trabajador, y por ende, nuevamente, el buen nombre u opinión que los demás tengan de dicha persona está siendo objeto de cuestionamiento (Primer Juzgado Laboral de Santiago, RIT T-1839-2018, de 21 de octubre de 2019).

¿Cuáles son los puntos a destacar en esta sentencia?

En primer lugar, sirve como ejemplo para ilustrar cuándo un solo acto puede ser considerado de especial gravedad, debido a la intensidad de la afectación de derechos fundamentales que provoca, y al menoscabo, maltrato o humillación que genera para la víctima, tal como lo manifiesta el tribunal que conoce de esta causa. En consecuencia, dada la especial gravedad de la afectación al derecho a la honra y el menoscabo, maltrato o humillación causado por las falsas imputaciones, bajo la legislación actualmente vigente, este acto podría haber configurado una hipótesis de acoso laboral.

Por su parte, este fallo nos permite constatar que, previo a la entrada en vigencia de esta ley, también era posible demandar la tutela de derechos fundamentales frente a episodios o situaciones de violencia de especial gravedad que afectaran derechos fundamentales protegidos por el artículo 485 del Código del Trabajo, sin que fuera necesario que el legislador nacional adoptara un criterio cualitativo, en vez de uno cuantitativo, para configurar hipótesis de acoso laboral.

Por último, es importante destacar que, al igual que el acoso sexual, el acoso laboral es una conducta plurifensiva de derechos fundamentales, porque, aparte de vulnerar el derecho a la integridad psíquica y/o física de la víctima, puede afectar otros derechos fundamentales, como la privacidad, honra, libertad de culto, entre otros, dependiendo de la o las conductas que lo constituyan, lo que permite afirmar que la agresión u hostigamiento, que exige el ilícito del acoso laboral, no se configura por la sola concurrencia del elemento subjetivo del sujeto pasivo, como pareciera desprenderse de la literalidad de la norma legal que lo define (véase Halpern, 2024, pp. 26 y ss).

6. Violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral. Algunas precisiones conceptuales. Alcances de la responsabilidad del empleador

La Ley N° 21.643 de 2024 introduce y define el concepto de "violencia en el trabajo" cuando es ejercida por terceros ajenos a la relación laboral. Conforme al artículo 2 letra c) del Código del Trabajo, se entiende por tal "aquellas conductas que afectan a trabajadoras y trabajadores con ocasión de la prestación de servicios, siendo perpetradas por clientes, proveedores o usuarios, entre otros"²².

Como esta figura es nueva en nuestro ordenamiento jurídico, para efectos conceptuales me remitiré a las precisiones que ha efectuado la Dirección del Trabajo en su jurisprudencia administrativa, las que expondré a continuación en forma sistemática:

En primer lugar, este organismo señala que se trata de un acto lesivo de derechos fundamentales que proviene de personas externas a la empresa. En otras palabras, explica que las trabajadoras y los trabajadores no sólo están expuestas a tratos violentos por parte de quienes participan en el proceso productivo, sino también por terceros, quienes pueden afectar sus derechos con ocasión de la prestación de los servicios. Afirma, además, que el legislador no ha limitado su ocurrencia al lugar de trabajo.

En segundo término, y en relación con los terceros, hace presente que la definición legal contiene algunos ejemplos de terceros ajenos a la relación laboral que se relacionan con los trabajadores -clientes, proveedores y usuarios-, sin perjuicio de que se trata de una "categoría abierta respecto a sujetos no mencionados en la norma". Por consiguiente, a modo ilustrativo, menciona a otros terceros no comprendidos en la disposición legal en comento, a saber: trabajadores de otras empresas, como es el caso de la subcontratación y suministro de trabajadores, pacientes, apoderados²³, estudiantes o egresados en práctica profesional, y familiares del empleador, entre otros²⁴.

22 La OIT habla de "violencia laboral externa" (external workplace violence) y la define como aquella que tiene lugar entre los trabajadores (y gerentes y supervisores) y cualquier otra persona ajena a la empresa que esté presente en el lugar o centro de trabajo. Mientras que la "violencia laboral interna" (internal workplace violence), es aquella que se da entre personas pertenecientes a la empresa u organización, ya sea el empleador u otras personas trabajadoras, incluidos los gerentes y supervisores. Organización Internacional del Trabajo (2003), Code of practice on workplace violence in services sectors and measures to combat this phenomenon, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, p. 4. Véase Crespi (2024), p. 79.

23 A través del Oficio Ordinario N° 1189, de 5 de agosto de 2024, la Superintendencia de Educación informa sobre la aplicación de la Ley N° 21.643 en los establecimientos educacionales, con el objeto de aclarar el ámbito de competencias laborales y educacionales que corresponden a las entidades sostenedoras frente a las situaciones reguladas por esta ley, que se susciten en los establecimientos bajo su dependencia.

24 La Recomendación N°206, sobre la Violencia y el Acoso, en sus párrafos 9 y 12, prescribe a los Estados miembros adoptar medidas apropiadas para aquellos sectores, ocupaciones y modalidades de trabajo más expuestos a la violencia y el acoso, y cita como ejemplos, el trabajo nocturno, el trabajo que se realiza de forma aislada, el trabajo en el sector salud, en la hostelería, en los servicios sociales, en los servicios de emergencia, el trabajo doméstico, transporte, educación y ocio. Agrega que las medidas de prevención que se adopten no deben resultar en la restricción ni la exclusión de la participación de las mujeres o de los grupos vulnerables en determinados empleos, sectores u ocupaciones.

Como tercera consideración, la Dirección del Trabajo explicita que este tipo de violencia no es la única forma de violencia en el trabajo. Sin embargo, el legislador la habría incorporado al ordenamiento jurídico interno para otorgar a las y los trabajadores herramientas que les permitan ejercer su derecho a una relación laboral libre de violencia, obligando al empleador a tomar medidas destinadas a su protección. Esto, por tratarse de conductas que atentan contra la dignidad de las personas y ponen en riesgo sus derechos a la integridad física y psíquica.

Como consecuencia de lo anterior, la Dirección del Trabajo indica que el concepto legal en análisis utiliza de forma genérica la expresión “violencia”, sin distinguir entre aquella que se ejerce de manera física o psicológica. Por consiguiente, ambos tipos de violencia quedan comprendidas en este término, interpretación que se condice con el deber de protección contemplado en el artículo 184 del Código del Trabajo (Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024).

La Circular N° 3813 de 2024 contempla los siguientes ejemplos de conductas que constituyen violencia en el trabajo: gritos o amenazas; el uso de garabatos, insultos o lenguaje ofensivo; agresiones físicas, como golpes, zamarreos, puñetazos, patadas o bofetadas; acciones o conductas que pongan en riesgo o resulten en lesiones físicas, que provoquen daños materiales en los entornos laborales utilizados por las personas trabajadoras, o amenacen sus vidas; así como robos o asaltos en el lugar de trabajo.

El problema es que la ley no establece parámetros para determinar qué conductas son susceptibles de afectar a las personas trabajadoras “con ocasión de la prestación de servicios”, ni aclara los alcances y extensión de la responsabilidad que recae en el empleador en esta materia. En este sentido, resulta fundamental considerar lo dispuesto en el propio Convenio N°190, en especial en sus artículos 3º y 9º, y en los artículos 184 y 184 bis del Código del Trabajo.

6.1. ¿Cuáles son los alcances de la expresión “con ocasión de la prestación de servicios”?

El legislador definió esta figura estableciendo que se trata de conductas que afectan a las trabajadoras y los trabajadores “con ocasión de la prestación de servicios”. Por lo tanto, no es imprescindible que estas conductas se produzcan en las dependencias de la empresa (Zamora, 2024, p. 209).

66

El artículo 3º del Convenio N° 190 establece que este instrumento se aplica a la violencia y acoso en el mundo del trabajo que “ocurre durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo”. A continuación, enumera una serie de hipótesis particulares que establecen un criterio de causalidad, las cuales podrían resultar útiles al momento de determinar los alcances de la expresión “con ocasión de la prestación de servicios”, a saber:

- a) en el lugar de trabajo, incluidos los espacios públicos y privados cuando constituyan un lugar de trabajo;
- b) en los lugares destinados al pago de los trabajadores, al descanso o alimentación, o en las instalaciones sanitarias, de aseo y vestuarios;
- c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo;
- d) en el marco de las comunicaciones vinculadas con el trabajo, incluidas las realizadas a través de tecnologías de la información y de la comunicación;
- e) en el alojamiento proporcionado por el empleador, y
- f) en los trayectos entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo.

Algunos de estos lugares presentan ciertas dificultades. De acuerdo con Lizama y Lizama, los apartados c) y f) resultan problemáticos, en atención a que el tiempo destinado a desplazamientos, viajes, eventos, actividades sociales o trayectos mencionados en el citado Convenio no constituye jornada laboral. El apartado e) también genera controversia, ya que el lugar donde se aloja el trabajador no necesariamente está bajo el control del empleador (Lizama y Lizama, 2024, p. 13). Citando a Ribeiro y Mangarelli, estos autores señalan que los apartados mencionados sólo serían aplicables cuando el empleador tenga control sobre dichos lugares, como en el caso de proporcionar transporte a sus trabajadores, o cuando ejerza poder de disposición sobre ellos, por ejemplo, si la empresa es dueña del lugar de alojamiento (Lizama y Lizama, 2024, p. 13).

En todo caso, para interpretar adecuadamente esta disposición del Convenio, es importante tener en cuenta que, como el mismo explica, “no puede delimitarse el ámbito de aplicación por márgenes físicos de la empresa y temporales de la prestación de servicios” (Sánchez, 2024, p. 45). Esto se debe a que su finalidad consiste en “garantizar espacios libres de violencia y acoso vinculados con el trabajo (de ahí el uso de la expresión ‘el mundo del trabajo’)” (Sánchez, 2024, p. 45). Así, por ejemplo, la jurisprudencia española ha determinado que el empleador tiene la obligación de prevenir la violencia externa, aun cuando ésta se produzca fuera del tiempo

y lugar de trabajo. Esto incluye casos de trabajadores que han sido agredidos antes o después de su jornada de trabajo o en las inmediaciones del lugar donde se prestan los servicios, siempre y cuando exista cierta continuidad temporal y espacial con el mismo (véase Crispi, 2024, p. 92).

6.2. Obligaciones del empleador en relación con el derecho a la integridad física y psíquica de sus trabajadores. Responsabilidad ante actos de violencia perpetrados por terceros

En nuestro ordenamiento jurídico interno, las obligaciones del empleador, en relación con el derecho a la integridad física y psíquica de sus trabajadores, se ven reforzadas con los artículos 184 y 184 bis del Código del Trabajo.

Conforme al artículo 184, el empleador debe tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores, informando acerca de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. Por su parte, el artículo 184 bis del Código del ramo refuerza este deber, estableciendo que, en caso de existir un riesgo grave e inminente para la vida o salud de los trabajadores, el empleador debe informar inmediatamente a los afectados, precisando las medidas a adoptar y, eventualmente, debe suspender de manera inmediata las faenas que impliquen dicho riesgo. Además, debe permitir a los trabajadores interrumpir unilateralmente sus obligaciones laborales, informando lo antes posible a su empleador, quien debe a su vez informar a la Dirección del Trabajo. Incluso, los faculta para abandonar el lugar de trabajo si razonablemente estiman que continuar en el mismo representa un riesgo grave e inminente para su vida y salud, sin que esto les cause perjuicio o menoscabo alguno. Asimismo, faculta a la autoridad a evacuar la empresa frente a una emergencia, catástrofe o desastre, lo que tampoco puede significar perjuicio o menoscabo para los trabajadores.

Es importante tener presente que la interpretación jurisprudencial del artículo 184 del Código del Trabajo, en relación con los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, ha llevado a considerar que el término “eficazmente” que se utiliza en esta disposición legal implica un estándar de “suma diligencia”, “máxima diligencia” o “sumo cuidado”, según ha señalado Diez Schwerter. Esta interpretación ha permitido concluir que el empleador respondería hasta de la culpa levísima ante el incumplimiento de su deber de protección y seguridad, conforme a este artículo y a la normativa complementaria. En esta línea, se advierte que, si bien el empleador puede eximirse de responsabilidad probando la existencia de una causa extraña o la ausencia de culpa, en la práctica resulta difícil que sus alegaciones sean acogidas. De este modo, el efecto de esta interpretación se aproxima a la responsabilidad objetiva o estricta (Gamonal y Prado, 2006, pp. 106 y 107).

68

Como complemento de lo anterior, se puede citar la sentencia de la Corte Suprema en la causa Rol N° 32.070-2014, de fecha 7 de octubre de 2015. En este caso, la demandada interpuso un recurso de unificación de jurisprudencia, solicitando que se acogiera el recurso, se dictara sentencia de reemplazo, y se rechazara la demanda respecto de las indemnizaciones por accidente del trabajo. Argumentaba que no se había infringido el artículo 184 del Código del Trabajo, ya que la instalación de cabinas de seguridad en los buses del Transantiago no era una medida exigible, al no haber sido impuesta obligatoriamente por la autoridad administrativa.

La Corte, en este caso, sostuvo que:

Dicha norma impone un alto estándar de cuidado para el empleador, ya que le obliga a proteger “eficazmente” la vida y la salud de los trabajadores, lo que significa tomar medidas que tengan la capacidad de lograr el efecto buscado o esperado. En ese contexto, se ha entendido que frente a un accidente del trabajo será el empleador quien tendrá la carga de demostrar que adoptó todas las medidas que, atendido el tipo de trabajo y demás circunstancias del caso, se preveían como necesarias para tal fin. [...] En opinión de este tribunal, las “medidas necesarias” que debe tomar el empleador, dependerán de la situación concreta de los servicios que presta el trabajador y de los riesgos a que está expuesto con su labor, “lo que bien puede significar la adopción de medidas que no constituyen obligaciones legales o administrativas”, sin embargo, en este caso específico, no puede entenderse que la referida obligación comprende la adopción de una medida que la autoridad o la ley se ha limitado a sugerir o recomendar, ya que debe presumirse que ésta no reúne las condiciones que la hagan indispensable para la prevención de accidentes o bien presenta dificultades de otra índole que no aconsejan imponerla obligatoriamente.

Por su parte, en virtud de lo dispuesto en los artículos 184 y 184 bis del Código del Trabajo, en agosto de 2024, la Dirección del Trabajo suspendió la atención a público de una farmacia Salcobrand ubicada en La Cisterna, tras ser asaltada por un grupo de personas en un denominado “turbazo”. Tras los hechos delictivos, el organismo fiscalizó el local, constatando que los trabajadores estaban emocionalmente afectados y suspendió sus labores hasta que el empleador adoptara las medidas necesarias para la protección de su vida y salud. Se levantó el acta de suspensión una vez que se verificó el cumplimiento de las medidas prescritas por la Asociación Chilena de Seguridad (ACHS)²⁵.

25 Véase “DT cierra farmacia que sufrió turbazo en La Cisterna: considera que trabajadores están ‘en peligro’ ”, por David Vergara, Biobío Chile, de 29 de agosto de 2024, disponible en el siguiente enlace: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2024/08/29/los-trabajadores-estaban-en-peligro-dt-ordena-cierre-de-farmacia-que-sufrio-turbazo-en-la-cisterna.shtml>; y, “DT sale a defenderse de las críticas tras cierre de farmacia y reafirma el deber de protección del empleador”, por Sofía Aravena, La Tercera, de 30 de agosto de 2024, disponible en el siguiente enlace: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/dt-sale-a-defenderse-de-las-criticas-tras-cierre-de-farmacia-y-reafirma-el-deber-de-proteccion-del-empleador/G3L26TIIIXBCBDOTUUN3EJ37KYQ/> [20/12/2024]

Este es un típico caso de violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral²⁶. Justamente la Circular N° 3813, a la que ya hemos hecho referencia, menciona, a modo de ejemplo, los robos o asaltos en el lugar de trabajo. La medida adoptada por la Dirección del Trabajo es, sin duda, una opción viable de acuerdo con la normativa vigente, pero también se podría haber aplicado el procedimiento de denuncia, investigación y sanción previsto por la Ley N° 21.643. En este sentido, cobra especial relevancia el artículo 211-B bis, que establece la obligación del empleador de adoptar medidas inmediatas de resguardo, considerando la gravedad de los hechos denunciados, la seguridad del o los denunciantes y las condiciones laborales, las que incluyen la provisión de atención psicológica temprana para los trabajadores afectados -en este caso, por el denominado "turbazo"-, a través de programas del organismo administrador de la Ley N° 16.744, y el artículo 211-D, referido a las medidas correctivas que debería adoptar en relación con la causa que genera la respectiva denuncia, como podrían haber sido, por ejemplo, en esta situación, mejorar las condiciones de seguridad bajo las cuales se prestan los servicios, contratar un mayor número de guardias, cerrar o blindar determinados espacios, entre otras acciones.

A propósito de lo anterior, la pregunta que surge es: ¿qué mecanismo protege de manera más eficaz a las personas trabajadoras afectadas?

La respuesta dependerá de las circunstancias específicas de cada caso. Sin embargo, si la medida a implementar es la suspensión de funciones, como ocurrió en esta situación, lo más conveniente para los trabajadores y trabajadoras será la aplicación del artículo 184 bis del Código del Trabajo, ya que, evidentemente, el empleador no querrá suspender las labores como medida de resguardo o correctiva.

Por lo demás, a través del artículo 184 bis se logró una solución más rápida y eficiente, dado que el procedimiento de investigación y sanción aplicable a la violencia en el trabajo, previsto en los artículos 211-B y siguientes del Código del Trabajo, está sujeto a plazos que, en la práctica, pueden resultar difíciles de cumplir. En cambio, en este caso, la medida se implementó de manera inmediata por parte del organismo fiscalizador, la que sólo se dejó sin efecto una vez que se cumplieron las exigencias impuestas por la Asociación Chilena de Seguridad (ACHS).

En todo caso, si se hubiera aplicado la normativa incorporada por la Ley N° 21.643, además de las medidas de resguardo y correctivas mencionadas, se habría podido revisar el protocolo de prevención, con el objetivo de garantizar que no se repitieran situaciones similares en el futuro.

26 Existen algunas actividades económicas, como es el caso de bancos, joyerías, estaciones de servicio, farmacias o establecimientos de juego, donde existe un riesgo cierto y probable de sufrir asaltos u otros delitos violentos, lo cual debe tenerse cuenta en el ámbito preventivo (en España, este listado está contemplado en el artículo 81.1.c del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, que limita los ámbitos en los que los vigilantes de seguridad pueden portar armas de fuego). De hecho, el Tribunal Supremo español (STS 25 junio 2008 R° 70/2007) se ha apoyado en esta lista para enfatizar la previsibilidad del riesgo de asalto en este tipo de establecimientos. Por su parte, otros tribunales, a contrario sensu, lo han utilizado como referencia para exculpar a empresas pertenecientes a otros sectores, como una tienda de colchones o una droguería minorista (STS Andalucía 31 marzo 2011 R° 1270/2010 y STSJ Castilla y León Valladolid 11 noviembre 2009 R° 1481/2009). Crespí (2024), p. 94.

70

Hechas estas precisiones, y desde la perspectiva de la nueva normativa que tipifica las hipótesis de violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral, surge una nueva interrogante: ¿cuáles son los alcances de la responsabilidad del empleador en la materia? En otras palabras, ¿cuál es el grado de diligencia y qué medidas se le pueden exigir al empleador en cumplimiento de la normativa vigente?

Para responder a estas preguntas adquiere especial importancia lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio N° 190 de la OIT, cuyo encabezado establece:

Todo Miembro deberá adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular, en la medida en que sea razonable y factible.

Y, a continuación, enuncia algunas medidas concretas²⁷. La doctrina ha sostenido que esta norma limita la responsabilidad del empleador a aquellas situaciones que pueda controlar, lo que se desprendería de los términos utilizados en esta disposición, en particular: "apropiadas y acordes con su grado de control" y "en la medida que sea razonable y factible" (Lizama y Lizama, 2024, p. 59).

¿Qué ha dicho la jurisprudencia administrativa?

La Dirección del Trabajo, a través del dictamen N° 362/19, sostuvo que, en materia de violencia ejercida por terceros, la obligación del empleador del artículo 184 del Código del Trabajo se traduce en garantizar a las personas trabajadoras un espacio de trabajo seguro. En este escenario, frente a una amenaza externa, deben conocer los pasos a seguir para acceder a medidas de resguardo por parte del empleador, quien, además, tiene la obligación de controlar la situación y ejercer acciones concretas para mitigar el daño, considerando que esta exposición al riesgo deriva del rol del trabajador en la empresa. Lo anterior debe estar contenido en el protocolo de prevención del acoso sexual, del acoso laboral y de la violencia en el trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 154 N° 12 y 154 bis del Código del Trabajo.

Conforme al artículo 211-A, el referido protocolo deberá abordar distintos aspectos, tales como la identificación de peligros y la evaluación de riesgos psicosociales asociados al acoso sexual, al acoso laboral y a la violencia en el trabajo, con una perspectiva de género. También, deberá contemplar medidas de prevención de riesgos adaptadas a la naturaleza de la prestación de servicios y al funcionamiento del establecimiento o empresa. Además, el protocolo deberá incluir medidas destinadas a controlar su eficacia, velar por su mejora y corrección continua, proporcionar información y capacitación sobre los riesgos identificados y evaluados, resguardar la privacidad y honra de todos los involucrados en estos procedimientos, y establecer medidas

27 Estas medidas son las siguientes:

- a) adoptar y aplicar, en consulta con los trabajadores y sus representantes, una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso;
- b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo;
- c) identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos;
- d) proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, inclusive sobre los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas concernidas en relación con la aplicación de la política mencionada en el apartado a) del presente artículo”.

frente a denuncias inconsistentes. Asimismo, se requiere que se incorporen mecanismos de prevención, formación, educación y protección destinados a garantizar la debida actuación de las trabajadoras y trabajadores, independientemente del resultado de la investigación en estos procedimientos.

Destaco, especialmente, que conforme a lo dispuesto en su letra d), las medidas de prevención del acoso sexual, laboral y de la violencia en el trabajo deben establecerse “conforme a la naturaleza de los servicios prestados y al funcionamiento del establecimiento o empresa”. Por consiguiente, no basta con el solo cumplimiento de esta obligación mediante la adopción de un “protocolo tipo”, sino que se requiere que los empleadores implementen medidas adecuadas y pertinentes que garanticen la protección de las personas trabajadoras, permitiéndoles ejercer efectivamente su derecho a una relación de trabajo libre de violencia y acoso. De lo contrario, esta normativa se reduce a una mera declaración de derechos. En este sentido, es preciso tener presente que “las medidas con las que se pueden prevenir las conductas dañinas de clientes son tan heterogéneas como las formas en que ésta se puede presentar o los lugares y puestos de trabajo a los que afecta” (Crespí, 2024, p. 97).

Por su parte, al analizar el contenido del Convenio N° 190 es posible notar la importancia que éste da a la prevención de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, por sobre las sanciones, entendiendo que éstas no constituyen la solución definitiva del problema (Cruz, 2024, p. 3). Este instrumento alude a las “prácticas inaceptables”, las que deben integrarse en la evaluación de riesgos psicosociales y, en el caso chileno, también en el protocolo de prevención que debe elaborar el empleador. Una protección eficaz frente a la violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral requiere que se defina qué se entiende por este tipo de violencia en un contexto específico y que se prevea la posibilidad de que ésta pueda tener lugar (Crespi, 2024, p. 93).

Según la doctrina:

esta delimitación del riesgo es especialmente importante en el ámbito de la violencia psicológica o sexual de terceros, porque es la organización, y no el trabajador, quien ostenta la carga de definir qué tipo de conductas de clientes y usuarios pueden rechazarse (Crespí, 2024, p. 93).

De hecho, en ámbitos laborales en los que la satisfacción del cliente es muy importante para el desarrollo y éxito del negocio, “la falta de orientación sobre qué tipo de actitudes son inasumibles supone, en sí mismo, un factor estresor que desgasta al trabajador y debilita su capacidad para afrontar la situación” (Crespi, 2024, p. 93).

Por último, la Recomendación N° 206 establece, en su párrafo 8º que, al evaluar los riesgos de violencia y acoso en el lugar de trabajo (de acuerdo con el artículo 9 letra c) del Convenio N° 190, deben considerarse los factores que aumentan la probabilidad de que estas conductas ocurran, incluidos los peligros y riesgos psicosociales. Asimismo, destaca la necesidad de prestar especial atención a los siguientes aspectos:

a) a aquellos derivados de las condiciones, modalidades y organización del trabajo, así como de la gestión de los recursos humanos, en su caso;

72

- b) aquellos que impliquen a terceros, como clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes y público en general, y
- c) aquellos que tengan su causa en la discriminación, el abuso de las relaciones de poder o en las normas de género, culturales y/o sociales que fomentan la violencia y el acoso.

6.3. Medidas correctivas

El artículo 211-C inciso 4º se refiere, especialmente, a las conclusiones derivadas de las investigaciones realizadas a partir de denuncias por violencia en el trabajo, en los siguientes términos: "En el caso de las conductas establecidas en la letra c) del inciso segundo del artículo 2, las conclusiones contendrán las medidas correctivas que adoptará el empleador en relación con la causa que generó la denuncia".

Por ende, las medidas correctivas se establecen como requisito de las conclusiones ante una denuncia por violencia en el trabajo, porque el empleador no está facultado para sancionar a un tercero, ajeno a la relación laboral.

Refuerza lo anterior el hecho de que, en opinión de la doctrina, la violencia externa puede ejercerse incluso de manera anónima, a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (Crespí, 2024, p. 92). A mayor abundamiento, el empleador infringe su deber de prevención de riesgos laborales, aun cuando no sea posible identificar a los agresores, siempre y cuando de las circunstancias concretas pueda deducirse que la agresión dice relación con la actividad laboral de la víctima. Crespí menciona, como ejemplo, la agresión sufrida por un guardia de seguridad de un supermercado, que se produce como represalia de su actividad laboral. Señala que, aunque no se logre identificar a los agresores, el incumplimiento por parte del empleador puede configurarse si existen amenazas previas, un contexto de conflictividad o antecedentes recientes de agresión a otro u otros vigilantes (Crespí, 2024, p. 92). En palabras del legislador nacional, dichas circunstancias permitirían determinar que la agresión se produjo "con ocasión de la prestación de servicios".

Conforme a lo sostenido por la jurisprudencia administrativa y lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto N° 21, que aprueba el Reglamento que establece las directrices para los procedimientos de investigación de acoso sexual, laboral o de violencia en el trabajo, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el objetivo de estas medidas consiste en prevenir y controlar los riesgos identificados, generando garantía de no repetición, esto es, garantizando la no reiteración de la o las conductas constatadas. Para ello, se debe evaluar la eficacia del protocolo de prevención y, de ser necesario, introducirle mejoras para prevenir vulneraciones futuras. En este contexto, las medidas correctivas pueden incorporar acciones que permitan corregir, ajustar o reforzar dicho protocolo.

En concordancia con lo expuesto, la doctrina comparada ha entendido que:

el hecho de haber padecido incidentes previos es muy relevante a la hora de determinar la gravedad del riesgo de que se produzcan de nuevo. Por este motivo, la omisión de medidas preventivas o su falta de corrección ante la existencia de incidentes reiterados constituye una clara circunstancia agravante de la responsabilidad empresarial, a efectos, por ejemplo, de graduar la cuantía del recargo de prestaciones o de contribuir a fundamentar la imposición de una indemnización por daños y perjuicios (Crespí, 2024, p. 96).

