

ACOSO SEXUAL: UNA AMPLIA GAMA DE ILICITUD Y LA CORRECTA VÍA DE LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

SEXUAL HARASSMENT: A WIDE ARRAY OF UNLAW BEHAVIOR AND THE RIGHT
WAY OF FUNDAMENTAL RIGHTS PROTECTION

DANIELA MARZI MUÑOZ*

RESUMEN: El comentario busca resaltar la aplicación de la perspectiva de género en el razonamiento del sentenciador, en un caso que abarcó acoso sexual, por razón de sexo y discriminación por orientación sexual. En específico, el planteamiento realizado del acoso como un problema propio del cuerpo de la trabajadora, que agudiza y particulariza su subordinación, la valoración del silencio como respuesta y el enmarque general del problema dentro de un sistema discriminatorio de la mujer. Además, se sostiene la idoneidad de la acción de tutela de derechos fundamentales para conocer de estos ilícitos, no solo por la prueba indiciaria, sino por su énfasis en los resultados lesivos de derechos fundamentales. De esta forma, permitiendo abarcar diversos ilícitos, como en este caso, ya que las conductas vulneratorias pueden asumir las más diversas formas —que pueden o no calzar con la definición de distintos ilícitos—, pero que tienen en común el producir un resultado lesivo de derechos fundamentales.

ABSTRACT: The comment seeks to highlight the application of the gender perspective in the judge's reasoning, in a case that embodied sexual harassment, on the basis of sex and discrimination by sexual orientation. In specific, the question is raised of harassment as a problem of the female worker's own body, that acute and particularizes her subordination, the value of silence as a response and the general framework of the issue within a discriminatory system of women. Thus, it is upheld that the adequacy of the action for the protection of fundamental rights to process these illegalities, not only by indicia proofs, but by its emphasis in the harmful results for fundamental rights. In such way, allowing to encompass different illegalities, like in this case, because vulnerary behaviours may assume the most

* Universidad de Valparaíso. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Magíster en Derecho del Trabajo por la Universidad de Bolonia. Profesora de Derecho del Trabajo y Encargada de la Unidad de Igualdad y Diversidad de la Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: daniela.marzi@uv.cl.

diverse shapes—that may or may not fit with the definition of distinct illegalities—, but that have in common the producing a harmful result of fundamental rights.

PALABRAS CLAVE: Acoso, feminismo, perspectiva de género, tutela de derechos fundamentales.

KEYWORDS: Harassment, feminism, gender perspective, protection of fundamental rights.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado diez años desde la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral cuyo proceso gradual de instalación partiera el 31 de octubre de 2008, en Atacama y Magallanes¹. Con ella se satisfizo una de las demandas más urgentes de la doctrina nacional, orientada a exigir la incorporación de una acción que tuviese las características necesarias para garantizar los derechos fundamentales en el ámbito del trabajo. Con el tiempo transcurrido, se puede y es útil hacer los primeros balances sobre su desempeño y la efectiva contribución a hacer efectivos estos derechos en el sistema jurídico laboral chileno, y la sentencia que me corresponde comentar² servirá como primer elemento para sostener una apreciación general: que la acción de tutela ha sido una decisión legislativa exitosa porque es una herramienta con enorme potencial para el sentenciador o sentenciadora que tenga interés en aprovecharlo.

El caso en cuestión, constituido por las diversas formas de persecución de un jefe a una trabajadora que se volvió su objeto de deseo, redobla el interés en la sentencia, pues contiene una clase sobre lo que el acoso sexual es, en sus diversas manifestaciones, pero al mismo tiempo, en lo que nuclearmente lo constituye: la cosificación del otro y, en la mayoría de los casos, de “la otra”, cuestiones que el juez aborda con la belleza que la claridad y la profundidad reflectan cuando vienen juntas.

Finalmente, debe consignarse que la sentencia está a la altura de su tiempo, ya que el año 2018 ha estado marcado por la revolución feminista,

¹ Articulada en las Leyes N° 20.022, que crea los Tribunales de Cobranza Laboral y Previsional; N° 20.023, sobre normas para la cobranza previsional de cotizaciones, aportes y multas de las Instituciones de Seguridad Social, ambas de 2005, y la N° 20.087, que modifica el procedimiento de juicio del trabajo, del año 2006.