Cabe hacer dos precisiones en torno al ámbito de aplicación de las medidas correctivas en nuestro ordenamiento jurídico interno. En primer lugar, frente a situaciones de acoso sexual y/o laboral también pueden adoptarse medidas correctivas adicionales a las sanciones, si se estiman necesarias para la reparación íntegra de la víctima frente a las consecuencias del hecho constatado. En segundo término, estas medidas no se limitan a proteger a la víctima de violencia, sino también a los demás trabajadores y trabajadoras de la empresa. En este sentido, y a la luz del deber de prevención, deben implementarse igualmente a su respecto aquellas que eviten la repetición del hecho en el futuro (Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024).

Judicialmente, el empleador puede ser responsable por omisión de su deber de garante, conforme al artículo 184 del Código del Trabajo. Por ejemplo, si no investiga una denuncia por violencia en el trabajo o muestra absoluta indiferencia ante su ocurrencia en el entorno de trabajo (Lizama y Lizama, 2024, p. 142). Lo propio se puede afirmar en relación con el acoso sexual o acoso laboral, cuando el sujeto activo de estas conductas es otro trabajador o trabajadora de la empresa. Esta responsabilidad también se configura si no se implementan medidas de resguardo o éstas son insuficientes. La conducta omisiva del empleador se ha vinculado, además, con la falta de regulación de normas que promuevan un ambiente digno y de mutuo respeto en el contexto laboral²⁸, lo que tras la entrada en vigor de la Ley N° 21.643, se traduce en el incumplimiento de sus obligaciones de contar con un protocolo de prevención y con un procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual, del acoso laboral y de la violencia en el trabajo.

Finalmente, es necesario puntualizar que también en las hipótesis de violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral, se está ante una conducta plurifensiva de derechos fundamentales, lo que permite interponer una acción de tutela de derechos fundamentales, conforme a los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.

28 Planet (2024), p. 96. En relación con la violencia perpetrada por un compañero de trabajo y frente al incumplimiento del deber de seguridad del empleador, Planet enumera algunos ejemplos, como el citado. Estas hipótesis resultan plenamente aplicables a la violencia perpetrada por terceros ajenos a la relación laboral.

7. Algunas consideraciones finales

A lo largo de estas líneas, he desarrollado un análisis crítico de la Ley N° 21.643, vigente en nuestro país desde el 1 de agosto de 2024, que modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales en materia de prevención, investigación y sanción del acoso sexual, laboral y de la violencia en el trabajo.

A mi juicio, las principales modificaciones que introduce esta ley a nuestro ordenamiento jurídico se pueden sistematizar en torno a tres ejes fundamentales:

1.- Prevención de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Como ya subrayé previamente, el Convenio N° 190 destaca la importancia de la prevención de estos fenómenos por sobre las sanciones, entendiendo que éstas no constituyen una solución definitiva al problema. Lo propio puede observarse en la llamada Ley Karin.

Si bien la obligación de prevención no fue una temática que abordé en detalle en este trabajo, quisiera hacer presente en estas palabras finales que, nuestro marco legal actual, tras la entrada en vigor de dicha ley, ya no se limita al deber general de protección previsto en el artículo 184 del Código del Trabajo, y a la obligación del empleador de implementar medidas de prevención e investigación exclusivamente en relación con el acoso sexual.

La nueva Ley 21.643 obliga a los empleadores a adoptar e implementar medidas destinadas a la prevención, investigación y sanción de las conductas de acoso sexual, de acoso laboral y de violencia en el trabajo. Con este propósito, deben elaborar y poner a disposición de los trabajadores un protocolo de prevención y procedimientos para abordarlos. En esta línea, se modificó el numeral 12 del artículo 154 del Código del Trabajo, y se agregó un artículo 154 bis nuevo. Además, esta ley reemplazó el epígrafe del Título IV del Libro II, denominándolo “De la prevención, investigación y sanción del acoso sexual, laboral y la violencia en el trabajo”. Adicionalmente, introdujo dos nuevos párrafos que abordan aspectos fundamentales de la prevención, investigación y sanción no sólo de las conductas de acoso sexual, sino también del acoso laboral y de la violencia en el trabajo.

Lo dicho no obsta a que se demande la tutela de derechos fundamentales con relación laboral vigente o, simultáneamente, con una acción de despido indirecto, en su caso, conforme a lo previsto en los artículos 2 inciso 2°, 160 N° 1 letras a), b) y f), N° 5 y N° 7, 171, 184, 485 y 489, todos del Código del Trabajo.

En este sentido, el Convenio N° 190 de la OIT, en su propia exposición de motivos, precisa que estos comportamientos representan una violación de los derechos humanos de las víctimas y son incompatibles con la noción de trabajo decente, acuñada por el mismo organismo internacional. Se trata de conductas pluriofensivas de derechos humanos.

2.- Incorporación de la “perspectiva de género”, en línea con las consideraciones de género a que hace referencia el Convenio N° 190, lo cual plantea el desafío de la concreción de la igualdad sustancial entre hombres y mujeres.

Uno de los principales logros de la Ley N° 21.643 es la incorporación del principio de perspectiva de género. Como sostuve en la sección destinada al análisis de esta directriz, para el poder judicial constituye una herramienta metodológica de análisis, que permite a los jueces y juezas abordar los casos sometidos a su conocimiento con una mirada que reconozca y visibilice las barreras que dificultan el goce y ejercicio igualitario de determinados derechos, especialmente respecto de ciertos grupos discriminados desde una perspectiva estructural, como es el caso de las mujeres y de las minorías sexuales. Como ha sostenido la Dirección del Trabajo, se trata de un principio que fundamenta las relaciones laborales e irradia la aplicación e interpretación de toda la normativa laboral.

3.- Definición de conceptos clave, como son la dignidad humana, la perspectiva de género, el acoso sexual, el acoso laboral y la violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral.

El Convenio N° 190 de la OIT, aborda, por primera vez en el derecho internacional, el reconocimiento del derecho a toda persona a un mundo de trabajo libre de violencia y acoso. En este contexto, adopta una definición amplia de violencia y acoso en el mundo del trabajo, e incluye un concepto de violencia y acoso en razón de género.

A la fecha de su ratificación, los fenómenos de violencia en el trabajo reconocidos y regulados en nuestro ordenamiento jurídico interno se limitaban a las agresiones físicas, conocidas como vías de hecho, al acoso sexual y al acoso laboral. Particularmente, el legislador se refería -y sigue refiriéndose-, a las vías de hecho en la letra c) del artículo 160 N°1 del Código del Trabajo, como una causal disciplinaria de término de contrato de trabajo. Por su parte, definía acoso sexual y laboral en el artículo 2 del mismo Código, además de contemplarlos como causales de terminación de contrato en las letras b) y f) del mismo artículo 160 N°1.

La Ley N° 21.643 modificó el inciso 2º del artículo 2 del Código del ramo, con el fin de establecer que las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato libre de violencia, compatible con la dignidad de la persona y con perspectiva de género, lo que implica la adopción de medidas tendientes a promover la igualdad y a erradicar la discriminación basada en dicho motivo. Por su importancia para la judicatura, se revisaron los conceptos de dignidad y perspectiva de género.

En cuanto a la dignidad, noción ya presente en el artículo 2 del Código del Trabajo antes de la entrada en vigor de la Ley N° 21.643, se precisó que, pese a ser un concepto difícil de definir, constituye un criterio interpretativo esencial para determinar el ejercicio legítimo de la potestad de mando del empleador. Además, se destacó que está indisolublemente ligada al concepto de derechos humanos. Desde la perspectiva de la labor jurisdiccional, la dignidad humana cobra especial relevancia en los casos de acoso sexual, acoso laboral y violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral, dado que, como ya se indicó, se trata de conductas plurifensivas de derechos fundamentales. Por lo tanto, puede utilizarse como argumento de parte, argumento de refuerzo e, incluso, como argumento clave de la sentencia.

76

Respecto a la perspectiva de género, ya se abordó su relevancia en el punto anterior.

Ahora bien, la nueva Ley 21.643 mantiene la definición actual de acoso sexual, sin perjuicio de las críticas que se han formulado -y que se revisaron-, en el sentido de que podría haberse aprovechado su dictación para mejorar este concepto, salvando algunas de sus deficiencias, como, por ejemplo, haber cambiado las expresiones “requerimientos” y/o “no consentidos”, que se utilizan en esta disposición legal.

Por otro lado, modifica la noción de acoso laboral, e incluye un concepto de violencia en el trabajo ejercida por terceros ajenos a la relación laboral.

En relación con el concepto de acoso laboral, la Ley N° 21.643 adopta un criterio cualitativo para su determinación, entendiendo que una conducta puede considerarse como acoso laboral, con independencia de si se manifiesta en una sola ocasión o de manera repetida; lo cual, sin duda, plantea importantes desafíos para los tribunales de justicia. Bajo esta premisa, la calificación de la ilicitud de la conducta debe hacerse en base a un criterio de actividad/resultado. El maltrato o humillación (actividad) afecta los derechos a la integridad física o psíquica de la víctima (resultado) (en este sentido, Ugarte, 2024, p. 26).

Se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la noción de violencia ejercida por terceros ajenos a la relación laboral. Sin embargo, al definir y regular esta figura, el legislador no establece lineamientos que permitan determinar qué conductas son susceptibles de afectar a las personas trabajadoras “con ocasión de la prestación de servicios”. Tampoco clarifica los alcances y extensión de la responsabilidad del empleador en la materia, razón por la cual, en este trabajo, se interpretó la normativa incorporada por la Ley N° 21.643 a la luz de lo establecido en los artículos 3 y 9 del Convenio N° 190. Con el mismo objetivo, se hicieron algunas referencias a lo dispuesto en los artículos 184 y 184 bis del Código del Trabajo.

Para finalizar, quisiera citar algunas consideraciones y datos contemplados en el Informe sobre “La Violencia Laboral en el marco del Convenio 190 de la OIT”, elaborado en el año 2022, que analiza la situación actual de estos fenómenos en América Latina y el Caribe, en el marco de este instrumento internacional.

Este estudio destaca la necesidad de una transformación cultural que aumente la sensibilidad social frente a estas temáticas. A este respecto, en el mismo informe, se observó que el impacto del Convenio N° 190 se traduce en que se “está empezando a hablar más de la problemática”. Además, en las encuestas que se efectuaron para su elaboración, se revelaron las siguientes percepciones respecto del abordaje de las temáticas en estudio, a saber:

El 61% de las personas encuestadas ha apreciado cambios en el último tiempo frente al tratamiento de estas situaciones. En primer lugar, se considera que la gente es más cuidadosa que antes (36%), principalmente, entre los hombres. En segundo, que se presta más atención a las denuncias (22%) y, en tercero, que se escucha más a las víctimas (18%). Ambas opciones sin diferencias de género. Por último, se celebra que las organizaciones actualmente disfrutan de protocolos de atención que antes no tenían (28%), con mayor incidencia en las mujeres (+5 pp) (Friedrich Ebert-Stiftung, 2022, p. 42).

Precisamente, la dictación y entrada en vigencia de la Ley N° 21.643 ha comenzado a generar efectos positivos y significativos en este mismo sentido.

Una reflexión final. Sin duda, en nuestro país, la promulgación de esta ley constituye un importante avance en el respeto de las relaciones laborales, alineándose con las políticas internacionales, especialmente en la prevención del acoso y la violencia en el entorno laboral, así como por la inclusión de la perspectiva de género en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, su implementación presenta varios desafíos para los actores involucrados, esto es, para los empleadores, las personas trabajadoras, los Tribunales de Justicia y la Dirección del Trabajo.

Espero que una adecuada implementación de las disposiciones de esta ley, en línea con los principios del Convenio N° 190, esto es, con un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género, promueva una transformación cultural y estructural que nos permita avanzar efectivamente en la prevención y erradicación de la violencia, el acoso y la discriminación en el trabajo, fenómenos que afectan a la sociedad en su conjunto y trascienden las fronteras de los países, los ámbitos de trabajo y las categorías profesionales.

Referencias

- Acevedo, Doris (2012). Violencia laboral, género y salud: Trabajadoras y trabajadores de la manufactura. Salud de los Trabajadores, 20 (2), pp. 167-177. Disponible en el siguiente enlace: https://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-01382012000200005
- Ansoleaga, Eliza, Gómez-Rubio, Constanza y Mauro, Amalia (2015). Violencia laboral en América Latina: una revisión de la evidencia científica. VERTEX Rev. Arg. de Psiquiat. 2015, Vol. XXVI: 173-181. Disponible en el siguiente enlace: <https://cem.cl/wp-content/uploads/2021/06/Violencia-laboral-en-America-Latina-1.pdf>
- Caamaño, Eduardo (2005). Acoso Sexual: concepto, clases y bien jurídico protegido. El Acoso Sexual en la Empresa. Análisis de la Ley 20.005 (Autores: Eduardo Caamaño, Gabriela Carvajal y Patricio Jiménez). 2da edición, Santiago, LegalPublishing, pp. 3-42.
- Caamaño, Eduardo y Ugarte, José Luis (2014). El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales. Revista Ius et Praxis, Año 20, N° 1, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp. 67-90. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n1/art04.pdf>
- Carvajal, Gabriela (2005). Antecedentes de la legislación sobre acoso sexual: jurisprudencia y tramitación legislativa. El Acoso Sexual en la Empresa. Análisis de la Ley 20.005 (Autores: Eduardo Caamaño, Gabriela Carvajal y Patricio Jiménez). 2da edición, Santiago, LegalPublishing, pp. 43-48.
- Comunidad Mujer (2024). Violencia doméstica en el marco del Convenio 190 de OIT y su implementación en Chile. Estudio publicado en enero de 2024, Serie Comunidad Mujer Boletín N°54. Disponible en el siguiente enlace: <https://comunidadmujer.cl/wp-content/uploads/2024/01/Boletin54-ComunidadMujer.pdf>
- Crespi, María del Mar (2024). La violencia externa: el deber empresarial de protección de los trabajadores frente a las agresiones y acoso de terceros. Trabajo y Empresa. Revista De Derecho Del Trabajo, 3(3), 77–106. Disponible en el siguiente enlace: <https://doi.org/10.36151/tye.v3n3.004>
- Cruz, Camila (2024). Aplicación del Convenio N° 190 de la OIT en Chile: ¿Son suficientes las herramientas jurídicas existentes? Noticia publicada en Scielo Laboral. Disponible en el siguiente enlace: https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2024/02/cruz_noticias_cielo_n2_2024.pdf
- Fernández, Natalia (2019). El acoso laboral: Problemática actual en las relaciones laborales. Máster universitario de acceso a la profesión de abogado.

- Fernández, Marisol (2001). *Violencia de género y acoso sexual: ¿Qué se puede hacer desde el derecho de interés público?* Derechos Humanos e Interés Público, Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie de Publicaciones Especiales N°11, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- Friedrich Ebert-Stiftung (2022). Trabajo y Justicia Social. La Violencia Laboral en el marco del Convenio 190 de la OIT, Informe general. La Violencia Laboral en América Latina y el Caribe en el marco del Convenio 190 de la OIT. La situación actual en la región y los principales desafíos. Disponible en el siguiente enlace: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/19745.pdf>
- Gamonal, Sergio (2007). *El Daño Moral en el Contrato de Trabajo.* Segunda Edición, Actualizada y Revisada, Santiago, LexisNexis.
- Gamonal, Sergio (2021). *Derecho Individual del Trabajo. Doctrina, Materiales y Casos.* Santiago, ediciones Der.
- Gamonal, Sergio (2022). *Género y Derecho del Trabajo. Género, Derecho y Tutela Jurisdiccional: Visiones desde España y América Latina* (Coord. Gerardo Ruiz-Rico y Blanca Rodríguez Ruiz), Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 291-309.
- Gamonal, Sergio (2024). *Narrativas, Perspectiva Feminista de Género y Derecho Laboral.* Global Labour Rights Reporter, Volumen 3, Número 2, Washington, Red llaw, pp. 19-25.
- Gamonal, Sergio y Guidi, Caterina (2015). *Manual del Contrato de Trabajo.* 4^a edición revisada y aumentada (Santiago, LegalPublishing Chile).
- Gamonal, Sergio y Guidi, Caterina (2020). *La Tutela de Derechos Fundamentales en el Derecho del Trabajo.* Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Santiago, ediciones DER.
- Gamonal, Sergio y Pino, Alberto (2024). *La Dignidad Humana y la Defensa de los Derechos Fundamentales del Trabajador.* Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 38, enero-junio 2024, pp. 3-38.
- Gamonal, Sergio y Prado, Pamela (2006). *El Mobbing o Acoso Moral Laboral.* Santiago, LexisNexis.
- García, William; Lagos, Catalina; Sarmiento, Claudia y Walker, Elisa (2023). *Acoso sexual, acoso moral y discriminación en contexto laboral.* Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Santiago, ediciones DER.
- Guidi, Caterina (2006). *El Acoso Moral o Psicoterror en el Ámbito Laboral.* Revista de Derecho de la Empresa, N° 6, abril-junio 2006, Santiago, Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez, pp. 65-92.
- Halpern, Gabriel (2024). *Acoso laboral en Chile. Análisis dogmático de los conceptos y el procedimiento para el sector privado.* Cuadernos Jurídicos, Santiago, ediciones DER.
- Herrera, Paloma (2016). *El Derecho a la Vida Privada y las Redes Sociales en Chile.* Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 5 (1), Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 87-112. Disponible en el siguiente enlace: <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2016.41268>
- Hirigoyen, Marie-France (2001). *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso.* Buenos Aires, Paidós.
- Irureta, Pedro (2006). *Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución Chilena.* Colección de Investigaciones Jurídicas N° 9, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, pp. 7-233.
- Iturriaga, Camilo (2016). *Los Actos de Discriminación en las Entrevistas de Trabajo y la Acción de Tutela Laboral.* Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Vol. IV N° 1, Santiago de Chile, pp. 53-67.
- Lizama, Luis y Lizama, Diego (2019). *Manual de Derecho individual del trabajo,* Manuales, Santiago, ediciones DER.
- Lizama, Luis y Lizama, Diego (2024). *Compliance laboral en acoso y violencia en el trabajo. Convenio N° 190 y Ley N° 21.643.* Cuadernos Jurídicos, Santiago, ediciones DER.
- Mangarelli, Cristina (2012). *El acoso en las relaciones de trabajo, Mobbing laboral. Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social. Doctrina chilena y extranjera* (Dir. Eduardo Caamaño y Rafael Pereira), tomo II, Santiago, LegalPublishing.
- Marín, María Luisa (2007). *La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales.* Revista de Bioética y Derecho, Publicación Cuatrimestral del Máster en Bioética y Derecho, Número 9 – enero 2007, pp. 1-8.
- Mutual de Seguridad, Equipo de Investigación Vicepresidencia de la Mujer y Central Unitaria de Trabajadores (2024). Estudio sobre el Convenio 190 de la OIT para la erradicación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, Santiago, 22 de mayo de 2024. Disponible en el siguiente enlace: <https://cut.cl/wp-content/uploads/2024/05/Estudio-C190.pdf>

Organización Internacional del Trabajo (2003). *Code of practice on workplace violence in services sectors and measures to combat this phenomenon*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. Disponible en el siguiente enlace: file:///C:/Users/categ/Downloads/wcms_107705.pdf

Planet, Lucía (2021). Desde la identificación a la pérdida del trabajo: problemas jurídicos que enfrenta la víctima de acoso sexual laboral en Chile. *Estudios sobre el Trabajo de la Mujer* (Coord. Irene Rojas y Lucía Planet), Monografías, Santiago, Thomson Reuters, pp. 79-119.

Planet, Lucía (2024). Problemáticas procesales en casos de violencia laboral y enfermedades profesionales asociadas, *Problemáticas de género en el Derecho del Trabajo*. (Coord. Karla Varas), Coediciones, Santiago, ediciones DER, pp. 93-110.

Piñuel y Zabala, Iñaki (2005). El mobbing o acoso psicológico en el trabajo. *Mobbing. El acoso psicológico en el ámbito laboral*. Jurisprudencia Argentina, Vol. 2005-II, no. 4 (abr. 2005), Buenos Aires, Lexis Nexis, pp. 52-70.

Pons, María (2020). Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo y Protección Social*, 1(2), pp. 30-60. Disponible en el siguiente enlace: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5538>

Puyesky, Fany (1999). *El Acoso Sexual*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

Sánchez, Carmen (2024). Adecuación e implementación del convenio OIT 190 sobre la violencia y el acoso en el ordenamiento laboral español. *Revista Justicia & Trabajo*, n.º 5, diciembre 2024, pp. 33-74. Disponible en el siguiente enlace: <https://doi.org/10.69592/2952-1955-N5-DICIEMBRE-2024-ART-2>

Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación y (2018). Cuaderno de las buenas prácticas para incorporar Perspectiva de Género en las sentencias, preparado con el apoyo del Programa para la Cohesión Social en América Latina (EUROSOCIAL), Corte Suprema, Poder Judicial de Chile. Disponible en el siguiente enlace: https://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/Eurosocial_PJUD/CBP_CHILE24AGOSTO2018.pdf

Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación (2021). Manual para el Uso de Lenguaje Inclusivo no Sexista en el

Poder Judicial de Chile. *Glosario, Corte Suprema, Poder Judicial de Chile*.

Supiot, Alain (1999). *Trabajo y Empleo, Transformaciones del Trabajo y Futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. (Coord. Alain Supiot), Valencia, Tirant lo Blanch.

Toro, Juan Pablo y Gómez-Rubio, Constanza (2016). Factores facilitadores de la violencia laboral: Una revisión de la evidencia científica en América Latina. *Ciencia & trabajo*, 18(56), pp. 110-116. Disponible en el siguiente enlace: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-24492016000200006>

Undurraga, Rosario y López, Natalia (2020). *Trayectorias Laborales de Mujeres y Violencia en el Trabajo: Una Cuestión de Género*. *Psykhe* (Santiago), 29(2), 1-14. Disponible en el siguiente enlace: <https://dx.doi.org/10.7764/psykhe.29.2.1494>

Ugarte, José Luis (2020). Informe en derecho Acoso sexual y sexista en el trabajo: revisión desde la doctrina y jurisprudencia. Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación. Disponible en el siguiente enlace: https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/proyectos/AcosoSexual/Informe_AcosoSexual_sexismo_042021.pdf

Ugarte, José Luis (2024). *Acoso en el Trabajo y Tutela*. Monografías, Santiago, ediciones DER.

Uribe-Echevarría, Verónica (2008). *Inequidades de Género en el Mercado Laboral: el Rol de la División Sexual del Trabajo*. Cuaderno de Investigación N° 35, División de Estudios de la Dirección del Trabajo, pp. 5-130. Disponible en el siguiente enlace: https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-96174_recurso_1.pdf

Urrutikoetxea, Mikel (2014). *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*. Albacete, Bomarzo.

Vera, Rodrigo (2021). El consentimiento de la víctima en el acoso sexual laboral. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 38, pp. 85-112. Disponible en el siguiente enlace: <https://revistas.ucsc.cl/index.php/revistaderecho/article/view/1434/907>

Viscomi, Antonio (2002). Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti. *Lavoro e Diritto* 1/2002.

80

Zamora, Rebeca (2024). Investigaciones internas corporativas. Un enfoque desde el compliance. Cuadernos Jurídicos, Santiago, ediciones DER.

Jurisprudencia administrativa

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 1133/36, de 21 de marzo de 2005. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-80451.html>

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 2210/35, de 10 de junio de 2009. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-96717.html>

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 4354/059, de 29 de octubre de 2009. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-97210.html>

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N°3519/034, de 9 de agosto de 2012. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-101010.html>

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-126267.html>

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 497/21, de 31 de julio de 2024. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-126519.html>

Jurisprudencia judicial

Juzgado de Letras del Trabajo de Los Andes, RIT T-26-2009, de 10 de junio de 2009.

Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-38-2010, de 26 de abril de 2010.

Corte Suprema, Rol N° 32.070-2014, de 7 de octubre de 2015.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-706-2016, de 28 de octubre de 2016.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT-S-90-2016, de 1 de febrero de 2017.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 353-2017, de 9 de junio de 2017.

Corte Suprema, Rol N° 35.159-2017, de 12 de abril de 2018.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-309-2018, de 7 de junio de 2018.

Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-551-2018, de 9 de enero de 2019.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-1181-2018, de 5 de marzo de 2019.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-1061-2018, de 16 de mayo de 2019.

Primer Juzgado Laboral de Santiago, RIT T-1839-2018, de 21 de octubre de 2019.

Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, Rol N° 0-20-2019, de 10 de febrero de 2020.

Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-1774-2018, de 23 de abril de 2020.

Juzgado de Letras Punta Arenas, RIT T-29-2020, de 10 de octubre de 2020.

Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, RIT T-35-2022, de 23 de enero de 2023.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2990-2022, de 3 de enero de 2024.

Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, Rol O-313-2023, de 17 de octubre de 2024.





III. Breves notas respecto de la judicialización de la Ley N°21.643 sobre acoso y violencia en el trabajo

Paola Cecilia Díaz Urtubia¹

Jueza Titular del Segundo Tribunal de Letras
del Trabajo de Santiago

Introducción

Mucho se ha dicho sobre la denominada Ley Karin y la intensidad con la que viene a regular las relaciones al interior de los lugares de trabajo; sin embargo, no queda claro cuánto hay de verdad en las conductas que viene a proscribir, algunas de las cuales se han caricaturizado en las redes sociales y aparecen como extremas o absurdas de cara a la judicialización del conflicto. Así, por ejemplo, se suele difundir que una jefatura no podrá no saludar o no sonreírle a un trabajador, no podrá hacer diferenciaciones de ninguna especie, no se podrá excluir de una reunión a alguien ni tampoco elegir con quienes compartir. Además, parece sugerirse que la única respuesta frente a una situación de acoso sea el despido.

En este escenario, estas notas tienen el modesto objetivo de ayudar a abogados y jueces a situarnos frente a la judicialización de este tipo de conflictos, dejando en claro qué es lo que importa para conocer, calificar y sancionar el acoso en el trabajo. Y, de paso, descartar, al menos en parte, el exagerado rigor que propone la amplia difusión que se ha dado a esta normativa, aprovechando también de analizar un par de aspectos que pueden ser discutibles a la hora de aplicar el derecho en una contienda de esta índole.

Iniciamos este análisis aplicando el enfoque que creemos debe guiar la revisión del asunto, para luego proyectar las posibles acciones judiciales por las cuales este tipo de causas llegará a los tribunales de justicia, la facultad del órgano adjudicador para dotar de contenido el concepto de acoso, maltrato y humillación, además de revisar algunos aspectos probatorios importantes.

1 Docente LLM (mención laboral) Pontificia Universidad Católica de Chile.

1. El deber de seguridad del empleador como punto de partida

Pese a la aparente novedad, lo cierto es que, de cara a su judicialización, la normativa de la Ley N°21.643 debe analizarse desde el conocido deber de seguridad que pesa sobre el empleador y que se encuentra establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo², imponiendo a éste el disponer de todas las medidas necesarias para proteger la vida y salud del trabajador o trabajadora en la faena³.

Se trata de una deuda de seguridad del empleador que legalmente queda inserta en cada contrato de trabajo y cuyo incumplimiento -declarado judicialmente- puede generar la responsabilidad civil, de tipo contractual. La judicialización de este tipo de conflictos -sea por accidentes del trabajo o enfermedades profesionales- constituyen una parte importante del ingreso de un tribunal laboral y, por lo mismo, es un tema manejado y conocido de los jueces del ramo, quienes además cuentan con una nutrida doctrina y jurisprudencia de apoyo.