² *Wells con Comunidad Hospital del Profesor.*

y es desde la vinculación entre feminismo y trabajo que iniciaremos estas reflexiones.

II. APUNTES SOBRE FEMINISMO Y TRABAJO

El feminismo es una teoría crítica contra la opresión masculina que, como solo las mejores teorías, existe y sirve para movilizar la acción³. Julieta KIRKWOOD lo expresaba, en cita a José NUN, al afirmar que “el feminismo es por excelencia la ‘rebelión del coro’, esto es, que hablan los *condenados*, los negros, las mujeres, los niños, los viejos. Los que no tenían derecho a expresarse como tales se han tomado la palabra y la usan en sus términos. Las mujeres pasan la cuenta al teórico, al ‘tribuno’ de la plebe, por su ropa sucia, por la crianza de los hijos, por todo un trabajo que no tiene nombre, por su explotación: las mujeres hablan de *libertad e igualdad*”⁴.

El feminismo tiene pioneras en el siglo XVIII, las más conocidas entre ellas: OLYMPE DE GOUGES, autora de la *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*, y Mary WOLLSTONCRAFT, autora de la primera obra política feminista *Vindicación de los derechos de la mujer*, ambas de 1791. Se va consolidando ideológicamente en los siglos XIX y XX, a la par que consigue triunfos políticos como el derecho a voto. Se despliega en dos brazos principales: el liberal y el socialista; pero lo que es imprescindible entender es que “el movimiento de liberación de la mujer no es un movimiento ideológico único, más bien es una suma de corrientes ideológicas, que, a las tradicionales grandes tendencias del feminismo liberal y del feminismo socialista, sometidas constantemente a nuevas reelaboraciones, aún suma otras dos grandes tendencias más en orden a buscar una solución: el feminismo de la

³ Esta idea es sostenida en 1906, a propósito del marxismo, por Rosa Luxemburgo, al decir que lo que más importa de este y lo central que contiene es, “sin embargo, dos elementos esenciales: el elemento del análisis, de la crítica, y el elemento de la voluntad activa de la clase obrera como factor revolucionario. Y quien adopta solamente el análisis, la crítica, no representa el marxismo, sino una miserable parodia de esta doctrina”. LUXEMBURGO (1967): “Discurso al congreso del POSDR”, en BASSO, Lelio (coord.), *Scritti Politici* (Roma, Editori Riuniti), p. 386. En 1967, esta forma de entender el pensamiento crítico, que en realidad es la forma del ejercicio intelectual de Luxemburgo, es rescatada por Hanna ARENDT en la semblanza que hace sobre la economista política polaca en *Hombres en tiempos de oscuridad* (Gedisa, Barcelona), 2001.

⁴ KIRKWOOD, Julieta (2017): *Feminarios* (Viña del Mar, Asociación Communes), p. 58.

diferencia –o cultural–, que defiende la necesidad de desarrollar una cultura femenina diferencial que, sin integrarse en el sistema, este debe respetar, y el feminismo de la igualdad –o radical–, que defiende la necesidad de reforma del sistema desde la perspectiva de género para integrar a las mujeres en iguales condiciones a los hombres”⁵. Es el feminismo de la igualdad el que se posa sobre el mundo del trabajo y comienza a reescribirlo.

Es en ese espacio que surge la cuestión de determinar qué nexo indisoluble se puede establecer entre trabajo capitalista y feminismo. Y ese vínculo está sintetizado en lo que Nancy FRASER identificó como el particular desvalor que el capitalismo asignó a la dependencia femenina: “desde su uso preindustrial, en el que las mujeres, aunque subordinadas, compartían una condición de dependencia con muchos hombres”, por lo que “la dependencia era, por lo tanto, una condición normal, no atípica, y una relación social, no un rasgo individual. No comportaba, por consiguiente, ningún oprobio moral. Ni los diccionarios ingleses ni los estadounidenses recogen usos peyorativos del término antes de comienzos del siglo XX. Algunas de las principales definiciones preindustriales eran de hecho extremadamente positivas, dando a entender confianza, fiarse de alguien, contar con alguien, los predecesores del actual dependable [fiable]. No obstante, *dependency* sí significaba inferioridad de categoría e incapacidad jurídica, formar parte de una unidad encabezada por otra que tenía capacidad jurídica. En un mundo de jerarquías de estatus dominadas por los grandes terratenientes y sus sirvientes, todos los miembros de una familia que no fuesen su “cabeza” eran servidores, al igual que los campesinos libres o serviles de una propiedad. Estaban, como indica Peter LASLETT, “atrapados, por así decirlo, ‘subsumidos’ [...] en la personalidad de sus padres y amos”, lo que cambió con la división del trabajo productivo/masculino y reproductivo/femenino, emplazándose el valor social y la promesa de ciudadanía en el primer binomio,