En este sentido, la conducta exigible al empleador a partir de la Ley N°21.643 debe necesariamente analizarse a la luz del citado artículo 184 y, específicamente, a partir del problema emergente de los "factores de riesgo psicosociales" de los dependientes, es decir, en términos de la OIT de "aquellas características de las condiciones de trabajo que afectan a la salud de las personas a través de mecanismos psicológicos y fisiológicos a los que se llama estrés" ("s.f" Hoja Informativa N°3 OIT). El estrés en el trabajo es un conocido mediador de patologías de origen laboral que comúnmente pueden derivar en accidentes del trabajo. Por lo anterior, el Ministerio de Salud ha dispuesto un Protocolo de Vigilancia de Riesgos Psicosociales en el trabajo a partir del cual la Ley N°16.744 (1968, que Establece normas sobre Accidentes de Trabajo y enfermedades Profesionales) impone al empleador identificar y evaluar el riesgo definido en dicho protocolo, notificando los resultados al organismo administrador del seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, el que determinará su ingreso a un programa de vigilancia.

En conclusión, es parte del deber de seguridad del empleador el proteger a sus dependientes de toda clase de situaciones inherentes al trabajo que tienen la capacidad de afectar, en forma positiva o negativa, el bienestar y la salud (física, psíquica o social) de los trabajadores. Sobra decir que la existencia de situaciones de hostigamiento emocional, físico o sexual constituyen un riesgo psicosocial por identificar, evaluar y prevenir.

2 "Art. 184. El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica".

3 Al respecto, se ha dicho que su objeto es preservar la integridad del trabajador y de su personalidad. "En efecto, se peca de que el trabajador no sufra riesgos que le causen minusvaloración, debiendo desarrollarse su labor dentro de horarios, en lugares adecuados, con ayuda efectiva para afrontar los casos de accidentes o impedimentos, e, inclusive, se reconoce su integridad moral y su personalidad, tutelándolo frente a hechos que afecten su dignidad" (Macchiavello Contreras, 1986, pág. 182) citado también por (Gamonal y Guidi, 2010, pág. 103).

Sin embargo, se debe recordar que esta obligación de proteger también la salud mental de los trabajadores no entraña una responsabilidad de tipo objetivo para el empleador, por el contrario, se requiere que la conducta le sea imputable a título de dolo o negligencia. Se exige entonces, al menos, un grado de culpa, el que la jurisprudencia ha asimilado al de la culpa levísima, atendido el estándar de eficacia que exige la norma del artículo 184 ya referida, es decir, aquella “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes” (artículo 44, Código Civil Chileno).

Desde este contexto, coincidimos con el profesor José Luis Ugarte en que no se trata de mantener lugares de trabajo “higienizados” o exentos de conflicto (Ugarte Cataldo, 2024, pág. 26), como creemos se ha malentendido el tema por parte de la difusión descontrolada de la normativa de acoso en las redes sociales; sino que -por el contrario- se debe partir de un supuesto básico, cual es que en el lugar de trabajo existirán irremediablemente conflictos, como en todo grupo humano, algunos de los cuales deben ser tolerados como consecuencia lógica de vivir en sociedad.

De ahí que las herramientas para procesar el conflicto al interior de la empresa deben estar diseñadas para canalizar razonablemente problemas de cierta intensidad que, ya sea por su gravedad o extensión en el tiempo, sean idóneos para provocar un daño psíquico o incluso físico al dependiente, objetivamente analizado.

Es claro, en todo caso, que el empleador no puede contentarse únicamente con no realizar personalmente conductas de acoso laboral o sexual respecto de sus trabajadores, por el contrario, tiene el deber de velar que dichas conductas no se produzcan al interior del ambiente de trabajo, lo que lo obliga a estar atento, revisando el modo de organizar el trabajo o generando canales de denuncia eficaces, entre otras medidas, en aras de una adecuada prevención de riesgos psicosociales que lo exima de su eventual responsabilidad.

En otras palabras, y aunque parece obvio señalarlo, pese a la plasticidad de las conductas que pueden constituir acoso o violencia en el trabajo, el empleador no será responsable de éstas sino sólo cuando -de alguna manera- éstas le sean imputables, ya sea porque tomó parte de ellas o porque omitió tomar las medidas de prevención y represión que hayan sido del caso. En síntesis, la misma lógica de los accidentes del trabajo.

2. La acción de tutela laboral como principal herramienta para inhibir y sancionar las conductas de acoso y violencia en el trabajo

¿Qué puede hacer un trabajador o trabajadora cuando se enfrenta a conductas de parte de su empleador que se estiman constitutivas de acoso laboral o sexual?

¿Qué acción judicial tiene a su disposición?

Es común escuchar en nuestro foro expresiones tales como “voy a denunciar por Ley Karin” o “voy a irme por Ley Karin”, pero lo cierto es que dichas frases, en el mejor de los casos, aluden a un reclamo administrativo interpuesto ante la Dirección del Trabajo que, al menos en teoría, goza de ciertas características de prioridad y tratamiento.

86

Sin embargo, la Ley N°21.643 no contempla ninguna acción judicial especial por la cual se puede reclamar judicialmente, y ello no es de extrañar por cuanto las conductas constitutivas de acoso moral o sexual, como ilícitos pluriofensivos, se traducen en vulneraciones de derechos fundamentales, principalmente, a la integridad física o psíquica y, eventualmente, a la honra, la vida privada o la libertad de emitir opinión; todos derechos protegidos por la acción de tutela laboral que establece el artículo 485 y siguientes del Código del Trabajo.

Es así como las víctimas de acoso en el trabajo pueden requerir la tutela judicial directamente, incluso saltándose la instancia administrativa, lo que podría ser estratégicamente sensato si necesito imperio para hacer cesar una conducta que es objetivamente perjudicial y persiste durante una relación laboral vigente.

Cabe proyectar, en cambio, que lo más frecuente es que la acción de tutela laboral ingrese a los tribunales luego de una investigación interna o administrativa que además incluye una instancia de mediación, lo que atenta contra el plazo de la acción.

No sería extraño tampoco que, durante la investigación interna o administrativa, la relación laboral concluyera por despido patronal o indirecto y, en tal caso, la investigación quedará inconclusa, restando únicamente la acción judicial de tutela con ocasión del despido (eventualmente indirecto). En todo caso, la denuncia e investigación previa (aún inconclusa) suele ser un antecedente relevante en el juicio y, a veces, la única forma de hacerse de prueba.

No se puede dejar de hacer notar la vulnerabilidad en que queda una persona cuando es despedida durante una investigación de acoso laboral, dado que nada impide dicha circunstancia; no obstante, creemos que el trabajador o trabajadora puede imponer la acción de tutela con ocasión del despido, alegando la misma situación de acoso que llevó a denunciar o, eventualmente, una vulneración a la libertad de emitir opinión, si es que el despido tiene como motivación esencial el acto de denuncia de acoso laboral⁴. Y si bien se trata de una afectación por vía de represalia, creemos que no se configura una represalia en los términos establecidos en el artículo 485 del Código del Trabajo, pues ésta requiere de un contexto institucional donde se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en tal calidad, o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo⁵. Así, todo otro modo de represalia por parte del empleador puede ser reconducido a una situación de acoso laboral y, tal como se dijo, puede cobrar importancia el

4 El procedimiento de tutela laboral ha sido concebido para la protección de derechos de primer orden, uno de los cuales corresponde a la libertad de emitir opinión, cuando se ejerce dentro del ámbito de la relación de trabajo con "subordinación", que es un contexto que se presenta estructuralmente restrictivo durante el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador; no por razones éticas, sino por la misma racionalidad económica y tecnocrática sobre la cual se estructura la producción. El contenido del derecho fundamental en cuestión, en lo central, consiste en el derecho de exteriorizar ideas o pensamientos, en este caso en el espacio de trabajo. En términos del autor José Luis Ugarte se trata de "la voz" del trabajador, como expresión de la riqueza individual de la persona que participa del proceso productivo y que queda peligrosamente sometida a la racionalidad empresarial. De ahí que proteger esa diversidad y conectar con las necesidades humanas son la justificación de la protección de la expresión y en torno a ella se ha construido un derecho de amplia recepción, tanto en la normativa internacional como en la interna, englobando especialmente el discurso crítico, puesto que las afirmaciones amables, afines y condescendientes con el empleador no necesitan de la protección de una acción tutelar (Ugarte Cataldo, Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo , 2018, pág. 168).

5 Respecto del contexto institucional que debe contener la represalia empresarial ver (Ugarte Cataldo, Acoso en el Trabajo y Tutela, 2024, pág. 219).

numeral 12º de nuestra Constitución Política, derecho protegido por la acción de tutela laboral, a fin de velar porque no sea soslayado el discurso crítico de un trabajador o trabajadora que denuncia internamente situaciones perjudiciales de trabajo.

Por otra parte, en los casos en que el empleador despida a un trabajador o trabajadora por estimar que ha incurrido en conductas de acoso laboral, si bien la impugnación natural del trabajador se produce mediante la acción por despido injustificado, también el conflicto puede formularse por la vía de la acción de tutela laboral con ocasión del despido, si es que se considera, por ejemplo, que la misma investigación fue lesiva al derecho a la integridad psíquica y/o de la honra del trabajador o trabajadora despedido, lo que puede suceder de no haber ésta sido llevada conforme a los requisitos de reserva y derecho a defensa.

Por último, en el contexto del incumplimiento del deber de seguridad que genera la responsabilidad civil del empleador, y siempre que exista una enfermedad profesional declarada, es posible también que estos conflictos se canalicen a través de un procedimiento de aplicación general para lograr la indemnización de perjuicios provenientes de la responsabilidad civil del empleador. Se trata de una decisión estratégica en la que los litigantes deben ponderar las ventajas de esta vía frente a la acción de tutela laboral, que se supone está procesalmente mejor diseñada para abordar los conflictos en los que existan derechos fundamentales comprometidos, tanto por las preferencias para su vista y fallo, la posibilidad de decretar cautelares y, especialmente, por el sistema de prueba indiciaria⁶.

A modo de resumen, el acoso y violencia en el trabajo si bien representan un ilícito laboral, desde que se fundan en el incumplimiento de la deuda de seguridad establecida en el artículo 184 del Código del Trabajo, las contiendas a que den lugar pueden definirse por una vía judicial diversa a la de una enfermedad profesional, dado que pueden representar una vulneración de derechos fundamentales, lo que produce que la acción de tutela laboral se proyecte como la vía más común e idónea para el conocimiento y sanción de este tipo de conflictos.

9 Si bien la acción de tutela puede ser una opción ventajosa, conlleva una carga probatoria de imputación y de aportar al menos indicios que acrediten una realidad fáctica que se estima atentatoria de derechos fundamentales, circunstancia que no es necesaria acreditar si la enfermedad profesional ya está declarada, pues en tal caso es el empleador quien tiene la carga de probar que tomó todas las medidas eficaces para evitarla.

3. El concepto de acoso en el trabajo y la necesaria calificación judicial

Se suele aludir a la novedad en el marco conceptual del acoso laboral, introducida por la Ley N°21.643, que entiende por tal toda conducta que constituye agresión u hostigamiento ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores en contra de otro u otros por cualquier medio, “ya sea que se manifieste una sola vez o de manera reiterada” y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo⁷.

¿Significa esto que se elimina el requisito de la reiteración de conductas inocuas en sí misma, pero lesivas en su conjunto? En otras palabras ¿se hace realidad lo que circula en redes

sociales que basta que no me saluden un día o no me citen a una reunión para que ello constituya acoso laboral?

Lejos de ello, creemos que la frase “ya sea que se manifieste una sola vez o de manera reiterada”, pone el acento en la intensidad de la lesión más que en la periodicidad de ésta. Es decir, si un acto único es suficientemente lesivo no debe exigírsele reiteración y -en sí mismo- puede ser considerado maltrato o humillación. Esto se puede verificar, a modo de ejemplo, cuando una jefatura representa el mal desempeño de un subordinado agrediéndolo físicamente, o cuando lo descalifica frente a sus pares, profiriendo expresiones con clara intención de ofenderlo, tales como “tonto”, “estúpido”, “tarado”, etc.

Por supuesto que las circunstancias fácticas deben ser calificadas en cada caso por los jueces del trabajo, atendiendo al contexto de la conducta objeto del análisis. Para ello, cobrará relevancia el tono y el volumen en que dichas expresiones hayan sido proferidas, el lugar, el hecho de haber mediado o no provocación, entre otras.

Por el contrario, si se trata de una situación menos lesiva o episódica, como no saludar, no citar a una reunión o una legítima discusión, debe exigirse una mínima extensión en el tiempo o unirlo a otro tipo de indicios a fin de generar un sustrato fáctico que permita calificar la conducta como acoso, maltrato o humillación. Reiteramos que no se trata de proscribir el conflicto que naturalmente estará presente en todas las relaciones humanas. Dicho en otras palabras, los problemas de convivencia, las meras desavenencias y la simple exigencia del deber efectuada en tono respetuoso, deben ser toleradas en cualquier grupo humano y, por ende, no deben calificar como situaciones de acoso laboral.

7 La nueva redacción del inciso segundo del artículo 2 del Código del Trabajo define el acoso laboral de la siguiente manera: “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato libre de violencia, compatible con la dignidad de la persona y con perspectiva de género, lo que, para efectos de este Código, implica la adopción de medidas tendientes a promover la igualdad y a erradicar la discriminación basada en dicho motivo. Son contrarias a lo anterior, entre otras conductas, las siguientes: (...) b) El acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, ya sea que se manifieste una sola vez o de manera reiterada, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

Precisamente, a la hora de calificar las conductas, nos ilumina la óptica del deber de seguridad referido ad supra, puesto que la situación de acoso o violencia debe poder subsumirse en un ilícito laboral, algo que el empleador hizo y que causó la humillación o dejó de hacer para poder evitarla. Así, no sólo es relevante un resultado lesivo, si no que éste tenga en su origen una imputación clara al empleador o incluso, eventualmente, a la empresa mandante.

A modo de ejemplo, si el empleador cumple con medidas de seguridad suficientes y, sin embargo, el lugar de trabajo es objeto de un atraco por parte de una turba, probablemente tengamos un resultado lesivo (trabajadores afectados en su integridad psíquica u objeto de violencia en el trabajo), pero no necesariamente hay culpa del empleador y, en tal sentido, no podría hablarse a nuestro juicio de “acoso laboral”.

También ilustra a este respecto, una sentencia recientemente dictada, que describe que:

El daño emocional es una condición necesaria del acoso, pero no suficiente, pues debe vincularse con la otra condición necesaria que son esos actos de hostigamiento laboral que no llegan a establecerse, como se ha indicado (...) Que el lugar de trabajo de la actora no fuera un lugar de armonía y existieran roces y desavenencias entre la demandante y su jefatura, así como entre otras trabajadoras y la demandante, es una cuestión hasta cierto punto propia de las relaciones sociales como aquellas que tiene lugar en un trabajo, donde existen distintos caracteres y personalidades, donde se ejerce jerarquía y las personas se ven reunidas en ese trabajo no por elección de sus pares o privilegiando a la hora de optar por el trabajo el conocer previamente a quienes serán su comunidad de trabajo. Pero aquello es parte del hecho social que es la relación laboral con las complejidades propias de las relaciones humanas, sin ser la empresa o el organismo en que se trabaje un lugar ideal que haga en extremo extraño y vulneratorio cualquier conflicto. Entendido entonces que el conflicto es una contingencia de las relaciones humanas, sólo algunos de esos conflictos serán calificados como vulneración de derechos fundamentales, por escapar de cualquier normalidad y proferir con esos actos un daño directamente derivado de aquellos e intollerable socialmente, que no es lo que se ha demostrado en estos autos, como viene asentándose. En definitiva, la demanda deberá ser rechazada en todas sus partes por no acreditar el acoso laboral denunciado (RIT T-403-2023, del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago).⁸

En este punto preciso de la calificación del acoso laboral, parece oportuno traer a colación dos aspectos a considerar y que acertadamente destaca José Luis Ugarte en su último libro, a propósito de la vulneración a la integridad psíquica, que suele ser el mínimo común denominador de las situaciones de acoso o maltrato en el trabajo.

8 Sentencia no ejecutoriada a la fecha de esta publicación, dictada por el juez titular del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo, Víctor Riff Orellana.

90

El primer aspecto a considerar es que “no es el afectado el juez de su propia lesión” (Ugarte Cataldo, 2024, p.48), es decir, la ilicitud no dice relación con la opinión propia o subjetiva de sufrimiento psíquico que experimenta el trabajador, sino con una conducta del empleador o de un tercero que exprese maltrato o produzca humillación como indicativo de un insuficiente reconocimiento moral del trabajador o trabajadora. Se trata, entonces, de “una cuestión socialmente objetiva” (Ugarte Cataldo, 2024, p.47), que queda sujeta a la determinación del órgano juzgador. Dicho de otra manera, no se trata de que la trabajadora se “sienta” ofendida, sino que la conducta -en sí misma- sea capaz de producir humillación conforme a la regla social y los cánones culturales que permite ponderar el sistema de sana crítica, incluyendo la perspectiva de género.

El segundo aspecto a considerar es que se trata de una cuestión eminentemente casuística y, por lo mismo, existen casos más o menos graves, lo que provoca que exista una gradualidad en el tipo de acoso laboral, lo que es jurídicamente relevante para efectos de considerar la sanción aplicable a la conducta, pues no todo acoso o maltrato amerita tomar las mismas medidas y, por cierto, no cualquier acoso amerita el despido del infractor. En este contexto, se propone atender a la gravedad del ilícito, la cual se determina por el resultado lesivo, esto es, la gravedad o “intensidad de la afectación”, ya sea de la integridad física y psíquica o de otros derechos fundamentales denunciados (Ugarte Cataldo, 2024, p.27).

Como corolario de este tema, puede concluirse que la calificación de una situación de acoso laboral o maltrato y su sanción son cuestiones que deberán ser revisadas caso a caso y serán los jueces laborales, quienes deberán determinarlo, atendiendo a la intensidad y extensión de la conducta, pero sin estar sujetos necesariamente a rangos específicos de reiteración. Lo anterior se enmarca y es coherente con un sistema de valoración conforme a la sana crítica, cuya decisión puede ser revisada -tanto en el ejercicio lógico como en la calificación jurídica- a través del recurso de nulidad laboral.

4. El valor del informe del empleador en el juicio por despido

Otro tema novedoso de la normativa en cuestión es la exigencia de adoptar medidas de resguardo respecto de los involucrados en una denuncia por acoso laboral, conforme al nuevo artículo 211-B- bis del Código del Trabajo, que, en términos simples, permite que la persona afectada por alguna situación de acoso pueda denunciarla a su empleador, por escrito o de forma verbal (también habilita a la Inspección del Trabajo para recibir la denuncia), debiendo éste adoptar de forma inmediata las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados.

Por su parte, el artículo 211-C del mismo cuerpo legal prescribe que -respecto de las denuncias presentadas en la empresa- el empleador puede disponer la realización de una investigación interna de los hechos o remitir los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva. De optar por una investigación interna, además de otras exigencias, ésta debe ser remitida junto a sus conclusiones a la Inspección del Trabajo respectiva, organismo que deberá pronunciarse sobre la misma dentro del plazo de 30 días, en cuyo defecto “se consideran válidas las conclusiones del informe, especialmente para efectos de adoptar medidas respecto a las personas afectadas”.

Por último, el inciso primero de la actual redacción del artículo 211-E del cuerpo legal citado, señala: "en conformidad al mérito del informe de investigación en los casos de acoso sexual y laboral, el empleador deberá disponer y aplicar las medidas o sanciones que correspondan, dentro de los siguientes quince días contados desde su recepción".

Sabido es que dentro de las sanciones disciplinarias que puede aplicar el empleador se encuentra el despido por la causal del numeral 1º, letras b) y f), del artículo 160 del Código del Trabajo, esto es, por "alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan... b) Conductas de acoso sexual... f) Conductas de acoso laboral".

El mencionado artículo 211-E consigna, además, que "en el caso de lo dispuesto en la letra f) del N°1 deberá evaluar la gravedad de los hechos investigados, lo que consignará en las conclusiones del informe" y, a continuación, señala que "el trabajador despedido o la trabajadora despedida podrá impugnar dicha decisión ante el tribunal competente. Para ello deberá rendir en juicio las pruebas necesarias para desvirtuar los hechos o antecedentes contenidos en el informe del empleador o de la Inspección del Trabajo que motivaron el despido".

Pues bien, lo que ha generado cierta discusión en el foro es el alcance de las disposiciones citadas respecto del valor probatorio del informe del empleador y sus conclusiones en el juicio de despido injustificado promovido por el trabajador o trabajadora; específicamente, se sugiere que se ha establecido una especie de presunción legal respecto de lo allí concluido, a partir de que "se consideran válidas las conclusiones del informe, especialmente para efectos de adoptar medidas respecto a las personas afectadas".

¿Significa esto que se altera la carga de la prueba en los juicios de despido por acoso laboral? ¿Es eso lo que pretende la norma al señalar que el trabajador o trabajadora despedida "deberá rendir en juicio las pruebas necesarias para desvirtuar los hechos o antecedentes contenidos en el informe del empleador o de la Inspección del Trabajo que motivaron el despido"?

Creemos que las respuestas a ambas preguntas son negativas, y ello -al menos- por dos razones. En primer lugar, porque la redacción, pese a ser desafortunada, en su tenor literal no expresa que se trate de una presunción simplemente legal y tampoco establece que se altera la carga de la prueba en los juicios de despido establecida en el artículo 454 N°1, inciso segundo, del Código del Trabajo. Ergo, de haber querido el legislador que el informe del empleador tuviera el carácter de una presunción sólo bastaba que lo hubiese expresado; aunque sería bastante extraño que se le diera un poder de esta envergadura a un particular que, además, posee potestades que lo constituyen como la parte fuerte de la relación laboral, y alterando -de paso- el sistema legal de valoración de la prueba conforme a la sana crítica.

92

Por otra parte, lo que describe la norma al señalar que “deberá rendir en juicio las pruebas necesarias para desvirtuar los hechos o antecedentes contenidos en el informe del empleador o de la Inspección del Trabajo que motivaron el despido”, es, en rigor, lo que sucede en cada juicio de despido injustificado, puesto que la norma en cuestión no exime al empleador de extender una carta de despido, conforme al artículo 162 del Código del Trabajo⁹; luego dicha misiva deberá contener los hechos reprochables derivados de las conclusiones del informe elaborado en el caso y deberá someterse a la regla del artículo 454 N°1, inciso segundo, del código citado¹⁰, norma que no ha sufrido ningún tipo de modificación ni morigeración y que impone la carga de acreditar los hechos fundantes del despido al empleador.

Se trata de la lógica de todo despido, en que se imputan determinados hechos y el trabajador o trabajadora se defiende de los mismos en su demanda por despido injustificado, la que constituye la vía idónea de impugnación de la medida empresarial. En otras palabras, siempre que se impugna un despido formalmente cursado, el trabajador o trabajadora debe desvirtuar la imputación que se le formula en la carta respectiva, teniendo la posibilidad de rendir pruebas que la desvirtúen, y no por eso se altera la carga de la prueba de este tipo de juicios.

Así, el acoso laboral o sexual, como causal legal de despido, no constituye una excepción al régimen de estabilidad en el empleo que rige en nuestro sistema legal y el empleador es quien debe acreditar los hechos y su encuadre en una situación de acoso laboral, la que, además -por expresa disposición de la causal legal específica-, requiere ser grave y debidamente comprobada¹¹.

Sólo resta hacerse cargo, entonces, de lo que quiso decir el legislador al expresar que “se consideran válidas las conclusiones del informe, especialmente para efectos de adoptar medidas respecto a las personas afectadas”. En este sentido, teniendo presente que tales expresiones se encuentran insertas en una disposición que busca regular la prosecución de un procedimiento administrativo, entendemos que su objetivo no es otro que el de

9 En lo pertinente: “Art. 162. Si el contrato de trabajo termina de acuerdo con los números 4, 5 o 6 del artículo 159, o si el empleador le pusiere término por aplicación de una o más de las causales señaladas en el artículo 160, deberá comunicarlo por escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato, expresando la o las causales invocadas y los hechos en que se funda.”

10 El inciso segundo señala: “No obstante lo anterior, en los juicios sobre despido corresponderá en primer lugar al demandado la rendición de la prueba, debiendo acreditar la veracidad de los hechos imputados en las comunicaciones a que se refieren los incisos primero y cuarto del artículo 162, sin que pueda alegar en el juicio hechos distintos como justificativos del despido”.

11 Al respecto, José Luis Ugarte señala que la justificación (de carga del empleador) para dar lugar a un despido lícito en estos casos debe darse en tres niveles de argumentación, primero a nivel fáctico, debiendo estar en condiciones de acreditar los hechos que constituyen las conductas de acoso que deben constar en la comunicación del despido; luego debe acreditar que dichas conductas presentan las características de maltrato o humillación, que producen el resultado de afectar la integridad física o psíquica de la víctima y, por último, debe acreditar “que las conductas tienen una intensidad fáctica que permite calificarlas de grave”. Por grave debe entenderse, en ese sentido, un grado intenso de afectación a la integridad física o psíquica de la denunciante (Ugarte Cataldo, 2024, p.39).

resolver jurídicamente el silencio de la administración llamada a pronunciarse. En efecto, el legislador dispuso de un control institucional para verificar la legalidad formal de una investigación privada, pero, anticipándose a la idea de que la Inspección del Trabajo podría tardar más de 30 días en pronunciarse, intenta dar una solución que permita adoptar las medidas que ameriten las conclusiones del informe patronal, manteniendo un plazo razonable.

Se trata, entonces, de otorgar efecto al silencio de la administración, pero no para tener por establecidos los hechos del informe, cuestión que queda reservada a la sede judicial, sino para dar por cumplidas (en defecto de pronunciamiento) las formalidades de estar contemplada en el reglamento interno, haber sido tramitada con reserva y haber contemplado el derecho a defensa de la parte denunciada.

5. Conclusiones

De acuerdo con todo lo expresado, y a modo de resumen, podemos establecer algunas conclusiones que podrán ser objeto de discusión o desarrollo futuro.

En primer lugar, las conductas de acoso deben ser analizadas judicialmente desde la óptica de la deuda de seguridad del empleador contemplada en el artículo 184 del Código del Trabajo, no pudiendo exigirse a éste que responda por el resultado, menos aun si este último es entendido como un daño mental subjetivo. En este escenario, resulta posible también abarcar la responsabilidad del mandante en régimen de subcontratación.

En segundo término, creemos que la gran mayoría de los casos que se judicializan por estos temas se pueden conducir por medio de la acción de tutela laboral, en cualquiera de sus variantes, no siendo necesaria la denuncia previa. Ello, por cuanto trasunta en la vulneración de derechos fundamentales y, específicamente, de la integridad psíquica como un mínimo (no único) común denominador.

Por otro lado, pese a los conceptos legales incorporados, los jueces laborales desempeñarán un papel fundamental a la hora de ir creando lineamientos respecto a qué es lo que debe entenderse por acoso en el trabajo, teniendo especialmente presente que las conductas deben ser analizadas objetivamente, según la regla social, considerando la expresión del maltrato y el resultado humillante que se advierta en cada caso y teniendo presente, además, que el objetivo primordial es el reconocimiento moral del trabajador o trabajadora.

Por último, creemos que el informe del empleador, resultante de la investigación interna, no configura una presunción legal respecto de sus conclusiones y sólo es un dato más dentro del juicio de despido injustificado, en el cual el empleador conserva la carga probatoria de los hechos fundantes de la sanción disciplinaria, conforme a la regla del artículo 454 N°1, inciso segundo, del Código del Trabajo.