⁵ LOUSADA (2014): *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 56. A ello se suma, en los noventa, una nueva corriente, que funda su crítica en la “falta de universalidad del ‘woman’s lib, al construirse sobre el modelo de mujer blanca heterosexual de clase media [lo que] ha llevado a la ‘third-wave’, o tercera ola, que destaca la existencia de múltiples modelos de feminidad, según la condición social, raza, religión u orientación sexual. El feminismo posmoderno ha cuestionado la existencia de roles sexuales naturales –incluso la heterosexual– un producto sociocultural –teoría queer–”, a los que suman tendencias recientes como el ecofeminismo o ciberfeminismo. LOUSADA (2014), pp. 56 y 57.

lo que constituyó “un uso moderno e industrial de supremacía masculina que construyó un sentido específicamente femenino de la dependencia”⁶.

Sin embargo, esto ya es historia, pues la oferta de trabajo general ha pasado a ser acorde con el modelo femenino, esto es, el de la precariedad y sin promesa de ciudadanía. En términos de pensamiento se ha entendido que el trabajo, llamado reproductivo, no es el del eterno retorno o la mera repetición de actos del ámbito doméstico, sino el trabajo –término central– que sostiene la vida. Esta idea cambia a tal punto el eje del problema que, para la economía feminista, en definitiva el foco no está en el mayor provecho de la empresa y la paz social que implica que las personas cuenten con un trabajo. Los argumentos deben ser otros: “Rebelarnos contra la precariedad en la vida y no la precariedad laboral. Apostar por la reducción de jornada no porque podamos *producir* lo mismo en menos horas, sino porque los trabajos no mercantiles imprescindibles para la vida (y la vida misma), no nos dejan más tiempo para el trabajo de mercado. Que el fetiche revolucionario deje de ser el obrero fabril que defiende el pan de su familia y pase a ser la empleada de hogar que quiere tener una vida autónoma”⁷.

En su más fina expresión filosófica, el derrumbe del mito –masculino– del pacto social como encuentro entre seres libres, autónomos y erectos, sino de personas vulnerables que sobreviven porque están inclinadas unas hacia las otras, esto es, dependen entre sí⁸, representación en que la mujer siempre ha sido el ícono, al ser para algunos “presa” de sus pasiones e inclinaciones.

III. LA TRANSVERSALIZACIÓN DE GÉNERO:

INSTRUMENTO ANALÍTICO DE LA TEORÍA FEMINISTA DEL DERECHO Y DE ACTUACIÓN POLÍTICA DEL FEMINISMO DE ESTADO

El pensamiento crítico, al dirigirse hacia el Derecho del Trabajo, sostiene que este es un traje hecho a la medida del hombre. Pero este traje es, en

⁶ FRASER (2015): *Fortunas del feminismo. Genealogía del término dependencia. Seguimiento de una palabra clave en el estado de bienestar estadounidense* (Madrid, Traficantes de Sueños), pp. 109-138.

⁷ PÉREZ, Amaia (2014): *Subversión feminista de la economía. Aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida* (Madrid, Traficantes de Sueños), pp. 260 y ss.