Confiamos en que la jurisprudencia irá desarrollando éstos y muchos otros tópicos que permitan unificar y también legitimar las decisiones respecto de este tipo de situaciones, a fin de aplicar plenamente su función protectora sin desmedro de su carácter jurídico.

Referencias

Gamonal, Sergio y Guidi, Caterina (2010). Manual del Contrato de Trabajo. Santiago: Legal Publishing.

Macchiavello Contreras, G. (1986). Derecho del Trabajo. Santiago, Fondo de Cultura Económica.

Ugarte Cataldo, José Luis (2018). Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo. Santiago: Legal Publishing.

Ugarte Cataldo, José Luis (2024). Acoso en el Trabajo y Tutela. Santiago: Der Ediciones.

Segunda Sección

Ley N° 21.675 que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género

PÁGINA 97
Gloria Ana Chevesich
Implementación en el Poder Judicial de la Ley N° 21.675 que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las Mujeres, en razón de su género

PÁGINA 109

Claudia Sarmiento Ramírez

¿Cómo nos ayuda a enfrentar la violencia contra la mujer la Ley N° 21.675?

PÁGINA 104

Fabiola Lathrop Gómez

Intersecciones Legislativas: Violencia de Género y Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia



I. Implementación en el Poder Judicial de la Ley N° 21.675 que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las Mujeres, en razón de su género

Sra. Gloria Ana Chevesich
Ministra de la Corte Suprema encargada
de la implementación de la Ley N° 21.675

Introducción

En mi calidad de ministra de la Corte Suprema y coordinadora nacional de la implementación de la Ley N° 21.675, agradezco la invitación extendida por la Secretaría de Igualdad de Género y no Discriminación para participar en la cuarta edición de su revista Justicia con perspectiva de género. Esta publicación constituye un valioso aporte para la judicatura, el personal judicial y la comunidad en general, al visibilizar el trabajo que el Poder Judicial está realizando para materializar sus compromisos con la igualdad y la no discriminación. En este artículo compartiré una síntesis del trabajo desarrollado por el Poder Judicial para la implementación de la Ley N° 21.675, así como los desafíos que hemos enfrentado y las proyecciones para su consolidación efectiva.

La Ley N° 21.675, que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la Mujeres, en razón de su género, se publicó el 14 de junio de 2024, y establece medidas orientadas a la prevención, protección, atención y reparación de las víctimas, consagrando el deber de actuar con diligencia debida y respeto al enfoque de derechos humanos, género e interseccionalidad. Asimismo, integra obligaciones derivadas de instrumentos internacionales como la CEDAW y la Convención de Belém do Pará.

Esta nueva normativa representa un cambio profundo en la forma en que el Estado, y particularmente el Poder Judicial, debe enfrentar la violencia de género que sufren principalmente mujeres y niñas, desafiándonos a rediseñar procesos, integrar herramientas y reconfigurar nuestras respuestas para ofrecer una atención oportuna y efectiva a todas las víctimas.

El abordaje de la violencia contra las mujeres por razones de género ha sido un tema de permanente preocupación del Poder Judicial y ha sido abordado, previo a la dictación de la Ley 21.675, por la Corte Suprema en la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del año 2018 y en acuerdos contenidos en diversas actas. La Política de Igualdad de Género y no Discriminación contiene un conjunto de ejes estratégicos y dimensiones, el primero, relativo a la no discriminación de género; el segundo, referido 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,

98

porque los nutre, el de capacitación. Al interior de cada uno de estos ejes, se establecen dimensiones, que, a su vez, agrupan líneas específicas de acción. La Política recoge los compromisos que nuestro país ha asumido, también, al ratificar dos importantes tratados vinculados a garantizar los derechos de las mujeres, como son la CEDAW y la Convención de Belém do Pará.

Adicionalmente, en el año 2022, la Corte Suprema, a través del Acta 207-2022¹, asumió nuevos compromisos en materia de género que actualmente nos encontramos implementando. Ellos son:

1) Implementación en conjunto con la Academia Judicial de un curso obligatorio sobre violencia contra las mujeres en razón de su género, para jueces y juezas, empezando por las competencias de familia y penal. El programa se empezó a desarrollar el 2024 con seis cursos, y se espera cubrir a toda la judicatura en un período de cinco años. Este es quizás el compromiso más potente adoptado en el último período por lo que significa el establecimiento de un curso obligatorio incluso sin mandato legal, de carácter permanente e impartido por la Academia Judicial.

2) Acciones en materia de prevención, atención y reparación del acoso sexual laboral, que ponen el acento en evitar la revictimización y en el abordaje de la reparación a las víctimas, pero también de las personas que se desempeñan en las unidades judiciales de la persona afectada, así como el encuadre con las personas sancionadas que no abandonan la institución.

3) Por otra parte, la Corte Suprema se encuentra implementando las recomendaciones efectuadas para promover la paridad en las altas jerarquías.

Así las cosas, desde abril de 2024, iniciamos un proceso de implementación de la Ley 21.675, con la conformación de equipos interdisciplinarios, instancias técnicas por competencia, y un diagnóstico integral de los ajustes que era necesario adoptar en el quehacer judicial. Este esfuerzo ha permitido avances significativos, entre ellos, la actualización de sistemas informáticos, la capacitación de la judicatura, las personas funcionarias, así como nuestra activa participación en la labor interinstitucional. A continuación, ahondaré en cada uno de estos asuntos.

1 Disponible en el siguiente enlace: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs/download/50470>.

1. Acciones desarrolladas

A. Implementación de instancias internas de trabajo

Mediante resolución de 29 de abril de 2024, en AD-610-2024, la Corte Suprema me designó a cargo de la implementación de la Ley N° 21.675. Dentro de mis primeras medidas, y de acuerdo a las buenas prácticas adoptadas en la implementación de las Leyes N° 21.378, 21.389 y 21.484, conformé un equipo técnico compuesto por profesionales de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación y de los Departamentos de Informática y de Desarrollo Institucional de la CAPJ.

Asimismo, establecí instancias técnicas de trabajo en las competencias de familia, penal y civil, en la que participan representantes de las asociaciones gremiales del Poder Judicial -Asociación Iniciamos este análisis aplicando el enfoque que creemos debe guiar la revisión del asunto, para luego proyectar las posibles acciones judiciales por las cuales este tipo de causas llegará a los tribunales de justicia, la facultad del órgano adjudicador para dotar de contenido el concepto de acoso, maltrato y humillación, además de revisar algunos aspectos probatorios importantes.

Nacional de Magistradas y Magistrados, Asociación Nacional de Profesionales de la Administración del Poder Judicial, Asociación Nacional de Empleados del Poder Judicial, Asociación Nacional de Consejeras y Consejeros Técnico-, representantes de la judicatura del norte, centro y sur del país y juzgados de letras con competencia común e integrantes de las mesas técnicas del sistema de tramitación de tribunales de familia, penales y civil, SITFA, SIAGJ y SITCI, respectivamente.

En estas instancias de trabajo se analiza la norma, se detectan las necesidades que deben ser abordadas, se establecen los órdenes de prioridad de abordaje, se definen las mejoras informáticas que deben desarrollarse y se levantan los nudos críticos para la correcta aplicación de la ley.

B. Desarrollos y modificaciones informáticas

Durante el año 2024, se llevaron a cabo importantes avances en materia de desarrollos y modificaciones informáticas en las distintas competencias. Así, en sede de familia, se creó una nueva materia en las causas F; se efectuaron desarrollos que permiten generar causas desde la materia violencia de género; y se incorporó una marca de violencia de género en todas las causas. Próximamente, se espera avanzar en la creación de un efecto en la nomenclatura de incompetencia, así como en mejoras al módulo de medidas cautelares y concretar la interconexión con el sistema del Ministerio Público.

100

En sede penal, se habilitó la forma de inicio de causa por “incompetencia familia” con su respectivo RUC de familia, además de incorporarse nuevos tipos de audiencias relacionadas con la Ley 21.675 y con las medidas cautelares propias del ámbito penal. En cuanto a los próximos pasos, se contempla la interconexión de los sistemas informáticos de tribunales de familia y penales, y la recepción del RUC de familia en causas ingresadas por el Ministerio Público.

En sede civil, se creó una nueva materia de violencia de género; se estableció que dichas causas permanezcan como reservada; se habilitó la modificación de materia a través de la mesa de ayuda; y se creó una marca de violencia de género con fines estadísticos. Por último, en la sede laboral se realizó el desarrollo de una nueva materia de violencia de género en el contexto del procedimiento de tutela.

Estos avances responden al compromiso institucional de adaptar los sistemas informáticos para abordar de manera más efectiva y especializada los casos vinculados a violencia de género, fortaleciendo así la capacidad de respuesta de los tribunales de justicia.

C. Coordinación interinstitucional

El artículo 23 de la Ley 21.675 crea la Comisión de Articulación Interinstitucional (en adelante la Comisión), señalando que le “corresponderá la coordinación a nivel nacional de las medidas adoptadas por el Estado para la prevención, sanción y erradicación de la violencia de género y la atención, protección y reparación de las víctimas de ésta”. El Poder Judicial es parte de esta Comisión.

Si bien el artículo tercero transitorio de la ley establece que la Comisión comenzará a regir seis meses después de la dictación de su reglamento, desde abril de 2024, el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género ha convocado a los miembros de la referida instancia a reuniones de coordinación con el objeto de organizar el trabajo en conjunto que requiere la correcta implementación de la normativa. De esta manera, el Poder Judicial participó en las ocho reuniones de coordinación interinstitucional que se celebraron en 2024.

En el contexto de este trabajo interinstitucional, cabe destacar la participación del Poder Judicial en el desarrollo de los siguientes reglamentos:

1. Reglamento del artículo 23: expedido por el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género que establecerá las normas necesarias para el funcionamiento de la Comisión.

2. Reglamento del artículo 5 bis del DL 3.500 de 1980: reglamento expedido por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social que regulará la forma y los medios en que las administradoras tomarán conocimiento del inicio de la investigación de un hecho que revista caracteres de alguno de los delitos indicados, para los efectos de suspender la concesión de la pensión de sobrevivencia que corresponda al beneficiario.

Además, se destaca la participación del Poder Judicial en el proceso de articulación del Sistema Integrado de Información sobre Violencia de Género (artículo 26).

D. Difusión de la ley

101

Durante el año 2024 se ejecutaron diversas actividades de difusión y sensibilización en materia de la Ley N° 21.675. Estas actividades tuvieron por objeto poner en conocimiento de la judicatura y de las personas que se desempeñan en los tribunales con competencia en materia de familia, penal, civil, laboral, competencia común y de las cortes de apelaciones del país, el contenido de la ley. Así, las jornadas estuvieron enfocadas en informar sobre la reciente promulgación y publicación de la norma; dar a conocer el cambio de paradigma que significa la entrada en vigencia de la ley, especialmente en lo que refiere al reconocimiento de la violencia de género en la legislación chilena; y, ahondar en los aspectos más relevantes de la ley, especialmente, sus objetivos, principios, reglas de interpretación y aspectos procedimentales.

De esta manera, se ejecutaron dieciséis jornadas de difusión de las que participaron aproximadamente 2.700 jueces, juezas y personal de los tribunales del país. El detalle de las actividades es el que sigue:

- Entre el 28 de mayo y el 3 de junio de 2024, se realizaron once jornadas de difusión destinada a la judicatura y personal de los tribunales que conocen asuntos de familia y penal. En estas sesiones participaron más de 1.500 personas.
- Por su parte, entre el 23 y 25 de septiembre de 2024 se ejecutaron cinco jornadas de difusión destinadas a la judicatura y personal de las cortes de apelaciones del país y de los tribunales que conocen asuntos civiles, labores y de competencia común. En estas sesiones participaron más de 1.200 personas.

E. Gestión de recursos

Para garantizar la eficacia de las reformas legales orientadas a la atención de las víctimas de violencia de género, resulta indispensable que dichas modificaciones contemplen asignación presupuestaria. La disponibilidad de recursos financieros adecuados es un componente esencial para la operativización de las normas, ya que permite habilitar servicios, fortalecer capacidades institucionales y asegurar la ejecución de las acciones pertinentes. En ausencia de financiamiento suficiente, la implementación de las leyes se ve seriamente comprometida, afectando su capacidad de incidir en los resultados esperados y limitando el impacto de sus objetivos.

Así las cosas, y en consideración que en la tramitación de la Ley N° 21.675 no se contemplaron recursos de implementación para las instituciones, en el mes de mayo de 2024 se remitió al Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género una minuta dando cuenta de los principales nudos críticos y las necesidades presupuestarias para su correcta ejecución. Por su parte, se incorporó en la formulación presupuestaria para el año 2025 los recursos para el aumento de personal, estamento que resulta necesario reforzar. Además, se solicitaron los recursos para hacer frente a los desarrollos informáticos pendientes.

2. Dudas y dificultades

En julio de 2024, solicité a las cortes de apelaciones del país que informaran sobre las dudas e inquietudes que se habían suscitado en cada jurisdicción durante las primeras semanas de implementación de la Ley N° 21.675.

Esta solicitud tuvo por objeto facilitar la adopción de medidas que permitieran a los tribunales ofrecer una adecuada protección a las víctimas de violencia de género y superar las dificultades que puedan surgir durante la implementación del nuevo texto normativo. En este contexto, se pidió específicamente que en la respuesta se incluyera la opinión de tribunales con competencia en materia de familia, penal, civil y juzgados de letras con competencia común.

Dentro de las principales dudas y dificultades expresadas por las jurisdicciones del país caben destacar las siguientes:

A. Formación y sensibilización

Las jurisdicciones del país manifestaron la urgencia de generar espacios de capacitación internos con el objeto de:

- Formar a quienes trabajan en los tribunales en temas de violencia de género, para asegurar una correcta aplicación y comprensión de la ley; especialmente de aquellos que efectúan la primera acogida de las víctimas.
- Otorgar herramientas que permitan al personal identificar las diferentes maneras en que se manifiesta la violencia de género.
- Se propuso que los esfuerzos de capacitación se centren en la detección de situaciones de violencia y en las acciones adecuadas para corregirlas; debiéndose diferenciar situaciones de discriminación o violencia dentro de la institución, así como aquellas que afectan a personas usuarias o a sus abogados.
- Comprender cómo la nueva ley interactúa con materias fuera de su ámbito directo, especialmente en casos de protección y disputas sobre relaciones familiares y cuidado personal.
- Formar en materia de los tratados internacionales mencionados en la ley.

B. Capacitación interinstitucional

Se hizo presente por las jurisdicciones la necesidad de capacitación interinstitucional para la aplicación de la norma, enfocada en los principios que la inspiran, su operativización y las responsabilidades públicas derivadas de su implementación. El objetivo es ofrecer una respuesta adecuada, integral e intersectorial.

Asimismo, se manifestó como necesario el desarrollo de formación específica sobre esta ley a las personas intervinientes del sistema penal. Aunque cada institución podría realizar esfuerzos, se expresó como recomendable adoptar un enfoque coordinado e interinstitucional para establecer criterios comunes.

Se propuso, además, generar instancias de formación dirigida a las personas que se desempeñan en el sistema de justicia que efectúan la primera acogida de las víctimas.

C. ¿Qué es la violencia de género?

A partir del análisis de lo informado por las jurisdicciones, se identificó que una de las dudas más recurrentes dice relación con el concepto de violencia de género. Al respecto, se observó, entre otros asuntos:

- Confusión en relación con el concepto de violencia de género y su diferencia con otras formas de violencia, como la violencia intrafamiliar.
- Dudas sobre la definición del vocablo "mujer", específicamente si es que la ley aplica a mujeres trans en proceso de rectificación de nombre y sexo registral. Asimismo, se manifestaron dudas en relación al sujeto activo y pasivo de la violencia de género.
- Finalmente, la definición de "pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia" fue otro de los temas consultados.

D. Competencia de tribunales

Se identificaron diversas dudas de interpretación en relación con los enunciados de la norma, especialmente en lo que dice relación con la competencia de los tribunales. En este sentido, se plantearon, entre otras, inquietudes en relación al artículo 29 de la Ley N° 21.675, que estipula que los delitos relacionados con violencia de género serán tratados por tribunales penales, mientras que aquellos que no constituyan delitos serán abordados por los tribunales competentes según la materia. En relación a esta disposición, se plantearon dudas sobre los casos en los que podría intervenir un tribunal civil dentro del marco de esta ley.

Asimismo, se manifestaron dudas con relación a si la Ley N° 21.675 alteraría la competencia de los tribunales de familia.

Finalmente, se identificaron dudas relacionadas con la facultad de la judicatura de garantía para dictar las medidas cautelares del artículo 34 número 5 (fijar alimentos provisорios), número 6 (fijar un régimen provisorio de cuidado personal y de relación directa y regular) y número 11 (decretar internación en centros de larga estadía para personas mayores). Lo anterior, dado que la ley no distingue qué tribunal puede dictarlas,

104

pudiéndose interpretar que puede ser tanto el tribunal de familia como el penal, dependiendo en dónde esté radicada la causa. Asimismo, se manifestaron consultas respecto de quién supervisará el cumplimiento de dichas medidas cautelares cuando el tribunal de familia se declare incompetente.

E. Medidas cautelares

El artículo 41 dispone que las medidas cautelares y las accesorias como las condiciones para la suspensión condicional de la dictación de la sentencia deberán ser supervisadas judicialmente por el tribunal que las decretó. En el caso de que sea incompetente, será de competencia del tribunal penal que le corresponda conocer de los hechos. Para el caso de la competencia penal, y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 50, la supervisión judicial de las medidas decretadas requerirá de un esfuerzo en el quehacer propio del tribunal en cuanto al agendamiento de audiencias, en los casos en que el control de las medidas se haga por este medio, debiendo además ejecutar los trámites de notificación.

En este orden de ideas, se identificaron consultas en relación con la supervisión del cumplimiento de las medidas cautelares de alimentos, de relación directa y regular o de suspensión de relación directa y regular cuando el tribunal se declara incompetente, y la causa es remitida al de garantía.

En relación a la supervisión judicial, se expresó preocupación tanto por la periodicidad del control de las medidas como por el aumento de audiencias que se generarán en los juzgados de garantía. En esta línea de ideas, se consultó por otros medios de supervisión que se pueden utilizar para no sobrecargar la agenda del tribunal.

Por su parte, y en relación con la notificación de las medidas cautelares, se debe tener presente que, en los casos que el ofensor no esté presente en la audiencia, el artículo 35 dispone que las medidas cautelares que se decreten se les cominarán en el momento de la notificación. De la redacción del artículo se manifestó que no aparece claro quién es el encargado de efectuar dicha notificación y cominación.

Asimismo, se observó la persistencia del problema de falta de domicilio del ofensor, lo que genera gran dificultad para la continuidad del procedimiento y la efectividad de las medidas adoptadas por los tribunales.

F. Oferta programática

En lo que respecta a la oferta programática dirigida a víctimas de violencia de género se dio cuenta, entre otros asuntos:

- Insuficiente oferta de servicios de representación jurídica y programas de acompañamiento psicosocial para víctimas de violencia de género, especialmente en causas graves. Se evidencia una sobrecarga de instituciones como el Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género (SERNAMEG) y la Corporación de Asistencia Judicial (CAJ).
- Además, se hizo presente la falta de programas de rehabilitación y prevención de violencia de género.
- En relación a la oferta programática del Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA), se informaron dificultades asociadas a la falta de cupos para adultos mayores que requieran ser ingresados a un Establecimiento de Larga Estadía para Adultos Mayores (ELEAM).
- Finalmente, en relación con el caso de niños, niñas y adolescentes, se plantearon dudas sobre qué programa se encargará de su representación judicial.

G. Pauta unificada de Evaluación Inicial del Riesgo (PUIR)

En esta materia, se hizo presente la necesidad de actualizar la Pauta Unificada de Evaluación Inicial del Riesgo (PUIR) para que sea aplicable a todos los tipos de violencia y víctimas reconocidas por la Ley N° 21.675. Asimismo, se solicitó que la pauta esté disponible para todos los órganos del Estado que actúan en la recepción de denuncias y protección de las víctimas, destacándose la importancia de generar instancias de capacitación en la aplicación de la PUIR.

H. Niños, niñas y adolescentes

En relación a los niños, niñas y adolescentes (NNA) se realizaron, entre otras, las siguientes consultas:

- Se plantearon preguntas sobre el procedimiento a seguir cuando un NNA es víctima de violencia de género.
- En cuanto a las curadurías, se destacó la insuficiente oferta para proveer representación judicial a los NNA.
- Finalmente, se plantearon dudas sobre la necesidad de abrir una medida de protección para NNA que presencian situaciones de violencia de género.

I. Interconexión

En materia de interconexión se hizo presente, principalmente, la necesidad de generar interconexión entre tribunales y el Ministerio Público. Se señaló que, actualmente, los antecedentes sólo se remiten por correo electrónico o mediante el uso del RUT del Administrador, lo que no garantiza una tramitación eficiente.

3. Consideraciones finales

La implementación de la Ley N° 21.675 en el Poder Judicial ha implicado un proceso desafiante y progresivo, que ha requerido coordinación interinstitucional, capacitación y adecuaciones tecnológicas, así como la identificación y superación de múltiples desafíos operativos.

La judicatura ha asumido la responsabilidad de coordinar a la red interinstitucional interviniente en cada uno de los territorios jurisdiccionales, ya sea a través de los comités de género de las cortes de apelaciones o a través de actividades propias de cada tribunal, con la finalidad de acordar e implementar mecanismos de prevención, protección y reparación para las víctimas de violencia de género, atendiendo las particularidades de cada territorio.

Este esfuerzo colectivo refleja el compromiso institucional con la erradicación de la violencia de género y con el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. No obstante, como esta ley establece un cambio de paradigma en la administración de justicia, nos apremia a mantener una mirada estratégica y sostenida en el tiempo, con énfasis en la formación continua, la asignación de recursos adecuados y la consolidación de una oferta programática suficiente para responder de manera oportuna y efectiva a las necesidades de las víctimas.

El proceso de implementación de cualquier ley no está exento de dificultades, pero éste, en particular, constituye una oportunidad histórica para transformar la respuesta judicial frente a la violencia de género. Avanzar hacia una justicia con enfoque de género requiere no sólo de ajustes técnicos, sino también voluntad institucional para garantizar el acceso efectivo a la justicia, la reparación integral y la prevención de nuevas formas de violencia. En esta tarea, el Poder Judicial ha demostrado un fuerte compromiso con la promoción de una sociedad más justa, igualitaria y libre de violencia para todas las mujeres.



II. ¿Cómo nos ayuda a enfrentar la violencia contra la mujer la Ley N°21.675?

Claudia Sarmiento Ramírez¹

Abogada Universidad de Chile

Introducción

En el año 2024 nos enteramos, con pavor, del caso de madame Gisèle Pelicot, una mujer francesa que fue drogada y violada por su esposo en numerosas ocasiones entre 2011 y 2020. El marido, Dominique Pelicot, padre de sus tres hijos, también invitó a más de 50 hombres -contactados a través de un sitio web- a violarla mientras ella estaba inconsciente. Él mismo se había encargado de grabar y fotografiar a estos sujetos mientras ultrajaban a su esposa. Sin planificarlo, se había encargado de preparar la evidencia física para eliminar cualquier ápice de duda sobre este punto. Los hombres, por cierto, sabían que ella estaba drogada y que claramente no estaba consintiendo en sostener con ellos una relación sexual; estos sujetos, incluso, habían sostenido intercambios epistolares con el propósito de concertarse para violarla. Madame Pelicot peregrinó por distintos médicos para indagar en los efectos secundarios de la violencia que vivía. Ninguno se aventuró siquiera a imaginar lo que padecía.

En 2016, en tanto, conocimos el dramático caso de Nábila Rifo: "La madrugada del 14 de mayo de 2016, Nábila Rifo Ruiz fue encontrada agonizando en una calle en Coyhaique, ciudad del sur de Chile. Había sido fuertemente golpeada, tenía fracturas en su cráneo y su victimario había removido violentamente sus globos oculares con una llave de auto." (Mardones, 2020, "El caso de Nábila Rifo"). La tragedia fue amplificada por los medios de comunicación, los que, inicialmente, presentaron a Nábila Rifo como una víctima, pero esta cobertura mutó rápidamente a un escrutinio público sobre la responsabilidad que a ella le cabía en la brutal vejación vivida. Concretamente, su vida privada y personal fueron objeto de un juicio mediático donde se expuso detalladamente incluso su expediente ginecológico. Nuestro país sentó en el banco de los acusados a una mujer cuyos ojos le fueron arrancados y que fue abandonada en la vía pública para que muriera, y no a su agresor.

¹ Abogada. Licenciada en Derecho por la Universidad de Chile. Li.M. en Teoría Legal por la New York University. Investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile (2006 - 2011). Jefa de Reformas Legales del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género (2014-2017). Co-Directora del Diplomado Estrategias para la Gestión de la Diversidad e Inclusión de la Universidad Adolfo Ibáñez. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado. Socia en Sarmiento, Walker y García Abogados.

*Agradezco el aporte a la investigación de la licenciada en derecho doña Javiera Ramírez.

110

La práctica habitual de prisión política y tortura de la dictadura militar, acaso uno de los momentos más sombríos para los derechos humanos en nuestro país, fue objeto de estudio por parte de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. En su informe de 2011 consta que casi la totalidad de las 3.400 mujeres víctimas de prisión política y de tortura fueron objeto de violencia sexual (informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura). Amparadas por la reserva prometida, ellas pudieron narrar el horror y el dolor que, en muchos casos, no contaron a sus familiares y que no encontró justicia en tribunales.

En Francia o en Chile, ayer y hoy, la violencia contra las mujeres desafía la promesa constitucional y política de que somos todos iguales ante la ley. Si la violencia se limitara a un caso aislado de una relación de pareja compleja, lo anterior no tendría sentido y no pasaría de ser una hipérbole fantasiosa. Si en caso de guerra o de conflictos armados internos, las mujeres no fueran víctimas de violación como si sus cuerpos fueran un botín, esta situación de agresividad sería considerada una falacia. No obstante, por desgracia, es fácil constatar que la violencia contra las mujeres no es un relato, una historia banal y pasajera, sino el resultado de un sistema que la ha justificado o tolerado ampliamente, no durante años, sino durante siglos.

Tómese, como antecedente histórico, la institución de la potestad marital del derecho romano. A través de esta potestad -conocida como manus o potestas maritalis-, la mujer estaba sometida a su marido, quien ejercía control casi total sobre ella. La esposa debía someterse al deber de obediencia y al de tener relaciones sexuales con el marido, quien gozaba de la potestad de disciplinarla físicamente, obligarla a seguirlo donde él viviera, y tener el control sobre sus bienes y el control total y absoluto de los hijos, lo que estaban en un régimen de posesión similar al de la cónyuge (Súarez, 2014, La Patria Potestad en el Derecho romano y en el Derecho altomedieval visigodo). La influencia de esta institución sobre nuestra cultura y el Código Civil de Bello es, simplemente, innegable. Basta recordar la vigencia del régimen de administración ordinaria de la sociedad conyugal, nuestro régimen general y supletorio del matrimonio, que señala en su artículo 1.749 que

el marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales.

En una relación donde uno es el jefe y la otra es la subalterna, no estamos en presencia de iguales².

¿Cuál es nuestra respuesta jurisdiccional y desde la política pública frente a este fenómeno? Hasta la aprobación de la Ley N° 21.675, que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, existía una respuesta atomizada, cuyo principal énfasis estaba puesto en la violencia contra la mujer en el espacio de la familia, como un integrante más.

2 Para una mirada desde el Derecho civil a la evolución de Derecho a la igualdad al interior de la familia, véase: Turner, S. Relaciones igualitarias al interior de la familia. 165-178. En. Muñoz, F. (Ed). Igualdad, inclusión y derecho. Universidad Austral -Lom Ed. 2013.