⁸ CAVARERO (2013): *Inclinazioni. Critica della rettitudine* (Milán, Raffaello Cortina Editor), pp. 23 y ss. Este punto es particularmente desarrollado por la autora a propósito de Kant en términos tanto biográficos como de su obra.

realidad, un sistema. Sobre tal premisa logra “verificar la existencia de una discriminación sistémica, institucional o difusa en las relaciones jurídicas, no detectable y/o corregible según las leyes de igualdad basadas en la idea de comparación, porque la extensión a las mujeres de derechos pensados para los hombres conduce a nuevas desigualdades –por ejemplo, se les permite trabajar, pero el derecho del trabajo, construido para los hombres, las sitúa en desventaja–, y porque no es posible conceder a las mujeres –si no es aparentando conceder privilegios– derechos ausentes en un modelo masculino –por ejemplo, se concibe la maternidad como una situación excepcional necesitada de protección, no un verdadero derecho–”⁹.

A este problema responde el *mainstreaming* o transversalización de género, que significa un cambio en el modo de ver la cuestión de la desigualdad entre hombres y mujeres, pues es una categoría de análisis de mayor alcance. Cuestiona “el modelo de referencia para erradicar la situación de subordinación de la mujer”¹⁰.

Como lo expresó el Consejo de Europa en su Recomendación de 1998, implica la organización, la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos de modo que la perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por todos los actores involucrados en la adopción de medidas políticas.

Esta herramienta es más que la creación de órganos especiales cuyo fin sea la igualdad de género como un problema determinado, porque lo que interesa es que la perspectiva de género alcance a toda decisión estatal. En este sentido, Chile acaba de adoptar el lineamiento recién descrito, porque si bien crea un órgano especial como es el Ministerio de la Mujer y de la Equidad de Género mediante la Ley N° 20.820 (Ministerio de Desarrollo Social, 2015), este nace precisamente con el mandato de incorporar la perspectiva de género en cada decisión que adopte el Estado¹¹.

Una política legislativa contra el acoso sexual y figuras afines, que pueden reunirse en torno la figura de la violencia sexual contra la mujer, forma parte de “la integración de manera activa de la dimensión de género en la elabo-

⁹ LOUSADA (2014), p. 63.

¹⁰ LOUSADA (2014), pp. 62 y 63.

¹¹ MARZI (2018): “Mujer, trabajo y reforma al Derecho Sindical. Una confluencia necesaria”, en *El Estado y las mujeres. El complejo camino hacia una necesaria transformación de las Instituciones*, Santiago, RIL, pp. 73-109.

ración y en la aplicación de las normas jurídicas y de las políticas públicas, incorporando elementos tendentes a la equiparación real de ambos sexos a través del empoderamiento de las mujeres y evitando elementos donde se perpetúe la subordinación a los hombres a través de estereotipos de dominación de un sexo sobre el otro. Fruto de ello ha sido el reconocimiento de derechos –como la protección contra la violencia de género, derechos de maternidad, conciliación corresponsable o democracia paritaria, difícil sino imposible de justificar aplicando el concepto tradicional de la igualdad y no discriminación, basado en la comparación¹².

Las relaciones de trabajo, y la asimetría de poder que lo estructura, son un árbol frondoso para la práctica de violencia sexual contra la mujer. Por esto revisaremos un conjunto de descripciones de diversos ilícitos aplicables al caso, solo para demostrar que existen muchos ilícitos posibles y pueden presentarse varios a la vez, pero que, por lo mismo, su conducción por la vía de la acción de tutela es la más acertada –porque nos salva del problema de que cada definición entraña limitación–, tal como correctamente se realiza en la sentencia en comentario.

IV. UNA HISTORIA DE PERSECUCIÓN DURANTE TODO EL ÍTER CONTRACTUAL. UNA AMPLIA GAMA DE ILICITUD

Desde que la trabajadora demandante fue contratada como “médico residente” por el hospital, padeció el acoso de su jefe. Ocurrió en la entrevista de trabajo, cuando éste le comenta que se “ve muy segura y muy bonita”, inquiriendo sobre su vida personal; por ejemplo, preguntando si tenía “pololo” porque él era celoso, y que sabía que “otros médicos la tenían en la mira”, todos aspectos carentes de conexión con el puesto de trabajo. Fue seleccionada y contratada por un primer período de tres meses.

Durante la relación laboral siguió recibiendo comentarios sobre su cuerpo de parte de su jefe, sugerencias de que ocupara determinada ropa para que todos pudieran recrear la vista, ofertas de sentarse en sus piernas si faltaban sillas en una cena de camaradería o de ayuda para cambiarse la ropa

¹² LOUSADA (2014), p. 63.

en el turno. Recibió nuevas preguntas sobre su vida privada: qué pensaba de la fidelidad o de innovar con un hombre mayor y adinerado.

Al mismo tiempo, la doctora participaba de un WhatsApp de médicos en que se expresaban opiniones groseras y de alto contenido sexual sobre las mujeres y sobre su menor valía profesional.

Con esto, ya tenemos conductas que se adecuan al menos a dos definiciones doctrinales: hostigamiento por atención sexual indeseada y el acoso por ambiente sexista. El hostigamiento por tensión sexual indeseada es en algún sentido una especificación pedagógica respecto al espectro de conductas alcanzadas por el acoso sexual. Tal como lo regula el Código del Trabajo chileno y que corresponde a una primera expresión de lo que es el acoso, tenemos que en su artículo 2 lo describe como realizar, “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”. Con la inclusión del hostigamiento por atención sexual indeseada, lo que se intenta es que no se entiendan sin cobertura conductas de evidente connotación sexual pero que no son exactamente una solicitud de sexo. Así, este ilícito se ha explicado por medio de un catálogo de conductas como: intentar que personas participen de conversaciones de contenido sexual, realizar comentarios sexuales, especial amabilidad, miradas reiteradas y observar clandestinamente.

El acoso u hostigamiento por ambiente sexista corresponde a la creación de un ambiente laboral intimidatorio, hostil o humillante, basado en estereotipos o prejuicios asociados al sexo, género, orientación o identidad sexual. En este caso, las comunicaciones del WhatsApp corresponden a expresiones fundadas en el desprecio al sexo femenino y en el estereotipo asociado al género de la mujer como objeto de satisfacción sexual para el hombre o de inferioridad respecto de este.

Pero en forma paralela, en el entorno laboral de la demandante se empezó a presentar la sospecha de que ella tenía una orientación sexual homosexual, lo que trajo nuevos tipos de persecuciones, y condujo a una denuncia interna ante su jefe, por parte de la doctora contra algunos compañeros de trabajo, que no arrojó resultados. Una vez que ella publica en Facebook la foto de su Acuerdo de Unión Civil, su jefe cambió de trato: no le asignaba turnos y prácticamente no se dirigía a ella, hasta llegar al acto del despido.

Estas conductas constituyen ilícitos adicionales, como la discriminación sexista directa, en que se produce, en razón de alguno de estos crite-

rios prohibidos, un trato menos favorable que otra persona en situación comparable.

El elemento comparativo ha sido seriamente criticado, ya que este “sujeto comparable” es una abstracción que bien puede no existir. Piénsese en casos de discriminación salarial en que no haya hombres dentro de la categoría. Es por ello que el Derecho anglosajón creó la cláusula “but for”, que es intercambiar a quien denuncia por un hombre. Siguiendo al profesor LOUSADA, tenemos que esta “se ha incorporado a la definición comunitaria e interna de discriminación directa y conduce a calificar como tal a los tratos desfavorables vinculados al embarazo y a la maternidad –artículo 2.2. c) de la Directiva 2006/54/CE y artículo 8 de la LOIEMH (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres)–. Pero la cláusula ‘but for’ constituye, más que un test de comparación, un test de sustitución consistente en cambiar, en una situación dada, a una mujer embarazada por un hombre –que no estaría embarazado–, y verificar si se alteran –o no– las consecuencias jurídicas”¹³. Y es que en realidad, si fuese un hombre o, más bien, el modelo abstracto de su estereotipo de género masculino, simplemente no estaría en la situación.

Pero no es el único defecto de la exigencia del juicio comparativo, pues “otra disfunción derivada del elemento comparativo se produce con la violencia de género, cuya calificación como discriminación sexista no surge de una comparación en sentido estricto, sino de la constatación de que es consecuencia de una discriminación sistémica, institucional o difusa”¹⁴.