En este sentido, la Ley N° 21.675 estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, lo que representa un cambio de enfoque significativo. El análisis de su contenido da cuenta de que nuestro Congreso aprobó una ley integral, donde el fenómeno de la violencia se aborda en relación a una aproximación multisectorial para procurar la superación de un problema sistémico. De esto da cuenta el diagnóstico que al efecto ofreció el mensaje presidencial de 2016, que reconoció los avances desde la recuperación de la democracia para los derechos de las mujeres, aunque también destacó las deficiencias en la respuesta del Estado en este ámbito. En este sentido, el mensaje presidencial de 2016 indicaba que:

nuestra legislación necesita tener una mirada más amplia de la violencia contra las mujeres y dejar en evidencia que éste no es un problema entre particulares, sino más bien el reflejo de una estructura social y cultural discriminatoria contra las mujeres. Su condición estructurante determina que la violencia contra ellas las afecta a todas, sin distinguir clase social, capacidad económica, nivel educacional, edad, pertenencia a pueblo originario, orientación sexual, religión u otra condición territorial o social (Mensaje de S.E. Presidenta de la República Michelle Bachelet, con el que anuncia un proyecto sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Santiago, 24 de noviembre de 2016).

A continuación, se analizará la expectativa de cambio tras la entrada en vigencia de la Ley N° 21.675, su contenido efectivo, las disposiciones concretas para el sistema de Justicia y, por último, las conclusiones de su entrada en vigor.

1. ¿Qué se esperaba de esta ley?

1.1 Objetivos

Tal y como se establece en el referido mensaje presidencial, se constata que desde 1990 a la fecha de presentación del proyecto en 2016, hubo respuestas institucionales y legislativas para enfrentar la violencia contra las mujeres, aun cuando esto fuese de forma oblicua, pues el foco estuvo por años puesto en una mirada terapéutica y no en la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Si bien esta es una mirada crítica, se destaca como un avance importante la Ley N° 19.325, que establece normas y sanciones para los actos de violencia intrafamiliar, por cuanto fue la primera normativa que tuvo por objeto expreso enfrentar la violencia intrafamiliar. Igualmente se destaca la Ley N° 20.066, que establece la Ley de violencia intrafamiliar, y la Ley N° 19.969, que crea los Tribunales de Familia y el Código Procesal Penal.

112

La Ley N° 21.675, que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, buscaba entonces, por una parte, modificar el objeto de protección desde la composición familiar, sincerando la direccionalidad de la violencia hacia las mujeres. Más aún, buscaba una mirada integral de un fenómeno que se resistía a ser observado a cuerpo completo: la manifestación radical de nuestra cultura patriarcal.

La necesidad de contar con una mirada integral que, a su vez, diera lugar a una ley integral, debe ser contextualizada en el concierto internacional. En este sentido, el Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en su Observación General N° 35, al hacer referencia al concepto de violencia contra la mujer, señaló que:

el concepto de “violencia contra la mujer”, tal como se define en la recomendación general núm. 19 y en otros instrumentos y documentos internacionales, hace hincapié en el hecho de que dicha violencia está basada en el género. En consecuencia, en la presente recomendación, la expresión ‘violencia por razón de género contra la mujer’ se utiliza como un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos de la violencia relacionados con el género. La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales, más allá de aquellas relativas a sucesos concretos, autores y víctimas y supervivientes (Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017).

Adicionalmente, la necesidad de contar con una mirada más amplia en nuestra legislación que permitiera realizar un abordaje menos atomizado de la violencia experimentada contra las mujeres, fue parte de las recomendaciones específicas que el Comité de la CEDAW le formuló en 2018 al Estado de Chile:

a) Redoble sus esfuerzos para luchar contra todas las formas de violencia de género contra la mujer, prepare una estrategia general para prevenir la violencia contra los niños, en particular en el hogar, y preste apoyo psicosocial a las víctimas (Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile. CEDAW/C/CHL/CO/7, 14 de marzo de 2018).

Incluso, antes de 2018, en sus recomendaciones de 2012, el Comité había recomendado al Estado, inter alia, a que:

a) Adopte medidas para alentar a las mujeres a denunciar todos los incidentes de violencia, dentro y fuera del entorno familiar, incluida la violencia sexual; b) Establezca una estrategia y un plan de acción generales para impedir y eliminar todas las formas de violencia contra la mujer, con inclusión de las comunidades mapuches y otras comunidades indígenas, así como un mecanismo institucional eficaz para coordinar, supervisar y evaluar la eficacia de las medidas adoptadas (Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones -1º a 19 de octubre de 2012-. CEDAW/C/CHL/CO/5-6. 12 de noviembre de 2012).

A nivel latinoamericano, países como Argentina³, Bolivia⁴, Colombia⁵, Ecuador⁶, El Salvador⁷, México⁸, Panamá⁹, Perú¹⁰ y Uruguay¹¹ cuentan con leyes integrales sobre este tema, al igual que la Ley N° 21.675.

Estas y otras recomendaciones apuntaban a superar el enfoque que identificaba la violencia contra las mujeres como un fenómeno únicamente propio de las familias y exhortaba al Estado a hacer las conexiones necesarias para insertar sus causas, consecuencias y soluciones, como parte de su relación con el género y la discriminación sistémica.

En este sentido y, por tanto, en concordancia con las observaciones y recomendaciones que los organismos de Derechos Humanos habían hecho al Estado de Chile, además de la legislación comparada en América Latina, el mensaje presidencial de 2016 propuso hacer propio los mandatos de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer Convención de Belém do Pará. Es una ley que, claramente, busca cumplir con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres, así como con el propio catálogo de derechos fundamentales de nuestra Constitución Política.

3 Ley 27.736 establece el Programa Interinstitucional de Abordaje Integral de las Violencias Extremas por Motivos de Género. Ley 27.736 establece el Programa Interinstitucional de Abordaje Integral de las Violencias Extremas por Motivos de Género.

4 Ley N° 348 “Ley Integral para garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia”.

5 Ley 1.273 de 2009 sobre violencia intrafamiliar y otras formas de violencia contra la mujer.

6 Ley Orgánica de la Violencia Contra las Mujeres.

7 Ley de Protección Integral a la Mujer.

8 Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

9 Ley 45/1997 sobre violencia intrafamiliar y la Ley 67 de 2015 que crea el Observatorio de la Violencia Contra las Mujeres.

10 Ley N° 29888 que modifica la Ley para la Protección Integral de las Mujeres.

11 Ley de Protección Integral a las Mujeres.

114

Por otra parte, y enhorabuena, la Ley N° 21.675 contiene una modificación del giro en el abordaje de la violencia contra la mujer, que se ancla en una serie de medidas concretas para cumplir con el mandato de prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género. Lo anterior implica que, al igual que en el resto de los países de América Latina y conforme con sus obligaciones en materia de derechos humanos, se tomó la definición de abordar la temática no sólo enfocados en la violencia en el espacio doméstico de la familia o desde una mirada terapéutica o punitiva, sino también desde las políticas públicas, con un enfoque puesto en la prevención y atención de las víctimas. Luego, valga la redundancia, se establecen mandatos, se regulan medidas generales y también específicas, con destinatarios claros e identificables, en materia de prevención, protección, atención, reparación y de acceso a la justicia para las mujeres que hubieren sido víctimas de violencia de género. Adicionalmente, esta ley reconoce la necesidad de considerar la existencia de situaciones que importan vulnerabilidad múltiple o discriminación interseccional respecto de las víctimas.

Reitero. Esta ley no sólo supone un cambio en el enfoque -pasar de la mirada terapéutica familiar a una concepción amplia de violencia contra la mujer anclada en la discriminación y el respeto a los derechos humanos-, sino también una serie de pautas de comportamiento asociado a deberes generales y específicos que buscan mejorar la respuesta del Estado en su conjunto.

1.2. Estructura

La Ley N°21.675 contiene cuatro títulos y disposiciones transitorias.

El primero de ellos, denominado “Objeto de la Ley y definiciones generales”, consta de seis artículos referidos al objeto de la ley, las medidas que tienden a dicho fin, las reglas especiales de interpretación y ciertas definiciones de conceptos, tales como la violencia de género y sus formas, junto con los vocablos niña, adolescente, mujer adulta y mujer.

Por su parte, el Título II “De la prevención de la violencia de género y de la atención y protección a las víctimas” dispone de tres párrafos, a saber: “De la prevención de la violencia de género”; “De la atención, protección y reparación a las mujeres víctimas de violencia de género”; y las “Medidas de articulación interinstitucional para abordar la violencia de género”, respectivamente.

Luego, el Título III se encuentra individualizado como “Del acceso a la justicia de las mujeres frente a la violencia de género”, conformado a su vez por tres párrafos referidos a disposiciones generales y a los casos de violencia de género de competencia de los Tribunales de Familia y Tribunales Penales.

Asimismo, el Título IV corresponde a las "Modificaciones a otras normas legales", que refiere a las reformas recaídas sobre el Código Penal, del Trabajo y Código Civil, respecto de la Ley N°19.970 que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN, la Ley N°20.066 referida a la Violencia Intrafamiliar, la Ley N°20.609 que establece medidas contra la discriminación, la Ley N°18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión y el Decreto Ley N°3.500 sobre el nuevo sistema de pensiones.

Finalmente, se ha de tener presente que la norma en comento contiene disposiciones transitorias referidas al plazo de 12 meses desde la publicación de la ley para la dictación de los reglamentos que correspondan, al inicio del funcionamiento de la Comisión de Articulación Interinstitucional para Abordar la Violencia de Género, el Plan Nacional de Acción contra la Violencia de Género, los plazos del informe anual acerca del estado de avance de la implementación de la ley y el gasto fiscal.

1.3. Principales innovaciones

1.3.1. Definiciones y principios

Un objetivo declarado de la Ley N°21.675 es mejorar las respuestas institucionales que se ofrecen a las víctimas de violencia de género, ya sea que ésta se produzca en un contexto de violencia doméstica o intrafamiliar, en una especial situación de vulnerabilidad o bien nos encontremos en hipótesis de violencia fuera del ámbito de la familia.

Para ello la ley ofrece una mirada integral, es decir, observa el fenómeno de la violencia contra las mujeres como uno que puede encontrarse tanto en el espacio privado como público, que tiene diversas manifestaciones -física, sexual, económica, etc.- y que requiere de una mirada amplia para aspirar a su superación. Por tanto, en cierto sentido tiene la pretensión de ser "pedagógica", pues incorpora una serie de definiciones y principios que luego busca operativizar mediante la concreción de deberes específicos para distintos actores estatales quienes, adicionalmente, ahora deberán trabajar de forma coordinada.

En cuanto a las definiciones, la violencia de género¹² se encuentra definida en el artículo 5° de la ley, como "cualquier acción u omisión que cause muerte, daño o sufrimiento a la mujer en razón de su género, donde quiera que ocurra, ya sea en el ámbito público o privado; o una amenaza de ello". En su inciso segundo amplía considerablemente el ámbito de quiénes pueden ser afectadas, por cuanto se señala que es también violencia de género la que se ejerce contra las niñas, niños y adolescentes con el objeto de dañar a sus madres o cuidadoras. Esta definición legal se complementa con el artículo 6°, que dispone un catálogo no exhaustivo

12 Para un análisis de la conceptualización de violencia de género contra la mujer ver Araya, M. "Por el derecho de vivir en paz y a una vida libre de violencia de género: reflexiones a propósito de la Ley No 21.675". Revista del Instituto de Estudios Judicial (IEJ). N°1-2024, pp. 235-268. Adicionalmente, sobre cómo la Corte Interamericana ha, desde el inicio del concepto, deslindado qué es violencia contra la mujer, ver Nash, C y Sarmiento, C. "Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009)". Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2010. pp. 79-92.

116

de las formas o manifestaciones que puede adoptar la violencia de género, junto con sus definiciones. En este sentido, define qué se debe entender por violencia física¹³, psicológica¹⁴, sexual¹⁵, económica¹⁶, simbólica¹⁷, institucional¹⁸, política¹⁹, en el espacio del trabajo²⁰ y gineco-obstétrica²¹.

Junto con estas definiciones, la ley contempla en el artículo 3º los principios rectores de igualdad y no discriminación, la debida diligencia, centralidad en las víctimas, autonomía de la mujer, universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad y prohibición de regresividad de los derechos humanos. Si bien en una primera mirada podría soslayarse el valor de estos principios, lo cierto es que su importancia es cardinal: quien ejerza una función pública debe considerar especialmente dichos principios en el cumplimiento de su tarea.

Sólo para ilustrar cuán determinantes pueden resultar los principios, y cómo en su mayoría se conectan con el resto de los artículos de la ley, me detendré en dos de estos principios: igualdad y no discriminación²² y debida diligencia.

13 Toda acción u omisión que vulnere, perturbe o amenace la integridad física, el derecho a la vida o la libertad personal de la mujer.

14 Toda acción u omisión, cualquiera sea el medio empleado, que vulnere, perturbe o amenace la integridad psíquica, tales como tratos humillantes, vejatorios o degradantes, control o vigilancia de conductas, intimidación, coacción, sumisión, aislamiento, explotación o limitación de la libertad de acción, opinión o pensamiento.

15 Toda conducta que vulnere, perturbe o amenace la libertad, integridad y autonomía sexual y reproductiva de la mujer; y su indemnidad en el caso de las niñas.

16 Toda acción u omisión, ejercida en el contexto de relaciones afectivas o familiares, que vulnere o pretenda vulnerar la autonomía económica de la mujer o su patrimonio, con el afán de ejercer un control sobre ella o sobre sus recursos económicos o patrimoniales, o en el de sus hijos o hijas o en el de las personas que se encuentren bajo su cuidado, en los casos que corresponda.

17 Toda comunicación o difusión de mensajes, textos, sonidos o imágenes en cualquier medio de comunicación o plataforma, cuyo objeto sea naturalizar estereotipos que afecten su dignidad, justificar o naturalizar relaciones de subordinación, desigualdad o discriminación contra la mujer que le produzcan afectación o menoscabo.

18 Toda acción u omisión realizada por personas en el ejercicio de una función pública en una institución privada, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que la mujer ejerza los derechos previstos en la Constitución Política de la República, en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en la legislación.

19 Toda conducta de hostigamiento, persecución, amenazas o agresión realizada de forma directa o a través de terceros que, basada en su género, le cause daño o sufrimiento a la mujer, y que tenga por objeto o fin menoscabar, obstaculizar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos políticos y de participación.

20 Toda acción u omisión, cualquiera sea la forma en la que se manifieste, que vulnere, perturbe o amenace el derecho de las mujeres a desempeñarse en el trabajo, libres de violencia, provenga del empleador o de otros trabajadores.

21 Todo maltrato o agresión psicológica, física o sexual, negación injustificada o abuso que suceda en el marco de la atención de la salud sexual y reproductiva de la mujer, especialmente durante la atención de la gestación, prepardo, parto, puerperio, aborto o urgencia ginecológica.

22 La no discriminación se establece como un factor relevante en los artículos 1, 3, 6 y 7. En el artículo 4 se establece una remisión explícita a la CEDAW, ergo, a su contenido y obligaciones en materia de prohibición de discriminación.

La igualdad y la no discriminación forman parte de la explicación de las causas de violencia de género que padecen las mujeres, y que requiere acciones concretas de parte del Estado. Por ejemplo, la referencia al concepto de discriminaciones múltiples en el artículo 7º resultará fundamental para visibilizar cómo la violencia no es vivida de la misma forma por quienes la experimentan, atendiendo a las condiciones de vida e identitarias de cada quien.

Al efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General N° 20, Ginebra, 22 de mayo de 2009) ha definido la discriminación múltiple en los siguientes términos:

Algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, por ejemplo las mujeres pertenecientes a una minoría étnica o religiosa. Esta discriminación acumulativa afecta a las personas de forma especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla.

Si quien sufre la violencia es una niña que vive la pobreza, el desafío de comprender con qué herramientas enfrenta su situación será distinta del de una mujer adulta de clase social acomodada. Lo mismo sucederá con una mujer migrante que no habla castellano, o bien con quien está en situación de migración irregular. Lo determinante para los destinatarios de la ley será comprender de qué forma condiciones como la pobreza, la edad, la condición de migrante, la raza, la etnicidad y la orientación sexual, entre otras, no son elementos que operen de forma aislada, sino conjuntamente para ampliar la situación de vulnerabilidad en la que puede encontrarse una mujer o una niña. Por tanto, atender a esta realidad en la ejecución del mandato de prevención, o en el ejercicio de la justicia, es una materia de primera importancia. Sólo así se podrá efectivamente ver a las mujeres con sus realidades y entregarles el respeto y cuidado que merecen.

Tratándose de la debida diligencia, un buen referente para dotar de contenido a esta materia surge a propósito de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concretamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa judicial de Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009), indicó que para establecer procedencia o improcedencia de la responsabilidad del Estado de México por la muerte de un grupo de mujeres jóvenes de Ciudad Juárez era necesario determinar si "[...] previno adecuadamente la desaparición, vejámenes y muerte sufridas por las tres víctimas y si investigó las mismas con debida diligencia." (párr. 248). Cuando dotó de contenido este estándar, la Corte indicó que:

Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una

respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará.

En el caso del “Campo Algodonero”, la falta de diligencia estuvo marcada por el conocimiento indubitable de parte del Estado mexicano del peligro al que estaban expuestas las mujeres jóvenes de la zona al existir un patrón sistemático de desapariciones y la respuesta precaria, tardía y desafectada frente a las denuncias de sus familiares.²³ Llevado a nuestra realidad local, si, por ejemplo, un tribunal fue informado sobre el riesgo en el que estaba una mujer víctima de violencia de morir a manos de su ex pareja, o la posibilidad de que una niña víctima de violencia sexual pueda volver a ser agredida por su entorno cercano, y no existe una respuesta judicial que prevenga ambos hechos, ciertamente existirá una infracción a este estándar.

La debida diligencia, entonces, es un principio que permitirá juzgar si el Estado ha obrado correctamente, más allá de los resultados concretos y será el baremo por el que se medirá a todos quienes son destinatarios de los mandatos específicos y genéricos que establece esta nueva ley.

Estos principios deben complementarse con la referencia explícita a las responsabilidades que surgen de la omisión en el cumplimiento de los deberes por parte del Estado. Al efecto, el artículo 5º inciso tercero señala que la omisión en la observancia de los deberes establecidos en la ley para los órganos del Estado y sus agentes, habilita para interponer las acciones administrativas y judiciales ante el órgano competente, a efectos de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos. Si bien es cierto que no existe una acción propia para ejercer esta responsabilidad, es clara la condición de sujeto pasivo de los órganos del Estado y que la posibilidad de acreditar dicha responsabilidad ciertamente puede contemplar el incumplimiento de las reglas y estándares de la ley en comento.²⁴

La ley también contiene reglas especiales de interpretación de su contenido y de sus respectivos reglamentos. A fortiori, establece que en la interpretación se debe resguardar el derecho de la mujer a una vida libre de violencia y considerar como fuente especial para la interpretación sistemática e integradora los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, en particular la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

23 Existen otras sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, coetáneas a la de “Campo Algodonero”, que vale la pena analizar para efectos de comprender el contenido que se le ha atribuido a dicho concepto. Al efecto sugiero: Nash, C. y Sarmiento, C. “Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (2009). Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile 2010, pp. 79-92.

24 Cabe destacar que este deber de omisión es de carácter general, pues existe un tipo de violencia específico en la ley: institucional. En el artículo 6, N° 6, establece: “violencia institucional: toda acción u omisión realizada por personas en el ejercicio de una función pública en una institución privada, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que la mujer ejerza los derechos previstos en la Constitución Política de la República, en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en la legislación. Para el caso de los órganos de la Administración del Estado y sus agentes, sólo se considerarán las acciones u omisiones antes señaladas cuando el respectivo órgano no haya actuado en el marco de sus competencias y, como consecuencia de ello, ocasione un daño por falta de servicio.”

1.3.2. Deberes

1.3.2.1. De la prevención de la violencia de género

La Ley N° 21.675 se encarga expresamente de establecer, como máximo deber del Estado, el mandato de adoptar las medidas necesarias para la prevención, sanción y erradicación de la violencia de género (artículo 7º). En caso de que se esté ante una hipótesis de amenaza o verificación de violencia de género, se consagra el deber de proceder a todas las medidas a efectos de proteger, atender y reparar a las víctimas, haciendo énfasis en la vulnerabilidad o discriminación interseccional.

Conforme con lo dispuesto en el artículo 8º, los órganos estatales deben adoptar las medidas para la prevención de la violencia de género, las que deben atender a (i) la promoción en todas sus actuaciones del enfoque de género y de derechos humanos, con el propósito de asegurar el pleno ejercicio de los derechos de la mujer; (ii) la promoción de la igualdad a efectos de eliminar toda forma de discriminación arbitraria con ocasión del género; (iii) fomento de la modificación de estereotipos, prejuicios y prácticas sociales y culturales para lograr la igualdad de género; (iv) y, finalmente, la promoción de una cultura ciudadana de respeto irrestricto a los derechos de la mujer y rechazo absoluto a cualquier forma de violencia en su contra.

La necesidad de modificar aquellos cánones culturales que amparan la violencia de género contra las mujeres deberá ser ejecutado a través de medidas generales que han de adoptar los órganos del Estado, tales como capacitaciones y campañas de difusión y sensibilización sobre los derechos de la mujer y las discriminaciones arbitrarias de las que adolecen, junto con actividades educativas sobre la erradicación de la violencia de género y la estigmatización y dificultades que sufren sus víctimas. A lo anterior se añaden las iniciativas de sensibilización de los medios de comunicación en aras de promover la igualdad de derechos y dignidad, junto con la eliminación de estereotipos de género.

Especialmente relevante son las obligaciones especiales de prevención en los medios de comunicación, tales como el deber de promoción del Estado con el fin de que los medios de comunicación respeten y promuevan lo antes señalado, procurando difundir información acerca de la violencia de género y estableciendo el deber del Consejo Nacional de Televisión de velar porque se adopten las medidas necesarias para dar cumplimiento a estos deberes. Sobre esta acción, ciertamente es una intervención cultural que mantiene incólume la libertad de expresión, pero acompaña un proceso de reflexión mayor sin censurar o intervenir los medios. Este deber debe ser observado con atención por los medios de comunicación, para efectos de prevenir, por ejemplo, que casos como los de la señora Rifo se repitan en el futuro.

Por último, se contempla la existencia de políticas, programas e iniciativas orientadas a fortalecer la autonomía económica de la mujer, el desarrollo de ciudades, comunidades y espacios seguros y accesibles para las mujeres. Sin duda, esto busca crear condiciones idóneas para la independencia y seguridad personal de las mujeres, soporte indispensable para que ellas no entren, o bien puedan salir, del ciclo de la violencia doméstica.

120

Respecto de los funcionarios públicos, especialmente aquellos que interactúan con las víctimas, la ley manda la realización de programas de sensibilización, capacitación y formación sobre los derechos humanos de la mujer y erradicación de la violencia de género. Igualmente, se consagra la obligación de velar porque sus funcionarios promuevan la protección de los derechos de la mujer y procuren prevenir cualquier acto de violencia en su contra, junto con facilitar el otorgamiento de respuesta frente a su verificación o amenaza, ordenando la imposición de sanciones en caso de incurrir en cualquier práctica de violencia contra la mujer en razón de su género.

Adicionalmente, se establecen ciertas obligaciones especiales de prevención para los Ministerios y órganos del Estado.

Respecto del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, se establece el deber de entregar a las autoridades correspondientes las orientaciones, recomendaciones y directrices para el desarrollo de diversos programas, entregando competencias a efectos de mantener vínculos de cooperación con organismos internacionales relativos a los derechos humanos de la mujer y la equidad de género. Asimismo, la realización de estudios e investigaciones sobre la materia con miras a evaluar periódicamente el impacto, los avances, desafíos y oportunidades de la acción pública en su erradicación. El rol de asesor técnico y de gestor de la coordinación de la implementación de la ley es un elemento estructural de la normativa y se encuentra en línea con la condición de órgano rector de la materia que consagra su ley orgánica (Ley N° 20.820, que crea el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, y Modifica Normas Legales que indica).

Los deberes que tiene el Ministerio de Salud son especialmente importantes, pues la atención del personal sanitario es posiblemente la primera interacción que las víctimas de violencia tienen con el Estado, particularmente en la atención primaria de salud. Resulta indispensable que ésta permita la contención y atención de las mujeres, pues en caso contrario será altamente probable que ellas no encuentren el apoyo necesario para denunciar. En este sentido, resulta relevante señalar el deber de promoción de los principios de igualdad y no discriminación en la atención de salud de las mujeres, con especial énfasis en el derecho al trato digno, el derecho a la información y la obtención del consentimiento informado, junto con las medidas necesarias para asegurar un atención humanizada y respetuosa del embarazo y su interrupción, parto y posparto, y atenciones ginecológicas de urgencia. En especial, en lo relativo a la Ley N°21.030 sobre la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, respecto a que los establecimientos públicos y privados le proporcionen a las mujeres y personas gestantes información veraz, completa y objetiva sobre dicha prestación médica y sus alternativas, debiendo velar por el cumplimiento de los reglamentos con ocasión de la señalada ley.

Tratándose del Ministerio de Educación, tiene el deber de promover los principios de igualdad de género y no discriminación, junto con la prevención de la violencia de género. Destaca la educación no sexista y con sustento en la igualdad de género, principios que han de ser observados en los reglamentos internos y protocolos de los establecimientos educacionales²⁵. Esta normativa debe ser complementada con aquella que regula el acoso sexual en la educación superior (Ley N° 21.369) y con la prohibición de discriminación que se encuentra contenida en diversas normativas sectoriales.

En relación a los deberes en materia de educación, es importante destacar que será determinante para efectos de la intervención en el largo plazo. Los establecimientos educacionales serán vitales en prevenir la reproducción de aquellos sistemas de creencias que promuevan la inferioridad de las mujeres y la violencia contra ellas.

En el ámbito de la seguridad pública y penitenciaria, se establecen deberes respecto del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y Gendarmería de Chile, tales como incorporar la perspectiva de género y de derechos humanos en sus normativas y prácticas internas, junto con favorecer la prevención y detección prioritaria de la violencia de género, el deber de impulsar medidas que tengan por objeto evitar discriminación con ocasión del género e incorporar contenidos y cursos sobre la materia.

A su vez, el Ministerio del Trabajo y de Previsión Social tiene, entre otras, la obligación de promover los principios de igualdad y no discriminación, junto con la prevención del acoso y violencia en los espacios de trabajo.

1.3.2.2. De la atención, protección y reparación a las mujeres víctimas de violencia de género

La Ley N° 21.675 establece el deber de (i) otorgar acceso a los servicios de salud física y mental; (ii) informar sobre la red de servicios estatales disponibles en violencia de género; (iii) registrar, realizar y dar seguimiento a las derivaciones entre los órganos del Estado y las organizaciones externas en casos de violencia de género; (iv) asegurar el acceso a información sobre sus derechos; (v) adoptar medidas de seguridad y resguardo; (vi) asegurar el acceso a la justicia; (vii) proveer de servicios y acompañamiento para la reparación física, psicológica y social; (viii) y, finalmente, adoptar medidas para fortalecer la autonomía económica de las víctimas.

25 Cabe destacar que la expresión no sexista de la ley fue objeto de un control preventivo de constitucionalidad a solicitud de un grupo de parlamentarios. El Tribunal rechazó el requerimiento y afirmó la constitucionalidad del mandato. Al efecto se sugiere revisar la STC Rol N°15.276-2024.