Por todo esto, la discriminación sexista ha sido reformulada como la situación de subordinación de una persona respecto de otra a causa de los prejuicios asociados al sexo, género, orientación o identidad sexual, y en esta forma funciona en relación de género a especie con los otros ilícitos afines. El “destrato” que comenzó a recibir la demandante puede ser reconducido al acoso sexista y al acoso u hostigamiento por ambiente sexista, cuyo elemento diferencial se ha explicado: en el primer caso, las conductas se dirigen a una víctima determinada y, en el otro, son conductas que no van a un acosado en particular, pero producen el efecto de menoscabar el ambiente de trabajo.

¹³ LOUSADA (2014), p. 159.

¹⁴ Ídem.

Ejemplos paradigmáticos: los chistes sexistas u homófobos o exhibición de material pornográfico en lugares visibles.

Sin embargo, existen otras categorizaciones. El debate español en este punto es relevante, ya que, debido a la tipificación del Código Penal del acoso como delito, hubo de ajustarse la definición aplicable en sede laboral, que era del estilo de la contenida en nuestro Código del Trabajo, esto es, centrada en el “no consentimiento”¹⁵. La Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en su artículo 2.1. c) explica el acoso sexual como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Una vez que el Código Penal incorpora el delito de acoso sexual, tipificado como “Art. 184.1: El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses”. Al no exigir el “no consentimiento”, se constituyó como una norma de avanzada, ya que el sentenciador debería centrar su análisis en el efecto que esta “solicitud de favor sexual” produciría en el ambiente en que debía desempeñarse la víctima, en que es destacable la incorporación del trabajo autónomo o subordinado, y espacios académicos, funcionando como agravante, valerse de una jerarquía laboral, jerárquica o docente.

Esto condujo a que en 2007, la Ley 3/2007, ya citada, definiera el acoso sexual prescindiendo del “requerimiento sexual” y del carácter no deseado. El artículo 7.1 regula: “Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento,

¹⁵ Artículo 2 inciso segundo del Código del Trabajo: “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. A su vez, el artículo 7.2 define el acoso por razón de sexo 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”.

En ambos ilícitos podemos observar que es el resultado lesivo, vale decir: el atentado a la dignidad y la generación de un ambiente intimidatorio, degradante y ofensivo, lo que los configura como vulneración a bienes constitucionales.

Es por esta razón, analizar el resultado lesivo, sumada al no cercar en una definición/limitación las diversas versiones del acoso, que la acción de tutela de derechos fundamentales fue el mejor derrotero posible en Chile para garantizar estos derechos que se vulneran inexorablemente con el acoso sexual: en primer lugar, integridad psíquica y física, no discriminación, intimidad, honra, entre otros. Se ha explicado que la “conducta lesiva de derechos fundamentales del trabajador es por parte del empleador polimórfica, pudiendo adoptar cualquier forma y contenido, pero con efecto o consecuencia específica: restringir desproporcionadamente algunos de los derechos fundamentales protegidos del trabajador. De este modo, el centro del ilícito en esta materia deja de ser la realización de una específica conducta prevista por la ley —una tipificación al modo tradicional—, sino la producción o la pretensión de producción de un estado de cosas que restrinja o afecte un derecho fundamental de un trabajador”¹⁶. Además, no se encuentra amparada por ninguna facultad del empleador, lo que excluye el juicio de ponderación, como ocurrió en esta sentencia. Esto ha sido explicado: “Si la conducta empresarial es ilegal o no dice relación con un facultad soportada por un derecho fundamental que se oponga a la privacidad, no hay colisión alguna que resolver, sino lisa y llanamente una vulneración. En ese sentido, la conducta empresarial de acoso laboral o sexual, que implica una afectación de la privacidad del trabajador, o la pretensión del empleador de regular las relaciones afectivas entre sus empleados, no dan lugar a una confrontación entre derechos fundamentales,

¹⁶ UGARTE (2018): *Derechos fundamentales, tutela y trabajo* (Santiago, Thomson Reuters), p. 57.

en un caso porque se trata de una conducta ilegal, en el otro, porque esa pretensión empresarial no se vincula a ningún interés de reconocimiento constitucional del empleador”¹⁷.

V. PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA SENTENCIA: EL VALOR DEL SILENCIO EN UN SISTEMA PATRIARCAL

El médico denunciado intentó una justificación a nivel legal argumentando que la trabajadora a causa de sus inasistencias sin aviso ni justificación era incompatible con el trabajo de turnos de un hospital, pero no lo pudo acreditar por los medios legales.

A nivel de derechos fundamentales, sostuvo un relato ajeno a móviles lesivos, proporcional y razonable respecto de cada conducta imputada. Señaló que la trabajadora pertenecía a un estamento profesional de élite, con amplias posibilidades de trabajo, por lo que no era razonable pensar que se hubiera sometido desde la entrevista de trabajo a un trato humillante. En esto el juez es lúcido al desplegar su análisis del acoso sexual desde un punto de vista sistémico: “Una de las manifestaciones culturales más arraigadas que explicitan la posición de la consolidación de la histórica posición de subordinación de la mujer respecto del hombre (poder de género) es la existencia de estereotipos o construcciones culturales que categorizan a las personas de acuerdo a determinados rasgos en relación con otros. Asumiéndose que no todo estereotipo involucra caracterizaciones negativas, en el caso del acoso sexual operan estereotipos donde se asume lo femenino como objeto sexual, en posición infra ordenada respecto del hombre. El mismo NASH nos recuerda en este punto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado sobre cómo la creación y uso de estereotipos ‘se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género contra la mujer’; ‘es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente (...)’ (Caso ‘Campo Algodonero’; 2009, ‘González y otras vs. México’)”¹⁸.

¹⁷ UGARTE (2018), p. 200.

¹⁸ Parte resolutive punto 6.

El sentenciador establece las conductas de discriminación, acoso sexual, sexista *quid pro quo* o chantaje bajo la promesa de favor o amenaza de desventaja debido al poder de dirección de quien las ponía en acto, al detectar este reforzamiento del sometimiento a otro por su condición de trabajadora y, además, mujer. “Tal dualidad de poderes se expresa, por una parte, como poder de dirección laboral, propio de la relación de trabajo y la subordinación clásica, como un arbitrio instrumental que se vale de mandos y subordinados dar funcionalidad al poder organizativo y mantener la disciplina empresarial y, –yuxtapuesto a aquél, y en dinámica interrelación– el poder de género (expresión cultural de la visión subordinada de la mujer respecto del hombre en todos los ámbitos), que se manifiesta en ambos escenarios de comunicación y que, lógicamente, cabe inferirse, ha debido reproducirse en las relaciones interpersonales propias de la cultura de la institución en el que unos reproducen estereotipos degradantes, concepciones y formas de relacionamiento que se manifiestan como violencia y trato discriminatorio normalizados contra la Dra. Wells, quien no obstante exhibir idénticas calificaciones profesionales, tareas, responsabilidades y posición –en lo que dice relación con los otros médicos de la unidad– sucumbe a diario, como víctima y en silencio a la reproducción de tales conductas lesivas de su dignidad”¹⁹.

Quizá el apartado más fino sea el de la valoración del silencio de la trabajadora, aplastada bajo casi la totalidad de conductas de acoso que en forma pormenorizada preveía y sancionaba el propio reglamento interno del hospital, instrumento que está ahí, precisamente, para controlar el poder del empleador y para que este, a su vez, se constituya como garante de su observancia. Dice el juez: “No puede sino destacarse la prolija descripción de las conductas habituales de acoso sexual que ejemplifica el Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad de la empresa demandada allegado al proceso por la propia empleadora, que encuadra estrictamente –y con mayor detalle incluso con aquellas descritas en la motivación sexta y desde tal constatación, la flagrante infracción que la jefatura que acosa evidencia respecto de las prescripciones que ha debido conocer y hacer respetar (Ver T. IX). Allegado al proceso para significar que la demandante estaba informada del derecho a denunciar (artículo 28), obra como una probanza demostrativa del propio incumplimiento patronal, al tiempo que deviene

¹⁹ Parte resolutive punto 9.

en ineficaz a la pretensión probatoria de la demandada, por las razones que se explican más adelante y que esclarecen por qué de la inhibición a denunciar de la víctima”²⁰.

El silencio es valorado en su contexto, la suma de las diversas formas de humillación y ante la muy fundada desconfianza en la protección que le debía brindar su lugar de trabajo: “En esta misma línea de análisis de los elementos de descargo, ya en la propia contestación de la demanda —que ha tenido a la vista las conversaciones tantas veces aludidas— se evidencia una negación del fenómeno de violencia que expresa la conducta del jefe de unidad y se la reconduce erróneamente hacia el descrédito de la víctima, poniendo en duda los efectos nocivos que sobre su esfera personal han podido generar tales conductas. Así por ejemplo, la aseveración de la demandada conforme a la cual se intenta justificar las conversaciones porque ‘la mayoría de ellas se reducen a conversaciones entre dos personas adultas, donde no se advierte incomodidad, rechazo o contrariedad por parte de la supuesta víctima de acoso’ omite que el único contexto reconocido en el proceso es que tales mensajes se originan y se sostienen como mensajes en el ámbito del trabajo y de las labores que les exigen comunicación y que no se evidencia en ellas la existencia de un vínculo de amistad y de confianza. 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 y en un extremo, la reacción reprobatoria radical frente a ciertas acciones que cree incorrectas, cuando se refiere a otras profesionales (por la presunta conducta de una) como “maracas cul... [...] Por ello, la extrañeza de la defensa sobre la falta de reacción o denuncia de la víctima tiene una explicación que entronca ya con las dificultades que para un trabajador común en posición subordinada y en necesidad de trabajar le significa reclamar por una situación injusta o un derecho conculcado durante la vigencia del contrato de trabajo, escenario inhibitorio que, en el caso, se refuerza por la posición particular de la víctima como sujeto de violencia de género en el encuadre de dualidad de poderes a que se ha aludido”²¹. Es el tradicional

²⁰ Parte resolutive punto 10.

²¹ Punto resolutive número 13.

“problema del cuerpo” del trabajador²², revisitado con perspectiva de género, logrando reconocerlo en sus propios conflictos²³.

El silencio inicial en la entrevista de trabajo, en que no se podía prever la escalada que las agresiones experimentarían, los diversos prejuicios que las alimentaron: la mujer como objeto de deseo o de desprecio, la homofobia y la afectación de los derechos a la intimidad, no discriminación por razón de sexo u orientación sexual.

El sentenciador, por medio de la acción tutela de derechos fundamentales y aplicando perspectiva de género en su interpretación para dimensionar la real afectación, entrega la máxima garantía de estos derechos, cumpliendo con brindar la protección institucional a la que se encuentra obligado el Estado, esta vez representado en su Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- CAVARERO, Adriana (2013): *Inclinazioni. Critica della rettitudine* (Milán, Raffaello Cortina Editor).
- FRASER, Nancy (2015): *Fortunas del feminismo. Genealogía del término dependencia. Seguimiento de una palabra clave en el estado de bienestar estadounidense* (Madrid, Traficantes de Sueños).
- KIRKWOOD, Julieta (2017): *Feminarios* (Viña del Mar, Asociación Comunes).
- LOUSADA Arochena, José (2014): *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- LUXEMBURGO, Rosa (1967): “Discurso al congreso del POSDR”, en BASSO, Lelio (coord.), *Scritti Politici* (Roma, Editori Riuniti).
- MARZI, Daniela (2018): “Mujer, trabajo y reforma al Derecho Sindical. Una confluencia necesaria”, en *El Estado y las mujeres. El complejo camino hacia una necesaria transformación de las Instituciones*, Santiago, RIL.
- PÉREZ, Amaia (2014): *Subversión feminista de la economía. Aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida* (Madrid, Traficantes de Sueños).

²² UGARTE (2018), pp. 210 y 121.

²³ De hecho, en España el acoso sexual es considerado y reglamentado como un riesgo laboral de la mujer. LOUSADA (2014), pp. 342 y ss.

Recuperado de <https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map40_subversion_feminista.pdf>.

UGARTE, José Luis (2018): *Derechos fundamentales, tutela y trabajo* (Santiago, Thomson Reuters).

JURISPRUDENCIA CITADA

Wells con Comunidad Hospital del Profesor, Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT T-309-2018, 7 de junio de 2018.