122

En torno a este ámbito, al igual que en el caso de la prevención, la ley se preocupa de establecer obligaciones específicas a determinados organismos.

Así, se dispone del deber de la implementación de servicios de acompañamiento psicosocial para las víctimas por parte del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, junto con la derivación a los órganos competentes en caso de que la violencia afecte a niños, niñas y adolescentes. Ello, sumado a la mantención de una nómina actualizada de su oferta programática y cupos disponibles en el Sistema Integrado de Información sobre Violencia de Género, debiendo informar de aquello a los órganos competentes, dentro de los cuales se encuentran los tribunales de justicia y el Ministerio Público.

En seguida, relativo al ámbito de Salud, el Ministerio, los servicios y prestadores institucionales de Salud han de adoptar todas las medidas necesarias para que sus funcionarios no incurran en clase alguna de violencia o discriminación contra la mujer, diseñando protocolos y procedimientos para estos efectos. A su vez, si la persona denuncia un hecho de violencia de género, se le ha de entregar información acerca de las instituciones que tienen por misión la atención y protección en estos casos y, relacionado con aquello, los prestadores institucionales de Salud han de incorporar a su oferta en salud mental, prestaciones o enfoques específicos para atender las consecuencias psicológica o físicas de la violencia de género.

Si se tratare de violencia sexual, el Ministerio y los prestadores de Salud deben dictar medidas de regulación, gestión y acción clínica para la atención, procurando que las medidas, acciones o servicios sean realizados por personal especializado para estos efectos y procediendo de modo tal que se reduzca o elimine la victimización secundaria.

También, entre otras cuestiones, han de desarrollar e implementar protocolos, pautas y derivaciones para la atención integral a las víctimas, proporcionando la información que corresponda al Sistema Integrado de Información sobre Violencia de Género a efectos de la articulación interinstitucional.

En lo relativo al Ministerio de Educación, principalmente, éste ha de tomar las medidas que correspondan para detectar y responder oportunamente a los hechos de violencia de género, debiendo contar con procedimientos objetivos que contemplen mecanismos de denuncia, investigación y sanción, asegurando la protección de las víctimas y procurando reducir o eliminar la victimización secundaria. De igual forma, la ley ordena la existencia de protocolos y mecanismos de actuación y derivación de las víctimas ante la identificación o sospecha de violencia de género.

Se establece un deber de información, en conformidad al reglamento interno del establecimiento, respecto de las familias, cuidadores, profesionales y asistentes de educación, equipos docentes y directivos de los establecimientos educacionales cuando la violencia de género afecte a mujeres, niños, niñas y adolescentes que sean parte de la comunidad educativa. Esto contempla la obligación adicional del Ministerio de Educación de incorporar a un nuevo establecimiento escolar las y los estudiantes que hubieren cambiado de domicilio debido a hechos de violencia intrafamiliar, si se cumplen con los requisitos legales.

En su artículo 21º, la Ley N° 21.675 se refiere a la protección a las víctimas de violencia de género respecto de la persecución penal, la seguridad pública y penitenciaria, cuyas obligaciones han de realizarse con respeto a la dignidad y privacidad de las víctimas o de quienes comparezcan en su nombre, procurando reducir o eliminar la victimización secundaria.

A mayor abundamiento, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el Ministerio Público, los tribunales de justicia, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones deben proceder a la adopción e implementación de las medidas pertinentes para asegurar la debida protección a las víctimas. Por su parte, le corresponde al Ministerio Público, a los tribunales de justicia, Gendarmería de Chile, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones proveer de los canales de comunicación y condiciones necesarias para que las víctimas puedan informar, expedita y oportunamente, cualquier incumplimiento a las medidas o diligencias decretadas a su favor por un tribunal de la República, en miras de garantizar su cumplimiento irrestricto.

En el ámbito laboral, se establecen obligaciones en diferentes niveles. En primer lugar, los órganos y servicios estatales encargados de la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral, particularmente referidos a los derechos fundamentales de los trabajadores, deberán entregar directrices obligatorias sobre la debida diligencia en los procesos de investigación y sanción ante denuncias por hechos de violencia de género y acoso en el trabajo. En segundo lugar, los reglamentos internos de orden, higiene y seguridad han de adecuar los procedimientos relativos a dichas investigaciones para dar cumplimiento a las obligaciones de debida diligencia y no victimización secundaria, debiendo la Superintendencia de Seguridad Social impartir instrucciones en tal sentido. En tercer lugar, de existir un proceso administrativo o judicial, el empleador -público o privado- debe adoptar las medidas que resulten necesarias para asegurar protección a la víctima y las personas involucradas, junto con reducir o eliminar la victimización secundaria y evitar represalias. Asimismo, si el empleador tiene conocimiento de ello, ha de denunciar ante el órgano que corresponda el incumplimiento de las medidas cautelares decretadas por algún tribunal con competencia en lo laboral.

124

Como puede apreciarse, existe de forma reiterada una referencia a la victimización secundaria, la que:

surge como consecuencia de la intervención de las distintas instituciones en el hecho, las cuales, en muchas ocasiones incrementan el padecimiento de la víctima. Por ejemplo: al tener que declarar varias veces los hechos y revivirlos, miedo a que no la crean, que se la culpabilice, tener que enfrentarse al delincuente, la larga duración de los procesos legales, la forma en la que los medios tratan el caso, etc. (Córdoba, C. "La Victimización Secundaria en la Violencia Sexual. Análisis de la victimización secundaria en casos de abusos y agresiones sexuales, y sexting").

En cuanto a porqué se produce este daño que se genera por la interacción con las instituciones que acogen a la víctima o bien con el sistema judicial, se ha señalado que "[...] Esto puede deberse a la despersonalización del sistema y/o a la rememoración de aquel acto dañoso que en dicha instancia se promueve con la finalidad de averiguar la circunstancia de su ocurrencia y los culpables" (Carret y García Quiroga, 2021, p. 471).

Si atendemos a estas definiciones, habrá, ciertamente, factores de los cuales los operadores del sistema estatal no podrán hacerse cargo, por ejemplo, la rememoración del acto que dañó a la víctima en un primer lugar. No obstante, también habrá otros factores en los que su acción sea la causa eficiente de un nuevo pesar. Tener la conciencia del peso de las propias acciones demanda que se vislumbre la situación de fragilidad, dolor o vulnerabilidad en que se encuentran quienes han sido víctimas de violencia.

1.3.2.3. Medidas e articulación interinstitucional para abordar la violencia de género

La Ley 21.675 crea una Comisión de Articulación Interinstitucional para Abordar la Violencia de Género en el artículo 23º, a la que le corresponde la coordinación a nivel nacional de las medidas adoptadas por el Estado para la prevención, sanción y erradicación de la violencia de género, junto con la atención, protección y reparación de las víctimas; pudiendo convocar, de oficio o a petición de parte, a instituciones u órganos autónomos, junto con representantes de la sociedad civil o expertos/as en la materia.

La Comisión es presidida por el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, órgano que ha de liderarla, convocarla y hacer seguimiento de los acuerdos, y está integrada por representantes del Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Educación, Ministerio de Salud, Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile.

Respecto de su funcionamiento, esta Comisión deberá sesionar ordinariamente de forma bimensual, sin perjuicio de las sesiones extraordinarias. Ahora bien, al menos una sesión ordinaria semestral se ha de destinar para escuchar a expertas, académicas y representantes de la sociedad civil sobre la situación de las mujeres, el ejercicio de sus derechos humanos y la equidad de género a nivel nacional, regional y local.

En torno a sus funciones, la Comisión debe aprobar el Plan Nacional de Acción contra la Violencia de Género, junto con sus modificaciones, y conocer el avance de su cumplimiento y evaluación. Este Plan Nacional, a grandes rasgos, se refiere al diseño y articulación de medidas sectoriales e intersectoriales cuya finalidad sea la prevención, sanción y erradicación de la violencia de género y el fortalecimiento de la atención, protección y acceso a la justicia.

También debe coordinar las medidas adoptadas por los órganos para la protección de las víctimas, la prevención y atención de la violencia de género, e informar a los órganos correspondientes acerca de las necesidades sectoriales para dar cumplimiento a los objetivos de la ley, sin perjuicio de las funciones que ésta u otras leyes le entreguen.

Así también, la Ley 21.675 dispone la creación de un Sistema Integrado de Información sobre Violencia de Género, dependiente del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, para los efectos de mejorar la respuesta estatal, de forma integral e intersectorial ante la violencia por parte de los órganos del Estado. En síntesis, el Sistema deberá recepcionar, guardar y generar información relativa a los casos de violencia de género, para el diseño y levantamiento de alertas tempranas respecto de las víctimas, para la implementación de mecanismos de priorización en la atención de las víctimas conforme a su nivel de riesgo y para, a través de los datos estadísticos, analizar y evaluar el impacto de las políticas públicas sobre la materia.

2. Acceso a la justicia de las mujeres frente a la violencia de género

El Párrafo I “De las Disposiciones Generales” del Libro III “Del acceso a la justicia de las mujeres frente a la Violencia de Género”, establece normas que se aplican a la violencia física, sexual, psicológica y económica contra la mujer en razón de su género. Siguiendo con el criterio del legislador plasmado en la Ley N°20.066, las formas de violencia que sean constitutivas de delito serán competencia de los tribunales penales; en caso contrario, le corresponderá a los tribunales u órganos competentes, conforme la materia en cuestión.

En cualquier caso, el tribunal deberá declarar su incompetencia y remitir los antecedentes al Ministerio Público, comunicando de su decisión al Juzgado de Garantía competente, si con ocasión del examen de la denuncia o demanda, o a partir del conocimiento de cualquier antecedente introducido al proceso, es posible concluir que los hechos revisten caracteres de delito.

126

A su vez, las sanciones también dependen de la calificación jurídica de los hechos. La Ley 21.675 señala y regula que, en caso de que los hechos no sean susceptibles de subsumirse dentro del tipo penal, el maltrato constitutivo de violencia de género será sancionado con una multa que irá desde las cinco hasta las treinta unidades tributarias mensuales a beneficio del gobierno regional de domicilio de la víctima, cuyo destino serán los programas y centros de atención a las mujeres víctimas de violencia.

Lo anterior, sin perjuicio de que la Ley 21.675 dispone de medidas accesorias susceptibles de ser aplicadas en la sentencia definitiva sin importar qué tribunal esté conociendo del asunto, cuyo plazo no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años, pudiendo ser prorrogado a petición de la víctima o de oficio. Este cambio, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, es fundamental. Las dificultades asociadas a la definición de quién tiene competencia respecto de un delito no son menores. En el pasado fue habitual que un tribunal recepcionara la denuncia y declinara la competencia, indicando que nos encontrábamos en presencia de una materia propia del derecho penal al ser los hechos constitutivos de delito. Más aún, era igualmente habitual que una vez requerida la intervención del tribunal penal, éste indicara que no nos encontrábamos en presencia de un delito, sino con hechos que requerían la intervención de un tribunal de familia. Mientras tanto, las víctimas, principalmente mujeres, deambulaban de una jurisdicción a otra sin ningún tipo de resguardo y justicia, lo que se extendía por meses. La solución propuesta por la ley al menos resguarda la existencia de una respuesta a las víctimas que procure prevenir, entre otras, daños a su integridad y victimización secundaria.

Como avances notables sobre la materia, la Ley 21.675 introduce ciertas modificaciones al proceso penal. Entre ellas, la improcedencia de la atenuante de responsabilidad del artículo 11 N°5 del Código Penal. Esta atenuante es una justificación por haber obrado el sujeto activo impulsado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación. Su aplicación a los casos de violencia contra las mujeres en el espacio doméstico ha sido cuestionada, pues, por una parte infantiliza a quien comete el acto delictivo y, por otra, habitualmente era un espacio para analizar si la conducta de la víctima “justificaba” la situación vivida.

Otra innovación determinante de la Ley 21.675 se encuentra en la retractación. Este no es un fenómeno extraño para quienes conocen los litigios sobre violencia doméstica. Para quien ha sido agredida, accionar penalmente contra quien fue su pareja o a quien aún se ama, o puede ser padre de sus hijos o sostenedor económico de ellos y ella, es una decisión compleja y dura, incluso cuando la propia vida se expone. No es de extrañar que, frente al objetivo inmediato de buscar el cese de la violencia, no exista necesariamente un ánimo de persecución judicial más allá de alcanzado este hito. La dificultad estriba en que la conducta de agresión suele ser reiterativa y, por tanto, la activación sin resultados del proceso judicial es un foco de conflicto para todos los operadores del sistema. Lo que la ley establece es que, ante la existencia de antecedentes fundados sobre la retractación de la víctima, el tribunal los tenga en especial consideración para efectos de evaluar el riesgo y los informes psicológicos acompañados al proceso. Adicionalmente, se modifican las salidas alternativas de acuerdo reparatorio y suspensión condicional del procedimiento, en orden a exigir nuevos requisitos para su procedencia.

Respecto a los órganos del Estado, se establecen ciertas obligaciones frente a las denuncias por concepto de violencia de género respecto de quienes investigan, juzgan o se encuentren a cargo de la protección y seguridad de las víctimas. En particular, se establece la obligación de la debida diligencia, debiendo considerar la vulnerabilidad o discriminación interseccional, garantizando el derecho de las víctimas a participar en el proceso, acceder a la información sobre el estado de la investigación y, en general, adoptar las medidas oportunas, independientes, imparciales y exhaustivas para garantizar el derecho a una vida libre de violencia, acceso a la justicia y reparación. Junto con ello, se consagra la obligación relativa a la no victimización secundaria, consistente en evitar o disminuir cualquier perturbación negativa que las víctimas hayan de soportar con ocasión de su interacción con los servicios públicos en referencia a los procesos judiciales y quienes otorgan atención y protección.

Si bien podría pensarse que este es un deber accesorio, esto no es así. Las mujeres tardan más de 7 u 8 años en denunciar a sus agresores²⁶, por lo que la forma en la que el sistema judicial las recepcione es trascendental para que ellas puedan efectivamente salir del abuso vivido. En este sentido, cabe hacerse la siguiente reflexión: si los dolores que produce el sistema son mayores que la perspectiva de que en un mediano plazo cesará la violencia ¿está realmente funcionando nuestra respuesta estatal y social?

La Ley 21.675 dispone, en su artículo 32º, derechos y garantías de las víctimas en el proceso, dentro de los cuales resulta relevante destacar el derecho a no ser enjuiciadas, estigmatizadas, discriminadas ni cuestionadas en base a estereotipos de género, por su relato, conductas o estilo de vida. Esto será especialmente importante para aquellas mujeres que se escapan de la expectativa social de un comportamiento “femenino”: mujeres que disfrutan de la sexualidad, mujeres que tienen más de una pareja, mujeres que no se visten de forma conservadora, mujeres que han mentido, mujeres que han robado, mujeres que se han prostituido, mujeres que no han querido ser madres, mujeres que no han criado a sus hijos. Todas ellas pueden ser víctimas de violencia y conductas como las descritas previamente no habilitan a sus agresores para violentarlas, ni al sistema judicial para justificarlos a ellos y juzgarlas a ellas.

Se contemplan, igualmente, las primeras diligencias consistentes en la adopción de todas las medidas pertinentes en el menor plazo posible ante la recepción de una denuncia por violencia de género, en términos de otorgar una protección integral que abarca no sólo a la víctima, sino también a sus hijos/as y a todos quienes se encuentren bajo su cuidado. Esta medida es de primera relevancia para las usuarias del sistema. Las mujeres que concurren a los tribunales de justicia tendrán tantas expectativas como existan mujeres. No obstante, lo que resulta bastante evidente es que requieren que cese la violencia contra ellas y evitar que ésta se repita en el tiempo. Y, en caso de que existan hijos, que estén debidamente protegidos. Evidentemente, y esto se aplica especialmente para el sistema penal, obtener una condena es importante, pero no es todo lo que estas usuarias requieren de los tribunales. Luego, explicitar que la protección es un deber del sistema

26 Por ejemplo, revisese: “Estudio sobre el Tiempo que Tardan las Mujeres Víctimas de Violencia de Género en Verbalizar su Situación”, del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad. Centro de Publicaciones, 2019. Disponible en el siguiente enlace: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaenclifras/estudios/investigaciones/tiempo-tardan-verbalizar-situacion/>.

judicial habilita a los actores del mismo a mirar esto como el objetivo último, ya que su función no es sólo dilucidar el incumplimiento de una norma por un posible agresor, sino resguardar los derechos de la mujer y sus hijos.

Esta interpretación acerca de la importancia de una correcta intervención y comprensión del rol del sistema judicial se refuerza con lo establecido en el artículo 33º de la Ley 21.675, el cual hace referencia a la denominada “situación de riesgo inminente de padecer violencia de género”. Al efecto, se establece la obligación del tribunal competente, de oficio y con el solo mérito del acto procesal que dé inicio al proceso, de adoptar todas las medidas de protección o cautelares que correspondan. En este sentido, la capacidad del tribunal de pesquisar correctamente el riesgo será en buena medida determinante para el debido resguardo de las mujeres.

Aún más, la Ley 21.675 establece cinco presunciones de concurrencia de dicha situación de riesgo inminente, tales como: (i) que haya precedido intimidación por cualquier vía de parte de quien agrede; (ii) que se verifiquen ciertas circunstancias o antecedentes respecto del agresor, tales como drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro II del Código Penal o por infracción a la ley N°17.798; (iii) que el agresor se hubiere opuesto violentamente al término de la relación afectiva que mantenía con la víctima; (iv) que una persona mayor, dueña, poseedora o mera tenedora de un inmueble que legítimamente ocupa para residir, sea expulsada por quien la agrede, relegada a sectores secundarios o se le restrinja o limite su desplazamiento al interior de ese bien raíz por el denunciado; (v) y, finalmente, que la víctima se encuentre en una situación de dependencia económica en relación al agresor.

Resulta evidente que pueden existir otras situaciones de riesgo (vg. amenaza de contratar a un sicario), que no son concurrentes, pero tampoco excluyentes entre sí y éste puede disminuir si el agresor cambia sus conductas. No obstante, la selección de estas conductas da cuenta de circunstancias habituales que debieron, posiblemente, ser reforzadas para que el sistema judicial comprendiera cabalmente el riesgo que representan.

En este punto, es relevante resaltar que los tribunales deberán realizar esta tarea cumpliendo con los principios contenidos en la Ley 21.675, siendo uno de ellos la vulnerabilidad interseccional. Luego, el tribunal deberá cautelar especialmente los casos en los que las mujeres se encuentren en una situación donde, por ejemplo, se cruce la condición migración y pobreza, o de discapacidad y analfabetismo. Ciertamente esto sería una forma de dar cumplimiento a la prohibición de discriminación y una forma de reconocer el peso específico de la discriminación múltiple.

En relación con las medidas cautelares, el artículo 34º de la Ley 21.675 contiene un listado no taxativo de ellas, las que no tienen procedencia excluyente las unas de las otras. Dentro de éstas se encuentra la obligación de abandonar el hogar y la asistencia a programas de tratamiento de rehabilitación de drogas y alcohol para el agresor, la fijación de alimentos provisорios y el régimen provisorio de cuidado personal.

Adicionalmente, la Ley 21.675 establece cuatro reglas especiales ante la violencia sexual, aplicables tanto en las investigaciones como en los procesos, ello, a efectos de resguardar a la víctima: (i) prohibición de indagación de comportamientos sexuales previos o posteriores de la víctima, salvo que se estime estrictamente indispensable, y aún en este caso, se ha de velar por evitar utilizar estereotipos de género o discriminatorios junto con la victimización secundaria, igualmente, la credibilidad o disponibilidad sexual no puede inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior; (ii) no atender al tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y la presentación de la denuncia, para los efectos de la solicitud o el otorgamiento de alguna medida de protección o cautelar, ni mucho menos para adoptar una decisión de término, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 93 y siguientes del Código Procesal Penal; (iii) las víctimas tienen derecho a que se reserve su intimidad y privacidad, siendo irrenunciable la protección si se trata de una menor de edad; (iv) por último, se dispone de una regla referida a la víctima trabajadora, en orden a que podrá aportar los antecedentes pertinentes en sede laboral y las fiscalizaciones respecto de hechos de acoso sexual o acoso por razón de género en el contexto laboral, frente a la Dirección del Trabajo o su empleador, según corresponda.

La prohibición de indagación de comportamientos sexuales previos o posteriores de la víctima es una regla de primerísima importancia. Los procesos penales en materia de violencia sexual habitualmente devienen en verdaderos análisis de la verosimilitud del relato de la víctima no a partir de las circunstancias del caso, sino de un escrutinio de su vida sexual. Es decir, se pondera cómo ha sido su vida sexual previa o la que ha tenido con posterioridad a la denuncia, para resolver si le creen o no. Esto es, ciertamente, un error. No sólo porque saca el foco de la prueba en el caso concreto, sino porque esta forma de operar deviene en un mecanismo de disuasión para cualquier denuncia, pues quien ha sufrido un ataque no encontrará apoyo, sino un ejercicio inquisitorial respecto de su propia vida y el denunciado podrá argumentar que hacerlo es parte de su legítimo ejercicio a la defensa.

Respecto de la asistencia y representación judicial a las víctimas, la Ley 21.675 establece la facultad/deber del Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género en orden a interponer acciones judiciales y asumir el patrocinio y representación de las víctimas, a requerimiento de estas últimas. Esta innovación faculta al Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género para contar con legitimidad activa en los procesos y poder de esta manera acompañar los litigios que estime pertinentes, tarea para la que hasta ahora no tenía potestades.

3. Conclusiones

La necesidad de contar con una normativa que diera cuenta del fenómeno tras la violencia contra las mujeres de forma completa era un imperativo que nuestro país finalmente ha sorteado, no sólo por la necesidad de ajustar nuestro derecho doméstico a la normativa internacional, sino también porque un adecuado diagnóstico de los problemas permite contar con soluciones idóneas. Hacerlo desde la lógica de una ley integral resultaba indispensable.

130

Con esta perspectiva en mente, es relevante que los actores del sistema judicial puedan comprender el profundo vínculo que existe entre la discriminación y la violencia y cómo marca o explica el comportamiento de quienes son agredidas, quienes agrede y los propios órganos del Estado. Si todos somos parte de una cultura que ampara la discriminación, no debe extrañarnos la tolerancia frente a comportamientos violentos y nuestra incapacidad para comprender a las víctimas.

Enhorabuena, la Ley 21.675 no sólo es declarativa de este vínculo. Muy por el contrario, junto con el cambio en la comprensión del fenómeno aspira a cambios reales, tanto a nivel macro como micro, en la gestión estatal de la violencia contra las mujeres. Luego, encontramos deberes generales y específicos en tres materias relevantes: prevención, atención, protección y reparación; respuesta interinstitucional y acceso a la justicia. En cada una de estas áreas se consagran deberes concretos o generales y destinatarios específicos.

Al efecto, me permito resaltar la importancia que tendrá la acción coordinada a través del Sistema Integrado de Información sobre Violencia de Género. La capacidad de los actores que intervienen en el circuito de violencia -Atención Primaria de Salud, Carabineros, Ministerio Público, etc- de saber lo qué está viviendo una mujer afectada por violencia de género permitirá una mejor respuesta y, eventualmente, la prevención de situaciones de mayor riesgo. Esta acción coordinada coloca el foco donde debe estar: la protección de las mujeres. El éxito de esta medida dependerá en gran medida de la disposición de los actores de hacer una lectura integral de los mandatos de la ley y no en una mirada restrictiva de sus obligaciones. Es decir, que cada actor del sistema genere y comparta información orientada al éxito de la tarea, con especial énfasis en la pesquisa del riesgo, mirando el comportamiento de la víctima, pero también de los agresores.

No quiero desmerecer la necesidad de la dimensión punitiva de la Justicia. Muy por el contrario, es de esperar que se afirme la importancia de la sanción, especialmente en materia de violencia sexual. No obstante, ciertamente la protección de la vida y la integridad de las mujeres y sus hijos es de vital importancia.

Las modificaciones para el sector Justicia son importantes.

Una primera materia se refiere a la competencia para conocer de los casos. El sistema judicial debe definir de forma efectiva y eficiente cuando una conducta corresponde a la jurisdicción penal o de familia, pero esta materia no debe limitar la capacidad de la denunciante de acceder a medidas de protección y mucho menos dilatar excesivamente la búsqueda de responsabilidades.

El rol que se le asigna a la retractación es importante para efectos de comprender que no existen víctimas ideales y que esta es una materia humanamente compleja. El que una mujer se retrakte no necesariamente da cuenta de que los hechos son falaces. Si bien ésta puede ser una opción, lo cierto es que frente a una denuncia que involucra a las mismas partes, es altamente posible que el retracto se explique por otros fenómenos. Utilizar este antecedente que permite indagar en la trazabilidad en el tiempo de la violencia para efectos de medir el riesgo, es un avance.

Las modificaciones en materia de evaluación y gestión del riesgo, lo que se acompaña de innovaciones en materia de medidas cautelares, aspiran a introducir cambios que mejoren la respuesta del sistema en un corto plazo. Es de esperar que, a partir de la obligación de generación de información para la acción, se evalúe su utilidad y uso.

Ahora bien, como en todo orden de cosas, para efectos de que esta nueva realidad normativa tenga el efecto esperado de mejorar la respuesta del Estado frente a las mujeres, es fundamental dar a conocer la Ley 21.675. Parece evidente que existe una definición previa del proyecto de ley de no derogar el marco legal relativo a la violencia intrafamiliar y la orgánica de los tribunales de familia. El hacerlo probablemente implicaba, entre otros desafíos, un nuevo aprendizaje de orden sistémico para los operadores del sistema de Justicia, además de los órganos de la administración pública. Una definición de estas características puede incluso redundar en el aumento de los problemas que buscan modificarse, por ejemplo, en la desprotección de las víctimas. No obstante, esta opción de reformar y de no derogar y reemplazar no puede ser equivalente a que no se difundan e incorporen los cambios y que la ley carezca de efectividad.

Existen ejemplos de cómo las deficiencias en la difusión y capacitación acerca del contenido de una ley pueden prevenir que ésta cumpla los objetivos de política pública definidos tras ella y con eso se inhiba su posibilidad de impactar en la realidad. El ejemplo más evidente es el tratamiento dispar que ha existido sobre el acoso sexual. La modificación del Código del trabajo de 2005 no tuvo aparejado un proceso de publicidad ni apropiación por parte de los órganos del gobierno, concretamente el entonces Servicio Nacional de la Mujer, actual Servicio y Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, así como tampoco por la sociedad civil o los operadores judiciales²⁷. Como resultado, esta reforma no tuvo el impacto esperado y el acoso sexual, como problema social en el ámbito laboral que afecta principalmente a las mujeres, no tuvo una adecuada respuesta. Más aún, desde 2018, cuando se presentan casos de acoso sexual en las universidades, se constatan las limitaciones de la legislación laboral y se da paso a la generación de normativa específica en el ámbito de la educación. Con posterioridad, la propia normativa del acoso laboral debió ser nuevamente modificada y actualmente la Ley N° 21.643, que modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales, en materia de prevención, investigación y sanción del acoso laboral, sexual o de violencia en el trabajo, coloquialmente conocida como Ley Karin, ha tenido una amplia difusión y educación a todo nivel.

La efectividad de la Ley 21.675, entonces, será una métrica determinante para efectos de analizar si los objetivos declarados y contenidos en ésta, se satisfacen o no. Si estamos frente a una ley declarativa, la integralidad será una promesa vacía para las mujeres.

27 En este sentido se puede revisar la tesis doctoral de la profesora Lidia Casas. *The effectiveness of Sexual Harassment Law in Chile: From Theory to Practice*. Thesis submitted to the Faculty of Graduate and Postdoctoral Studies, University of Ottawa, Canada, 2016.

132

¿Cuántos abogados están invocando la ley N° 21.675 en tribunales? Si no la invocan, ¿los tribunales la utilizan para resolver? En un ámbito tan sensible como las medidas cautelares, que son claramente el primer acto de detener la violencia para las víctimas y resguardar su integridad, ¿cómo se mide el riesgo y qué aplicación han tenido las nuevas pautas que entrega la ley? ¿Qué rol tiene el sistema cuando, por ejemplo, los consejeros técnicos de un tribunal de familia reciben a las mujeres víctimas de violencia? ¿Cómo manejan en los hechos la existencia de denuncias previas y retractación? ¿Se les reprocha o existe comprensión sobre las dificultades asociadas a la denuncia? ¿Existe conciencia del deber de prevenir la victimización secundaria y de cómo puede desincentivar a quienes denuncian? ¿Cómo se manejan, por ejemplo, las interacciones en los tribunales de las mujeres que denuncian a sus parejas? Quienes realizan las investigaciones periciales, ¿tienen capacitación en perspectiva de género para comprender las dinámicas de poder propias de la violencia? ¿Cómo tratan a las mujeres que se defienden? ¿Cuántos litigios terminan en condena efectiva? ¿Cuál es la duración de estos procesos y cómo afecta a la capacidad de las víctimas de sostener los litigios? ¿Qué sucede con adultos mayores, personas en situación de migración irregular o que no hablan castellano y el trato que reciben en tribunales? ¿El sistema judicial comprende el sentido y alcance de la discriminación múltiple?

Estas y otras preguntas sólo podrán ser respondidas si esta normativa cuenta con un seguimiento que ponga el acento en su práctica. Si esperamos que únicamente el texto de la ley permita a las mujeres contar con una respuesta idónea, una que dé cuenta de la “debida diligencia” con la que debe actuar el Estado, significa que no comprendemos cabalmente la profundidad del problema de la violencia de género.

Finalmente, la capacidad de la Ley 21.675 de cambiar las conductas de los operadores del sistema sólo será real en la medida en que éstos tomen conocimiento acerca de ella. Para que exista un cambio cultural efectivo es una condición sine qua non que se lo acompañe de un proceso de capacitación y educación de todos quienes son parte del sistema judicial. Después de todo, la ley será lo que al efecto resuelvan los tribunales. Es de esperar que la prevención, protección, sanción y reparación, sean una prioridad para todos y todas quienes forman parte de él.



III. Intersecciones Legislativas: Violencia de Género y Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia

Fabiola Lathrop Gómez¹

Académica Facultad de Derecho Universidad de Chile

Introducción

La Ley 21.675, promulgada el 3 de junio de 2024 y publicada el 14 de junio del mismo año, busca convertirse en un marco normativo de carácter integral contra la violencia de género.

Con su entrada en vigor, Chile se suma a los doce países de América Latina que cuentan con un cuerpo legal de esta naturaleza (CEPAL, 2024), llamados de “segunda generación” por su carácter integral.

La Ley 21.675 contempla disposiciones encaminadas a prevenir la violencia de género, atender y proteger a las víctimas, efectivizar su acceso a la justicia y articular acciones institucionales; establece nuevas reglas y principios, reformando procedimientos penales y de familia, impactando una serie de instituciones y propiciando políticas públicas con enfoque de género.

El carácter integral y general de esta ley provoca que sus preceptos resulten aplicables a toda mujer, independientemente de su edad; no obstante, esta normativa se preocupa de dejar claramente establecido que los derechos de niñas y adolescentes quedan protegidos por su imperio. De esta forma, la ley observa el criterio de interseccionalidad del artículo 9 de la Convención de Belem Do Pará, que establece que en la adopción de medidas estatales se tendrá especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad que pueda sufrir la mujer, por distintas razones que indica, entre ellas, ser menor de edad.

Así, sin perjuicio de lo que trataré más adelante, luego de definir los conceptos de niña, adolescente, mujer adulta y mujer en su artículo 2 inciso primero -siguiendo los rangos etarios ordenados desde al año 2005 por el artículo 16 de la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia-, esta normativa establece en su inciso segundo

1 Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesora Titular Departamento Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Abogada Integrante Excm. Corte Suprema.
La autora agradece los comentarios recibidos de parte de las magistradas Mariana Leyton Andaur, Susan Sepúlveda Chacama y Verónica Vymazal Bacopé.

136

que “para efectos de esta ley, el vocablo ‘mujer’ comprenderá a niñas, adolescentes y mujeres adultas, sin distinción”. Con ello, desde el inicio de su texto, la Ley 21.675 deja entrever la perspectiva de derechos de la infancia y de la adolescencia con que busca asegurar el ejercicio de los derechos de las mujeres.

Considerando lo anterior, resulta necesario efectuar un análisis de las materias particularmente pertinentes a los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA) contempladas en la ley, cuestión a la que se dedican las siguientes páginas.

Considerando lo anterior, resulta necesario efectuar un análisis de las materias particularmente pertinentes a los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA) contempladas en la ley, cuestión a la que se dedican las siguientes páginas.

En esta labor debe tenerse en cuenta otro cuerpo normativo, también de naturaleza integral, dirigido a reconocer y proteger los derechos de NNA; me refiero a la Ley 21.430, Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia -conocida como Ley de Garantías-, razón por la cual se incorpora un apartado inicial en este trabajo dirigido a analizar sus principales aspectos.

En las siguientes páginas abordaré, entonces, la detección y descripción preliminar de las áreas en que la Ley 21.675 se refiere expresamente a NNA, deteniéndome en algunos aspectos reformados por ella, de carácter general, que inciden en el reconocimiento y regulación del ejercicio de derechos de NNA, así como otros relacionados directamente con la violencia de género, tales como el tratamiento de la situación de riesgo inminente de sufrir maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, la nueva circunstancia agravante de maltrato habitual y la violencia vicaria.

Este trabajo es de orden informativo y descriptivo, sin constituir un análisis dogmático de las materias que se abordan; su objetivo es colaborar en el conocimiento y difusión de las disposiciones de la ley desde una perspectiva de infancia y adolescencia.

1. Nociones generales sobre la Ley de Garantías

La Ley de Garantías, publicada el 15 de marzo de 2022, es de enorme importancia para el ordenamiento jurídico y la sociedad chilena, pues constituye la primera normativa integral nacional de derechos de NNA, creando, además, un sistema jurídico, llamado “sistema de garantías y protección integral” (artículo 1 inciso segundo), cuya naturaleza y características no tienen precedentes en Chile.

La Ley de Garantías contiene ochenta y ocho artículos organizados en seis títulos:

- Título I “Normas Generales”, que aborda los objetivos, aplicación e interpretación de la ley;
- Título II “Principios, Derechos y Garantías”;
- Título III “De la protección integral”, dedicado fundamentalmente a los deberes de la Administración del Estado, a las Oficinas Locales de la Niñez (OLN) y a las medidas de protección administrativa;
- Título IV “Institucionalidad”;
- Título V “De la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción”; y
- Título VI “Modificaciones a otras leyes”.

La Ley de Garantías cuenta con cinco disposiciones transitorias, mandatando al legislador y a la potestad reglamentaria a regular:

- la acción de tutela administrativa;
- el procedimiento administrativo de protección de derechos;
- la normativa técnica y metodológica de las OLN y su implementación en todo el país;
- la derivación a instituciones desde la OLN; y
- la adecuación de la Ley de Tribunales de Familia.

Como se aprecia a partir de la estructura descrita, y particularmente del hecho de que cree un “sistema de garantías”, la Ley de Garantías cumple distintas funciones: consagra derechos, crea instituciones, esboza una política nacional en la materia, e instaura nuevos procedimientos; se trata de un sistema normativo peculiar en el país, lo que transforma a la Ley de Garantías en un cuerpo complejo de analizar, interpretar y aplicar.

La Ley de Garantías superó, en cierta medida, su objetivo inicial: constituir una ley marco de protección de derechos. Aunque con ciertas deficiencias de forma y de fondo, sus artículos consagran principios, reglas, acciones y procedimientos concretos que constituyen avances incuestionables respecto de la realidad anteriormente vigente. Así, se sostiene que nos encontramos frente a una etapa avanzada de una política de protección integral de derechos de NNA, que si bien siempre puede perfeccionarse a través de leyes, despliega de manera definitiva sus pilares fundamentales treinta y dos años después de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que Chile ratificó en 1990 (Henríquez, 2023, p. XII).

Los principios que la Ley de Garantías regula son los siguientes:

1)	Sujeto de derechos	artículo 6
2)	Interés superior del niño, niña o adolescente	artículo 7
3)	Igualdad y no discriminación arbitraria	artículo 8
4)	Fortalecimiento del rol protector de la familia	artículo 9
5)	Derecho y deber preferente de los padres y/o madres a educar y cuidar a sus hijos	artículo 10
6)	Autonomía progresiva	artículo 11
7)	Efectividad de los derechos	artículo 12
8)	Perspectiva de género	artículo 13
9)	Responsabilidad de la Administración del Estado	artículo 14
10)	Protección Social de la Infancia y Adolescencia	artículo 15
11)	Prioridad	artículo 16
12)	Progresividad y no regresividad de derechos	artículo 17
13)	Participación Social	artículo 18
14)	Inclusión	artículo 19
15)	Difusión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes	artículo 20
16)	Intersectorialidad	artículo 21
17)	Participación y colaboración ciudadana	artículo 22

En relación a este apartado de la ley, cabe destacar la conceptualización del interés superior del NNA y las reglas sobre su determinación, incluyendo circunstancias específicas a determinar (artículo 7), lo que, sin duda, impactará sobre el desarrollo legal y jurisprudencial de este principio; así como la incorporación del principio de efectividad de los derechos, a cuya noción va ligada la idea de “garantías”, que es transversal a todo el articulado (artículos 12, 2 inciso final, 60 y 62, entre otros).

Asimismo, el artículo 13, referido al principio de la “Perspectiva de género”, establece deberes transversales a todas las funciones estatales, señalando que los órganos del Estado deben introducir la perspectiva de género en el desarrollo, puesta en práctica y evaluación de las medidas que adopten en relación con los NNA, de modo que en todas las políticas públicas, actuaciones, servicios y programas dirigidos a ese sector poblacional se tome en consideración la variable del género.

Por otro lado, la Ley de Garantías dispone treinta y tres artículos para el reconocimiento de derechos; y si bien veinticinco de ellos se encontraban de antemano consagrados en nuestro ordenamiento o en la CDN (Estrada, 2022, p.14) en mi opinión, resulta particularmente importante el desarrollo que la Ley de Garantías hace de este instrumento internacional a nivel doméstico, considerando que Chile, a la luz del actual texto constitucional, no ha zanjado la discusión sobre la jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, razón por lo cual podría discutirse si tal instrumento internacional tiene o no rango constitucional.

140 En suma, los derechos que la Ley de Garantías regula con enfoque de infancia, son los siguientes:

1)	A la atención a la diversidad educativa	artículo 42
2)	A la identidad	artículo 26
3)	A la información	artículo 35
4)	A la participación	artículo 32
5)	A ser oído	artículo 28
6)	A un nivel de vida, desarrollo y entorno adecuado	artículo 25
7)	Atención médica de emergencia	artículo 39
8)	Bienes, productos o servicios comercializados para el uso o el consumo de NNA	artículo 54
9)	Civiles y políticos	artículo 23
10)	De la información sobre la salud y consentimiento informado	artículo 40
11)	Debido proceso, tutela judicial efectiva y especialización	artículo 50
12)	Derechos y deberes en el espacio urbano	artículo 47
13)	Educación	artículo 41
14)	Honra, intimidad y propia imagen	artículo 34
15)	Libertad de asociación y reunión	artículo 31
16)	Libertad de pensamiento, conciencia y religión	artículo 30
17)	Libertad expresión y comunicación	artículo 29
18)	Libertad personal y ambulatoria	artículo 49
19)	Medio ambiente	artículo 48
20)	NNA con necesidad de protección internacional de NNA	artículo 52

21)	Prevención y protección del embarazo, maternidad y paternidad menores de 18 años	artículo 45
22)	Protección contra la explotación económica, la explotación sexual comercial y el trabajo infantil	artículo 37
23)	Protección contra la violencia	artículo 36
24)	Protección reforzada y especializada de NNA vulnerados en sus derechos y adolescentes en conflicto con la ley	artículo 51
25)	Protección y defensa como consumidores y usuarios	artículo 53
26)	Publicidad	artículo 55
27)	Recreación, deporte y participación en la vida cultural y las artes	artículo 44
28)	Salud y servicios públicos	artículo 38
29)	Seguridad social	artículo 43
30)	Vida	artículo 24
31)	Vida privada y protección datos personales	artículo 33
32)	Vivir en familia	artículo 27
33)	Zonas y equipamientos recreativos	artículo 46

142

De entre tales derechos, ha de destacarse la regulación del derecho a la información sobre la salud y consentimiento informado (artículo 40); libertad de expresión y comunicación (artículo 29); educación (artículo 41); debido proceso (artículo 50); así como la inclusión de otros derechos menos difundidos, como los referidos a zonas y equipamientos recreativos (artículo 46), espacios urbanos (artículo 47), medio ambiente (artículo 48), protección y defensa de consumidores y usuarios (artículo 53), bienes, productos o servicios comercializados para el uso o el consumo de NNA (artículo 54), y publicidad (artículo 54).

En particular, el artículo 36, referido al derecho a la protección contra la violencia, leído conforme al principio de perspectiva de género del artículo 13 antes mencionado, proscribe como nunca antes lo hizo nuestra legislación, toda clase de maltrato contra NNA -incluida la violencia de género-, añadiendo que ella no puede justificarse por circunstancia alguna (inciso primero).

Este artículo, a su vez, determina que el deber de proteger al NNA frente a la violencia corresponde prioritariamente a los padres y/o madres, a sus representantes legales o a quienes los tengan a su cuidado (inciso tercero), imponiendo, enseguida, deberes a: los órganos de la Administración para la creación y el fomento de programas sobre los derechos sexuales y respeto a la diversidad (inciso quinto); el Comité Interministerial de Desarrollo Social, Familia y Niñez, para que establezca mecanismos de coordinación institucional eficientes y eficaces en materia de maltrato infantil, abuso sexual y toda forma de explotación, promoviendo el buen trato en todo ámbito (inciso cuarto), indicando también que el Plan de Acción de la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia, en cada uno de los niveles que corresponda, deberá establecer metas y medidas específicas para prevenir las diversas formas de violencia contra NNA (inciso sexto); a los establecimientos educacionales para que cuenten con protocolos para prevenir, sancionar y reparar las conductas constitutivas de cualquier tipo de acoso y violencia sexual, y con mecanismos de prevención, resolución y reparación de las distintas formas de bullying escolar (inciso penúltimo); y, en general, al Estado, para la adopción de las medidas conducentes a prevenir, investigar y sancionar civil, penal y/o administrativamente, según corresponda, toda forma de violencia en contra de NNA (inciso final).

Una particular forma de violencia es aquella respecto de la cual el artículo 37 protege a NNA: la explotación económica, la explotación sexual comercial y el trabajo infantil. Equiparándola expresamente a una "forma contemporánea de esclavitud", su inciso cuarto define la explotación sexual comercial infantil como la utilización de los NNA para la satisfacción sexual de y por adultos a cambio de remuneración en dinero o especies al NNA, o a terceras personas; estableciendo en su inciso final un elenco de aspectos a combatir por parte del Estado: 1. La tolerancia hacia la explotación sexual tanto por parte de la población nacional como extranjera; 2. La compra de sexo de NNA que realizan adultos en espacios públicos como parques, calles, playas o locales comerciales como clubes nocturnos, bares y hoteles; 3. Los intermediarios, negocios y redes organizadas de explotadores; 4. La producción de pornografía infantil; 5. El aumento del uso de Internet para la divulgación de pornografía infantil y la promoción del turismo sexual; 6. El tráfico de personas menores de edad con fines sexuales y comerciales; 7. La impunidad de explotadores sexuales nacionales y extranjeros; y 8. Cualquier otra forma en la que se manifieste la explotación sexual comercial infantil.

Otro de los atributos de la Ley de Garantías es que la creación de un sistema denota que las garantías establecidas deben interpretarse de manera armónica, en función del efectivo goce de los derechos del NNA, lo cual irradia a todas sus políticas, instituciones y normas. La Ley de Garantías habla de “conjunto de políticas”, lo que implica enlazar las de salud, vivienda, urbanismo, orden y seguridad pública, defensa nacional, telecomunicaciones, transporte, energías y relaciones internacionales, entre otras, con la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción (artículos 81 a 85), y verificar que estén acordes a los fines de la Ley de Garantías, esto es, la promoción y la protección del desarrollo de NNA (Henríquez, 2023, p.4).

En todo caso, antes de la entrada en vigor de su texto, el entonces proyecto de ley fue objeto de críticas. Desde luego, porque al presentarse en el Parlamento no disponía íntegramente los órganos de protección de derechos que conformaban el sistema de garantías, y porque la no derogación de la Ley de Menores 16.618, de 1967, parecía inaceptable. Son también cuestionables algunos aspectos de técnica legislativa, como la reiteración innecesaria de derechos y principios (Henríquez, 2023, p.93 y Estrada, 2022, p.21), y la redacción meta jurídica de algunas de sus normas (ejemplarmente, el artículo 11 inciso tercero, primera parte, sobre autonomía progresiva).

Estructuralmente, se han formulado objeciones relacionadas con el sistema que crea, pues confundiría los elementos del mismo con los medios (acciones) que dispone (Henríquez, 2023, p.93). Y, en relación con la efectividad de la Ley de Garantías, si bien se destaca que su espíritu se centre en las garantías, se critica el hecho de que su texto se remita más allá de lo adecuado (la reproduce siete veces) a la idea de que los esfuerzos por alcanzar los objetivos de la ley tienen como límite: “el máximo de los recursos de los que pueda disponer el Estado”. El propio artículo 1, al crear el sistema de garantías, expresa que “estará integrado por el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a respetar, promover y proteger el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social” de NNA, agregando el límite ya indicado. Si bien la frase en cuestión está tomada del artículo 4 de la CDN, la Ley de Garantías olvidó que el tenor de este artículo se restringe sólo a derechos económicos, sociales y culturales, sin abarcar los civiles y políticos.

Finalmente, cabe señalar que la Ley de Garantías presenta disposiciones que impactan el Derecho de la Persona y el Derecho de Familias, porque reforma ciertas instituciones directamente, como es la defensa técnica especializada de derechos de NNA a través de la figura del abogado del niño; hace necesarias adecuaciones legales, como las referidas a la protección administrativa y judicial de derechos de NNA, entre otras; y exige reinterpretar o readecuar un importante grupo de normas, como son las referidas a la categorías etarias civiles o a la protección especializada de derechos de NNA en casos de vulneración (Lathrop, 2024).

2. Los derechos de niños, niñas y adolescentes en la Ley 21.675

2.1. Aspectos generales

La Ley 21.675 se refiere en distintas ocasiones a los derechos de NNA. Entre otras, al abordar la prevención de la violencia de género; la atención, protección y reparación de las víctimas de violencia de género en el ámbito de la educación; cuando ha estimado necesario referirse a los “hijos o hijas de las víctimas de violencia de género”; y otras materias más específicas que mencionaré brevemente.

2.1.1. Medidas generales de prevención de la violencia de género

El artículo 9 de la ley establece que los órganos del Estado que adopten medidas generales de prevención de la violencia de género dispondrán, entre otras, de capacitaciones y campañas de difusión y sensibilización, las que “incluirán, al menos, los contenidos normativos existentes en materia de género y niñez, y se considerarán en la elaboración de los planes educacionales para contemplar una perspectiva de género”.

2.1.2. Educación

La Ley 21.675 regula con especial énfasis el ámbito de la educación. Así, al abordar las obligaciones especiales de prevención de la violencia de género en esta materia, área particularmente pertinente para NNA, el artículo 12 establece que el Ministerio de Educación promoverá los principios de igualdad de género y no discriminación, así como la prevención de la violencia de género, añadiendo su inciso segundo que “los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado deberán promover una educación no sexista y con igualdad de género y considerar en sus reglamentos internos y protocolos la promoción de la igualdad en dignidad y derechos y la prevención de la violencia de género en todas sus formas.”

En este sentido, el artículo 20, sobre las obligaciones especiales de atención, protección y reparación de las víctimas de violencia de género en el ámbito de la educación, establece que:

el Ministerio de Educación, en el ámbito de sus competencias, adoptará las medidas necesarias para que los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado, en todos sus niveles y modalidades, puedan detectar y responder oportunamente frente a hechos de violencia de género que afecten a la comunidad educativa, especialmente respecto de niños, niñas o adolescentes, para lo cual podrá actuar en cooperación con otras instituciones públicas y privadas competentes.

Añadiendo en su inciso cuarto que:

las familias, cuidadores, profesionales y asistentes de la educación, así como los equipos docentes y directivos de los establecimientos educacionales, deberán informar las situaciones de violencia de género que afecten a las mujeres, niños, niñas y adolescentes que forman parte de la comunidad educativa de las cuales tomen conocimiento, todo ello conforme al reglamento interno del establecimiento.

Más adelante, en su inciso sexto, al referirse a la denuncia efectuada en virtud de la letra e) del artículo 175 del Código Procesal Penal -esto es, la que están obligados a realizar los directores, inspectores y profesores de establecimientos educacionales de todo nivel, tratándose de delitos que afectaren a los alumnos o que hubieren tenido lugar en el establecimiento-, establece que tales personas obligadas a denunciar "deberán entregar a las víctimas información acerca de las instituciones dedicadas a la atención y protección ante casos de violencia de género".

Luego, en el inciso penúltimo, establece que "si se trata de víctimas que son niñas o adolescentes deberá darse cumplimiento al deber de información dispuesto en el inciso anterior cuando las circunstancias del caso así lo ameriten y se asegure la protección de la víctima", es decir, acerca de las instituciones dedicadas a la atención y protección ante casos de violencia de género, añadiendo que se procederá a derivarlas a los órganos competentes de conformidad con lo establecido en la Ley de Garantías y en la Ley 21.302 -Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y Modifica Normas Legales que Indica-, es decir, la OLN o el tribunal de familia².

Finalmente, el artículo 20 señala que el Ministerio de Educación deberá velar por la incorporación a un nuevo establecimiento escolar de las y los estudiantes que cambiaron de domicilio debido a hechos de violencia intrafamiliar constatados por un tribunal, sea que les afecten directamente o a las personas que tienen su cuidado, conforme a las normas establecidas para su proceso de admisión en establecimientos educacionales que reciben subvención a la educación gratuita o aportes del Estado.

- 2 El sistema de garantías busca superar la sobre-judicialización a través de un subsistema de protección administrativa, a cargo de las OLN, con competencia para dictar las medidas de protección señaladas en el inciso primero del artículo 68 de la Ley de Garantías. En todo caso, la Ley de Garantías advirtió expresamente que dicha protección administrativa no es excluyente de la protección judicial (artículo 57 N° 5) y enumeró las medidas de protección que son de exclusiva competencia de los tribunales de justicia en su artículo 68 inciso segundo: limitación o suspensión del derecho del NNA a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares o cuidadores; suspensión de su derecho a vivir con su familia; determinación de cuidados alternativos; término de la patria potestad; y adopción. Asimismo, estableció en su artículo 71 reglas de derivación entre el tribunal de familia y la OLN; el inciso primero de esta norma señala que tal tribunal derivará obligatoriamente a protección administrativa todos los casos que, en atención a los antecedentes que obren en su poder, no requieran de medidas judiciales para la oportuna y adecuada atención del NNA, mediante una resolución fundada, cualquiera sea el estado de la causa. A su vez, la derivación de los casos de riesgo, amenaza o vulneraciones de derechos desde la protección administrativa a la protección judicial es imprescindible en las siguientes situaciones: 1. Si la intervención con la familia en contexto de voluntariedad no sea posible conforme al diagnóstico previo realizado, requiriéndose la adopción de medidas de protección que afecten sustancialmente los derechos de los NNA y sus familias, que son de exclusiva competencia de los tribunales de familia, debiendo enviarse los antecedentes a los tribunales competentes, de oficio o a petición de parte. 2. Si la intervención en un caso de protección administrativa especializada se ve frustrada durante la etapa de implementación y seguimiento por la no adherencia al plan de intervención. 3. Si la intervención en un caso de protección administrativa universal se ve frustrada durante la etapa de implementación y seguimiento por incumplimiento grave o contravenciones reiteradas e injustificadas de las medidas adoptadas por la OLN por parte de los adultos a cargo de la protección y cuidado del NNA, y considerando de manera primordial el interés superior del NNA, se requiere continuar con el procedimiento de protección en sede judicial. 4. Cuando, además de las causas que dieron origen a la protección administrativa, aparezcan nuevos antecedentes de vulneración de derechos de igual o mayor entidad que los que dieron inicio a la intervención en contexto de protección administrativa y proceda lo establecido en los numerales 1 y 3. Cabe mencionar que los supuestos de intervención de la autoridad administrativa y de la autoridad judicial serán objeto del ejercicio adecuatorio legislativo que se espera tenga lugar durante la tramitación del proyecto de ley ingresado el día 15 de septiembre del año 2023 al Parlamento (Boletín 16.286-07). Este proyecto de ley presenta su última actividad (pidiendo informe a la Excmra. Corte Suprema) el día 25 de octubre de 2023, y se encuentra en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

2.1.3. Coordinación intersectorial

El artículo 17 de la Ley 21.675, referido a las obligaciones especiales de atención, protección y reparación a las víctimas de violencia de género del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, establece que este organismo, dentro de sus competencias y a través del Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género, implementará servicios de acompañamiento psicosocial para las víctimas de violencia de género; añadiendo que si con ocasión de sus funciones toma conocimiento de situaciones de violencia de género que “afecten a niñas o adolescentes, deberá realizar las debidas derivaciones a los órganos competentes” de conformidad con lo establecido en la Ley de Garantías y en la mencionada Ley 21.302, es decir, como indiqué más arriba, a la autoridad administrativa -OLN- o judicial -tribunal de familia-.

2.1.4. Plan Nacional de Acción contra la Violencia de Género

Entre los instrumentos que crea la Ley 21.675 se encuentra el Plan Nacional de Acción contra la Violencia de Género, el cual debe ser construido con perspectiva de infancia. Así lo establece el inciso tercero del artículo 25 de la ley, que ordena que en el diseño, implementación y evaluación de tal Plan se deberán cumplir los principios establecidos en el artículo 3³ e incorporar “el enfoque de género, de infancia, de derechos humanos y de interseccionalidad; y contemplar mecanismos de participación y rendición de cuentas”.

2.1.5. Divulgación de imágenes por servicios de televisión

La Ley 21.675 introduce una modificación a la Ley 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, añadiendo a su artículo primero, un inciso quinto nuevo, que indica que es parte del correcto funcionamiento de los servicios de televisión -a cargo del tal Consejo- la especial protección contra la divulgación de imágenes y situaciones que presenten a mujeres, niñas o grupos de mujeres o niñas de forma estereotipada o que, de cualquier manera, normalice situaciones de violencia de género.

Hasta antes de esta reforma, el artículo 1 referido entendía por correcto funcionamiento de los servicios de televisión el permanente respeto, entre otros valores, de la dignidad humana y su expresión en la igualdad de derechos y trato entre hombres y mujeres. Con esta modificación, la Ley 21.675 profundiza en una especial dimensión de esta igualdad de género, en coherencia con el reconocimiento expreso que efectúa de la violencia simbólica como forma de violencia de género, en su artículo 6 numeral 5, definiéndola como:

toda comunicación o difusión de mensajes, textos, sonidos o imágenes en cualquier medio de comunicación o plataforma, cuyo objeto sea naturalizar estereotipos que afecten su dignidad, justificar o naturalizar relaciones de subordinación, desigualdad o discriminación contra la mujer que le produzcan afectación o menoscabo.

3 Estos principios son: igualdad y no discriminación, debida diligencia, centralidad en las víctimas, autonomía de la mujer, universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad y prohibición de regresividad de los derechos humanos.

2.2. Violencia de género

Las siguientes modificaciones deben ser interpretadas y aplicadas conforme a uno de los objetivos de las medidas generales de atención, protección y reparación de las mujeres víctimas de violencia de género de la Ley 21.675, conforme a su artículo 16 numeral 6, esto es, el acceso a la justicia, al cual se dedica el Título III, acceso que redonda en dos grandes deberes: la debida diligencia y la no victimización secundaria por parte de quienes investigan y juzgan (artículo 30 de la ley).

2.2.1. Hijos e hijas de víctimas de violencia de género

Existen tres aspectos en que la Ley 21.675 se refiere a los hijos e hijas de víctimas de violencia de género: deber de diligencia y celeridad con que deben obrar los tribunales de familia, protección de la intimidad y obligación de reserva de datos personales, y mediación en contexto de suspensión condicional del procedimiento.

2.2.1.1. Primeras diligencias

En primer lugar, el artículo 31 inciso primero de la ley se refiere a las primeras diligencias a realizar ante denuncias por violencia de género, indicando que si se realizan en el tribunal de familia, “éste deberá adoptar las medidas pertinentes en el más breve plazo para la protección de la víctima, sus hijos o hijas y las personas que se encuentren bajo su cuidado, cuando así corresponda”.

2.2.1.2. Datos personales

En segundo lugar, el artículo 32, sobre derechos y garantías procedimentales de las víctimas de violencia de género, establece en su numeral 6, que ellas son titulares del derecho a “recibir protección para sus datos personales y los de sus hijos o hijas, respecto de terceros, y de su intimidad, honor y seguridad, para lo cual el tribunal o el órgano administrativo que conozca del respectivo procedimiento dispondrá las medidas que sean pertinentes, a petición de parte.”

En este mismo sentido, el artículo 34 de la Ley 21.675, referido a las medidas cautelares especiales frente a situaciones de riesgo inminente de padecer violencia de género, establece en su numeral 10, como una de esas medidas, el “decretar la reserva de la identidad de la denunciante, de sus hijos o hijas o de las personas que se encuentren bajo su cuidado, en caso de que proceda, y de los testigos.”

Cabe recordar que, en línea con lo anterior, el inciso final del artículo 33 de la Ley de Garantías establece que los funcionarios públicos, las organizaciones de la sociedad civil que se relacionen con la niñez y su personal, deberán guardar reserva y confidencialidad sobre los datos personales de los NNA a los que tengan acceso, a menos que su divulgación resulte indispensable para la protección de sus derechos y siempre que se tomen los resguardos necesarios para evitar un daño mayor.

Asimismo, los incisos cuarto y siguientes del artículo 34 de la Ley de Garantías prohíben la exhibición y divulgación de toda información que pueda estigmatizar a un NNA o afectar su imagen, honra o reputación, causarle menoscabo o dañar sus intereses, obligando a los funcionarios públicos, a las organizaciones de

la sociedad civil que se relacionen con la niñez y a su personal, a dar estricto apego a esta disposición, adoptando las medidas para proteger toda la información que pueda afectarles, especialmente la relativa a su participación en procedimientos judiciales o administrativos, agregando que las sanciones administrativas, civiles o penales establecidas en las leyes para las violaciones al derecho a la honra, intimidad e imagen de las personas se considerarán agravadas cuando el afectado sea un menor de edad.

2.2.1.3. Mediación en contexto de suspensión condicional del procedimiento

Finalmente, en materia de mediación en contexto de suspensión condicional del procedimiento, se requiere una explicación previa.

El artículo 96 de la Ley 19.968, Crea los Tribunales de Familia -en adelante, Ley de Tribunales de Familia-, establece que cuando existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el denunciado o demandado de violencia intrafamiliar no ejecutará actos similares a los denunciados o demandados en lo sucesivo, el juez podrá suspender condicionalmente la dictación de la sentencia, siempre y cuando se cumpla cualquiera de las siguientes condiciones:

- a) Que se hayan establecido y aceptado por las partes obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima.
- b) Que se haya adquirido por el demandado o denunciado, con el acuerdo de la víctima, el compromiso de observancia de una o más medidas cautelares que dicha ley establece por un lapso no inferior a seis meses ni superior a un año.

El mismo artículo 96 añade que, en este caso, y previo acuerdo de las partes, el juez podrá someter a mediación los aspectos a que se refiere la primera de estas condiciones, es decir, las obligaciones derivadas de las relaciones de familia y de las obligaciones reparatorias; tarea en la que el juez debe ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, asegurándose que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad. Entre esas relaciones de familia, a mi entender, están las de alimentos, cuidado personal, y relación directa y regular.

Es respecto de esta posibilidad de mediación que la Ley 21.675 realiza modificaciones. Así, introduce un inciso tercero nuevo al artículo 96 mencionado, excluyendo la posibilidad de mediar cuando la “violencia haya sido ejercida en contra de una persona con quien se tenga hijos o hijas, o haya tenido una relación de pareja con o sin convivencia”, confirmando un presupuesto esencial de este mecanismo autocompositivo, cual es exigir igualdad de condiciones de las partes involucradas.

Enseguida, el inciso continúa dando a entender que sobre tales materias no mediabiles deberán igualmente adoptarse medidas, las que “el tribunal deberá cautelar personalmente que (...) ofrezcan una satisfacción efectiva a la víctima, a sus hijos e hijas, u otros niños, niñas o adolescentes que tenga a su cuidado en caso de que corresponda, y resguarden su bienestar”.

2.3. Violencia de género de conocimiento de tribunales penales

149

La Ley 21.675 contiene normas específicas de protección reforzada de derechos de NNA para los casos de violencia de género de conocimiento de tribunales penales. Una primera norma se refiere a la suspensión condicional del procedimiento en que la víctima sea un NNA; la segunda se relaciona con la intimidad de la víctima de delito sexual menor de edad.

Así, en su Párrafo III, denominado precisamente “De la violencia de género de conocimiento de los tribunales penales”, la ley contempla el artículo 45, sobre la suspensión condicional del procedimiento. En los incisos penúltimo y último de esta disposición establece que la víctima y su representante legal siempre deberán ser notificados de la citación a la audiencia en que se discuta tal solicitud de suspensión, agregando que durante dicha audiencia, si la víctima o su representante legal se encuentran presentes, serán oídos por el tribunal y su opinión será debidamente considerada.

En este contexto, la Ley 21.675 establece que el tribunal:

deberá ofrecer a la víctima la posibilidad de emitir su opinión en audiencia reservada, cautelar su seguridad, evitar cualquier tipo de presión sobre ella por parte de la persona imputada, proporcionarle toda la información para que su decisión sea informada y, cuando se trate de un niño, niña o adolescente, atender debidamente a su interés superior.

Cabe señalar que la Ley de Garantías establece estándares aplicables en estos aspectos, en particular sobre derecho a ser oído (artículo 28), debido proceso (artículo 50) y deber de reserva y confidencialidad (artículo 64), que precisan aquello prescrito por el artículo 45 de la ley.

Enseguida, dentro del propio Párrafo III, el artículo 51, sobre “Reglas especiales para los casos de violencia sexual”, establece, en su numeral 3, que las mujeres víctimas de violencia sexual tienen derecho a que se reserve en todo momento su intimidad y privacidad, a que se mantenga respecto de terceros ajenos al procedimiento la confidencialidad sobre su nombre, residencia, domicilio, teléfono, lugar de trabajo o estudio, entre otros, incluyendo la de su familia y personas significativas; indicando luego que esta protección es irrenunciable para las víctimas menores de 18 años.

2.4. Deber especial de cautela ante riesgo inminente de sufrir maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar

Entre las modificaciones introducidas a la Ley 20.066, Establece Ley de Violencia Intrafamiliar -en adelante Ley de Violencia Intrafamiliar-, se encuentra la incorporación de un inciso final en su artículo 7, referido a la situación de riesgo inminente de sufrir maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar.

Tal inciso establece que el tribunal cautelará especialmente los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de un niño, niña o adolescente, de una persona mayor, o de una persona con discapacidad o que tenga una condición que la haga vulnerable.

150

En relación con el riesgo inminente referido, el artículo 34 de la Ley 21.675, en su numeral 12, establece que si la víctima es menor de 18 años, el tribunal con competencia en materias de familia, además de las medidas cautelares mencionadas en este artículo, podrá adoptar las indicadas en el artículo 71 de la Ley de Tribunales de Familia,⁴ si se verifican todos los requisitos y condiciones previstos en dicha norma. Agregando que si quien conoce de la causa es un juzgado de garantía, pondrá los antecedentes en conocimiento del tribunal de familia competente para los mismos efectos.

2.5. Delito de maltrato habitual

La Ley 21.675 introduce una circunstancia agravante del delito de maltrato habitual en el nuevo artículo 14 quáter de la Ley de Violencia Intrafamiliar, en los siguientes términos: "Se considerará circunstancia agravante del delito contemplado en el artículo 14 el que sea cometido en presencia de niñas, niños o adolescentes."

Las y los legisladores fueron conscientes del efecto pernicioso que acarrea en NNA el observar maltrato contra terceras personas -máxime si son figuras significativas afectivamente-, como, asimismo, de la existencia de la violencia vicaria a que me referiré a continuación.

De esta forma, reconociendo que la integridad psíquica de NNA, personas en etapa de desarrollo, es un bien jurídico superior a proteger, establecieron la mencionada agravante del delito de maltrato habitual. La evidencia indica que esta modificación debería tener repercusiones prácticas en nuestro país, pues se estima que una de cada cuatro personas menores de 5 años (176.000.000) vive con una madre que es víctima de violencia de pareja (UNICEF, 2017).

2.6. Violencia vicaria

Una de las principales novedades de la Ley 21.675 es la introducción de normas relacionadas con la denominada "violencia vicaria", lo que se advierte, particularmente, en la conceptualización de la violencia de género y en las reformas sobre cuidado personal y relación directa y regular con NNA que la Ley prevé.

4 Estas medidas son: "a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado; b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza; c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima; d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes; e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido; f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común; g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos; h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección." Es violencia de género cualquier acción u omisión que cause muerte, daño o sufrimiento

La violencia vicaria es aquella violencia contra la madre que se ejerce sobre las hijas e hijos con la intención de dañarla por interpósita persona (Vaccaro, 2021, pp.10-11). Como apunté anteriormente, se estima que una de cada cuatro personas menores de 5 años (176.000.000) vive con una madre que es víctima de violencia de pareja (UNICEF, 2017).

En el contexto nacional, el estudio sobre el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia usuarias del Poder Judicial, encargado por la Secretaría Técnica Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema, publicado el año 2020, indica que la normalización y descrédito frente a la violencia de género se agudizan si la mujer tiene hijos e hijas en común con el agresor, al conocerse materias como pensión de alimentos o relación directa y regular, puesto que las consejerías técnicas como la judicatura fortalecen el estereotipo de la “madre sacrificial”, en virtud del cual no puede anteponer sus intereses de mujer por sobre los de sus hijos y del padre de los mismos, pues corre el riesgo de ser evaluada como “mala madre”. Este efecto se produciría -según el estudio- por la separación tajante que existe en el conocimiento de las materias relacionadas con el interés superior del niño, por una parte, y las vinculadas con la violencia intrafamiliar, por otra, impidiendo un abordaje integral de la violencia de género (Poder Judicial, 2020, p.131). La Ley 21.675, entonces, intenta mejorar la aproximación a estos asuntos mediante las siguientes reformas.

2.6.1. Concepto

En primer término, el artículo 5 de la Ley 21.675, que define la violencia de género,⁵ establece, en su inciso segundo, que también será considerada como tal aquella ejercida contra niñas, niños y adolescentes, con el objeto de dañar a sus madres o cuidadoras, reconociendo así la existencia de la violencia vicaria. Este inciso añade que, en estos casos, las personas menores de 18 años de edad serán derivadas al órgano competente conforme a lo dispuesto en la Ley de Garantías.

Con respecto a la derivación ordenada por esta norma, reitero lo señalado anteriormente, en el sentido de que tal órgano puede ser la OLN o el tribunal de familia, según las reglas de conocimiento administrativo y judicial previstas en la Ley de Garantías.⁶

5 Es violencia de género cualquier acción u omisión que cause muerte, daño o sufrimiento a la mujer en razón de su género, donde quiera que ocurra, ya sea en el ámbito público o privado; o una amenaza de ello.

6 Ver nota número 2.

152

Ahora bien, en este punto cabe mencionar ciertas complejidades surgidas a poco andar de la entrada en vigencia de la Ley 21.675. Si la violencia vicaria, en los términos definidos por el inciso segundo del artículo 5 acá comentado, considera víctima tanto al NNA como a su madre o cuidadora, ambos sujetos son parte en el procedimiento, debiendo observarse respecto de ambos el derecho al debido proceso y, entre otras exigencias, asegurárseles la defensa judicial.

Pues bien, conforme a ciertas experiencias recogidas al desarrollar este trabajo, la existencia de esta violencia vicaria estaría dando paso a la apertura de una causa de violencia de género, por una parte, y a una causa proteccional, por otra; esta última destinada fundamentalmente a que el Servicio de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia efectúe el diagnóstico del NNA. Esta doble apertura importaría tanto duplicidad de audiencias como sobre carga en las respectivas defensas de las víctimas, observándose que el abogado del NNA debe asistir a las audiencias decretadas tanto en la causa de violencia como proteccional y que, en el caso de la mujer, ésta no siempre cuenta con un representante que concurra a la de naturaleza proteccional.

Este nudo debería solucionarse a la luz de los deberes de diligencia y de no revictimización establecidos en el artículo 30 de la Ley 21.675, con la debida articulación institucional, de manera que en un solo procedimiento -el gatillado con ocasión de la violencia vicaria- se conozca sobre los diagnósticos a realizar y se ordenen las audiencias tendientes a otorgar la protección de las víctimas.

2.6.2. Modificaciones sobre cuidado personal y relación directa y regular

En segundo lugar, en cuanto al cuidado personal y la relación directa y regular, se observan reformas tanto de carácter cautelar como de fondo, en los términos que desarrollo a continuación.

2.6.2.1. Medidas cautelares especiales

La Ley 21.675, al regular las medidas cautelares especiales frente a situaciones de riesgo inminente de padecer violencia de género, regula el impacto que tales medidas ocasionan en materia de cuidado personal y relación directa y regular de NNA.

Así, el artículo 34 de la ley establece que el tribunal competente, sin perjuicio de otras que estime pertinentes, podrá adoptar una o más de las medidas cautelares que enumera. Entre ellas se encuentra la del numeral 6, esto es, regular un régimen provisorio de cuidado personal de NNA así como el consiguiente régimen comunicacional entre los progenitores y sus hijos o hijas.

El artículo 34 se remite al artículo 225 del Código Civil, y precisa ciertas reglas de procedencia y establecimiento de tal medida cautelar:

- Debe dictarse cuando el cuidado personal del NNA no esté judicialmente regulado;
- Procede cuando se requiera en virtud de los antecedentes que fundan la solicitud de la medida cautelar;
- Procede siempre que favorezca la satisfacción del interés superior del NNA y su condición de víctima directa de la violencia ejercida contra su madre o cuidadora;
- Al determinarla, el NNA podrá ser oído en audiencia reservada si así lo solicita.

Enseguida, en su párrafo segundo, este mismo numeral 6 establece situaciones especiales de suspensión de la relación directa y regular. Así, señala que si el tribunal decreta alguna de las medidas dispuestas en los numerales 1, 3 y 4 en contra de quien no ejerce el cuidado personal del NNA -esto es, abandono del hogar, prohibición de acercamiento y prohibición o restricción de comunicaciones- se decretará también la suspensión de la relación directa y regular establecida.

En este punto, el numeral 6 se remite tanto al párrafo precedente, es decir, a lo establecido sobre el cuidado personal del NNA, como al inciso final del artículo 229 del Código Civil. Cabe recordar que esta última norma establece que la suspensión o restricción del régimen procede cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.

En todo caso, el numeral 6 permite al tribunal no suspender la relación directa y regular cuando existan antecedentes fundados para ello, caso en el cual se deberá resolver su procedencia en audiencia especial al efecto. Aunque pudiera parecer discutible, la disposición se ajusta al estándar de determinación del interés superior del NNA en el caso concreto, ponderación a la que no es ajena la situación en que se encuentra su madre o adulto responsable de la víctima, toda vez que los derechos del NNA son relativos y no aislados de los demás sujetos que le rodean.

En cuanto a esta modificación que he analizado, cabe realizar un comentario sobre ciertas tensiones que, al poco andar de la entrada en vigor de la Ley 21.675, se han producido, específicamente, sobre el tribunal competente para adoptar las medidas cautelares que el artículo 34 establece.

154

Este tribunal puede ser bien el que cuenta con competencia en lo penal como el que la tiene en materias de familia. Lo que se ha detectado, hasta el momento, es que el tribunal penal, en general, tiende a inhibirse de pronunciarse sobre medidas cuya adopción, en principio, es de conocimiento acostumbrado de los tribunales de familia -alimentos, cuidado personal, relación directa y regular-, sea remitiendo el asunto a estos últimos tribunales, o bien, instando a que sea la propia víctima quien inicie las acciones pertinentes en tal sede. A ello se suma la tardanza en la implementación de la interconexión entre tribunales de ambas competencias -penal y de familia- lo que impide contar con la información necesaria para practicar las notificaciones y, con ello, las audiencias de seguimiento.

Estos problemas deberían resolverse en aras del acceso a la justicia a que aludía al inicio de este apartado, pues el no contar con las herramientas adecuadas en sede penal para el abordaje de tales medidas cautelares no puede terminar sacrificando la debida diligencia y la no victimización secundarias ordenadas por la Ley 21.675.

Este es un punto que, por cierto, reabre el debate sobre la pertinencia de crear tribunales especializados en violencia de género, dotados de competencias más amplias para proteger integralmente, en una sola sede jurisdiccional, a la víctima y a su familia, así como de apoyos interdisciplinarios, como el consejo técnico, que faciliten efectivamente el acceso a la justicia.

2.6.2.2. Reglas sobre ponderación judicial para tribunales de familia

Por otro lado, dentro de las modificaciones que la Ley 21.675 introdujo a la Ley de Violencia Intrafamiliar, se encuentra el nuevo artículo 11 bis, que introduce una serie de reglas de ponderación judicial en materias de familia.

Esta disposición -que a mi juicio debió contemplarse en la Ley de Tribunales de Familia o en el propio Código Civil- establece que el tribunal de familia que deba resolver cualquier materia dentro del ámbito de su competencia, especialmente aquellas comprendidas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 8 de la Ley de Tribunales de Familia -esto es, cuidado personal, régimen comunicacional y patria potestad- otorgará la debida consideración al hecho de existir antecedentes de violencia intrafamiliar entre las partes involucradas o entre una de las partes involucradas y cualquiera de las personas señaladas en el artículo 5.⁷

Además, el artículo 11 bis nuevo, inciso segundo, de la Ley de Violencia Intrafamiliar, señala que en la determinación de la persona a quien se confiará el cuidado personal del NNA, se tomará en especial consideración el hecho de existir una o más condenas por actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito, así como por los siguientes delitos que, como se aprecia, son de muy distinta gravedad: a) maltrato habitual; b) no pago reiterado de pensión de alimentos; c) amenazas de atentado contra la persona y la

7 Estas personas son: 1. Cónyuge o conviviente civil. 2. Conviviente. 3. Pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia. 4. Padre o madre de un hijo o hija en común. 5. Pariente por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive de quien agrede.

propiedad; d) violación, estupro y delitos sexuales; e) explotación sexual comercial y material pornográfico de NNA; f) femicidio; g) lesiones corporales; y h) maltrato a menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad.

Por su parte, el siguiente inciso añade que si el tribunal otorga el cuidado provisorio o definitivo a una persona con los antecedentes precedentes, deberá fundar la resolución judicial en razones muy calificadas que la hagan procedente, las que deberán ser fundamentadas en la respectiva sentencia. De esta forma, la regla general es que el cuidado personal de NNA no puede concederse a personas que hayan cometido los actos y/o delitos apuntados.

En todo caso, como se aprecia, de forma similar a lo prescrito en el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 21.675 en sede de régimen comunicacional, la modificación introducida contempla una regla de salida que permite conceder el cuidado personal a quien cuente con tales antecedentes, siempre que ello resulte razonable una vez ponderadas las circunstancias específicas del caso.

Luego, el mismo inciso, reiterando algunas de las directrices contenidas en el Código Civil, establece que para determinar dicho régimen -se entiende que se refiere a la atribución del cuidado personal-, el tribunal deberá escuchar y tener en consideración la opinión del NNA, atender a su edad y madurez, al principio de autonomía progresiva, y velar por la protección de su seguridad e interés superior, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Garantías, para lo cual citará a una audiencia especial al efecto si fuera necesario. La referencia a la Ley de Garantías debería entenderse circunscrita a sus artículos 7, 11, 28 y 50 -sobre interés superior, autonomía progresiva, derecho a ser oído y debido proceso-.

Por otro lado, el nuevo artículo 11 bis de la Ley de Violencia Intrafamiliar establece que cuando quien denuncia por hechos constitutivos de violencia sea quien ejerce el cuidado personal del o los hijos o hijas comunes y la persona denunciada sea el otro parente o madre y haya sido objeto de la medida cautelar de prohibición de acercamiento respecto de la primera, la fijación de un régimen comunicacional con el progenitor denunciado por estos hechos sólo podrá regularse por medio del ejercicio de una acción contenciosa,⁸ sin que sea posible su regulación por la vía proteccional. Este mandato obliga al tribunal de familia a entrar en el fondo de la cuestión debatida, bajo una estructura de procedimiento ordinario.

8 Esta ley sigue un camino similar al del legislador español, que no suprime el régimen comunicacional en estos casos, abriendo la posibilidad de mantenerlo mediante resolución motivada en el interés superior. Así, tras la reforma introducida por la Ley 8/2021 de 2 de junio de 2021, el artículo 94 del Código Civil español establece: "No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior.

Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad."

156

Finalmente, la norma mencionada se detiene en la regulación de este procedimiento contencioso, ordenando que el tribunal tomará en especial consideración el hecho de que quien la demande haya sido condenado por actos de violencia intrafamiliar que no constituyen delito y por los delitos antes mencionados, agregando que el tribunal deberá escuchar y tener en consideración la opinión del NNA en audiencia especial citada al efecto si así corresponde en atención a su edad y madurez y al principio de autonomía progresiva; para concluir reiterando que la opinión del NNA tendrá que ser considerada expresamente en la resolución del tribunal y éste deberá velar por la protección de su seguridad e interés superior, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Garantías. Nuevamente, esta última referencia debe entenderse, en lo modular, al artículo 7 de la Ley de Garantías, sobre interés superior; mientras que en lo que respecta al derecho a ser oído y a la autonomía progresiva, la concordancia debería hacerse con sus artículos 28 y 11, respectivamente.

2.7. Conclusiones

La interpretación y aplicación de las normas contenidas en las Leyes 21.675 y 21.430 se encuentran positivamente potenciadas por dos elementos.

En primer lugar, el carácter integral que ambas presentan, que permite irradiar sus principios y reglas a todo el ordenamiento jurídico, impactando sea normativa como institucionalmente una serie de procesos y, muy importantemente, la promoción de derechos y la prevención de vulneraciones.

En segundo lugar, la intersección de ambos cuerpos legales robustece tanto el enfoque de género como el enfoque de infancia, con lo cual se espera exista una vinculación virtuosa en términos de medidas y de políticas públicas destinadas a eliminar la violencia contra niñas y adolescentes.

Por otro lado, en términos más específicos, es de esperar que en lo referido a la violencia de género contra niñas y adolescentes, la Ley 21.675, a la luz de la protección reforzada de derechos que mandata la Ley de Garantías, permita instalar un cambio de abordaje en el sistema de justicia frente a actos tipificados por el ordenamiento como “violencia intrafamiliar”.

En efecto, como es sabido, en el ámbito de la violencia -de cualquier índole- ejercida contra NNA, existen tres cuerpos legales dirigidos a reprimirla: el Código Penal, la Ley de Violencia Intrafamiliar y el Código Civil. Respecto de la segunda de tales normativas, el informe de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, del año 2018, dirigido a evaluar la aplicación de la Ley 20.066 a catorce años de su implementación, arrojó que la violencia intrafamiliar cometida contra NNA ha tendido a ser abordada judicialmente con un enfoque proteccional, es decir, encaminado a la adopción de medidas de protección asociadas a la vulneración de derechos (DESC, 2018, p.36), apartándose con ello tanto del fenómeno de la violencia sufrida -que no es siempre equiparable a una vulneración o amenaza grave de derechos-, como del enfoque integral, tanto de género como de infancia, con que debe aplacarse.

Cabe recordar que el Protocolo de Acceso a la Justicia de Niños, Niñas y Adolescentes establece que se debe: juzgar con perspectiva de infancia, reconociendo las particularidades que caracterizan a los NNA, a fin de que puedan ejercer plenamente sus derechos. En términos prácticos, esto supone que debe velarse por un trato diferenciado y especializado en el proceso, en toda apreciación de riesgo y medida de protección, y en general, en la valoración de todo asunto que afecta a la infancia (número 4 letra a).

Referencias

- Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2018). Análisis de la Ley de Violencia Intrafamiliar a 14 años de su implementación. Disponible en el siguiente enlace: <https://direccondeestudios.pjud.cl/articulo-analisis-de-la-ley-de-violencia-intrafamiliar-a-14-anos-de-su-implementacion>
- Cepal. Observatorio de Igualdad de Género (2024). Disponible en el siguiente enlace: <https://oig.cepal.org/es/leyes/leyes-de-violencia>
- Estrada Vásquez, F. (2022). Apuntes respecto de la Ley N° 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Disponible en el siguiente enlace: https://www.afunpro.cl/sites/default/files/202205/ESTRADA_2022_Apuntes_Ley_N_%2021.430.pdf
- Henríquez Galindo, S. (2023). Ley de Garantías y Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia en Chile. Análisis crítico de la Ley N° 21.430. Ediciones Der.
- Lathrop Gómez, F. (2024). El nuevo régimen legal de garantías y protección integral de derechos de la niñez y adolescencia: su impacto en el Derecho de la Persona y de Familia. VIII Jornadas Nacionales de Derecho de Familia. Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. 12, 13 y 14 de junio de 2024.
- Poder Judicial (2020). Acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia usuarias del Poder Judicial. Disponible en el siguiente enlace: https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/estudios/accesojvcml/InformeFinal_Acceso%20a%20la%20justicia%20v%C3%ADctimas%20VCM.pdf
- Vaccaro, S. (2021). Violencia Vicaria: Un Golpe Irreversible Contra Las Madres. Junta de Andalucía. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.observatoriodelainfancia.es/olia/esp/descargar.aspx?id=7853&tipo=documento>
- UNICEF (2017). Una situación habitual. Violencia en la vida de los niños y los adolescentes. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.unicef.org/dominicanrepublic/media/1636/file/Publicaci%C3%B3n%20%7C%20Una%20Situaci%C3%B3n%20Habitual.pdf>



SECRETARÍA TÉCNICA
IGUALDAD DE GÉNERO
NO DISCRIMINACIÓN



secretariadegenero.pjud.cl