

# El consentimiento de la víctima en el acoso sexual laboral\*

## *Victim´s consent in sexual harassment in the workplace*

**Rodrigo Hernán Vera García**

Concepción, Chile.

Correo electrónico: rovegar@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0002-4803-6267>.

Recibido el 11/05/2021

Aceptado el 25/05/2021

Publicado el 30/06/2021

<https://doi.org/10.21703/issn0717-0599/2021.n38-04>

**RESUMEN:** La introducción normativa del acoso sexual en nuestro ordenamiento, produjo la necesidad de abarcar un análisis de sus elementos constitutivos. De esta forma, hasta ahora se entendía -por definición- que el acoso sexual se trata de una conducta indeseada por la víctima que vulnera sus derechos fundamentales. A través de este trabajo, empero, intentamos abordar la labor de determinar cuáles son los contornos de dicho consentimiento, evidenciando la existencia -en su origen- de elementos culturales que reproducen estereotipos que en definitiva oscurecen el correcto entendimiento de este fenómeno. De este modo, buscamos establecer criterios de interpretación respetuosos del derecho de género, que faciliten su aplicación, en el sentido de entender que la exigibilidad normativa relativa a la falta de consentimiento, no constituye una causal de exclusión del acoso sexual, sino el objeto mismo de protección de la norma.

**PALABRAS CLAVE:** Acoso sexual, discriminación, género, igualdad, estereotipos.

**ABSTRACT:** The coming into force of sexual harassment regulation in our legal system, produced the need to include an analysis of its constituent elements. In this way, until now it was understood -by definition- that sexual harassment is an unwanted conduct by the victim, which violates their fundamental rights. Through this work, however, we try to tackle the task of determining the boundaries of such consent, evidencing the existence -in its origin- of cultural elements that reproduce stereotypes that ultimately darken the correct understanding of this phenomenon. In this way, we seek to establish interpretation criteria which is respectful of gender rights, in order to facilitate its application, in the sense of understanding that regulation enforceability related to the lack of consent, does not constitute a cause for exclusion of sexual harassment, but the object itself which the legal precept protects.

**KEY WORDS:** Sexual harassment, discrimination, gender, equality, stereotypes.

\* El presente artículo corresponde al Trabajo Final del Master "Derecho de Género: dimensiones jurídicas y tutela jurisdiccional", impartido por la Universidad de Jaén de España y el Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda de Chile.

## I. INTRODUCCIÓN

No debe escapar a nuestra atención que el espacio laboral reproduce las diferentes formas de relaciones sociales que se producen “en el exterior”, con sus vicios y virtudes. Incluso bajo la modalidad de teletrabajo, los nuevos mecanismos electrónicos de control, que impone la subordinación a distancia, permiten la adecuación de otras formas de abusos en las relaciones humanas, que constituyen nuevos riesgos en los espacios de trabajo.

En este sentido, el fenómeno de la violencia sexual hacia la mujer está lejos de desaparecer y, por el contrario, el escenario laboral se ha transformado en un área social que favorece su reproducción, principalmente porque en tal ámbito encontramos elementos que tienden a profundizar la indefensión de la víctima, así como la impunidad del acosador, en particular la circunstancia de prestarse los servicios bajo subordinación y dependencia. Tal constatación puede llegar a facilitar conductas de contenido sexual que en el derecho se reconocen como actos de violencia contra la mujer, al estar basada en estereotipos de la supremacía de lo masculino sobre lo femenino. No debe olvidarse que el acoso sexual es esencialmente un fenómeno que pone de manifiesto el poder social del orden patriarcal.<sup>1</sup>

Como enfatizaba Kahn-Freund “*la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente la relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno (...). Se origina como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida por contrato de trabajo*”. Supiot destaca que en la relación de trabajo “*uno puede mandar y otro ha de obedecer. Es decir, la cuestión del poder se halla en el corazón de la relación laboral*”<sup>2</sup>

Si bien el acoso sexual se presenta, en principio, en todas aquellas relaciones donde existe ejercicio del poder, es en el marco del trabajo donde tiene una manifestación especialmente calificada, que hacen de este problema uno de los más relevantes para el derecho laboral de los últimos años.<sup>3</sup> Histó-

---

<sup>1</sup> En Chile, según un estudio del Observatorio Contra el Acoso Chile (Ocac), los hombres, cuando actúan como victimarios, siguen prefiriendo significativamente a víctimas mujeres. En el acoso sexual laboral, un 89% son victimarios hombres. Además, las mujeres que han sufrido alguna situación de acoso sexual laboral mayoritariamente han sido violentadas por sus jefaturas. Radiografía del acoso sexual en Chile: Primera encuesta nacional sobre acoso sexual callejero, laboral, en contexto educativo y ciberacoso. Julio 2020. <https://www.ocac.cl/wp-content/uploads/2020/07/Resumen-ejecutivo.pdf>.

<sup>2</sup> GAMONAL Y UGARTE (2012a), p. 3.

<sup>3</sup> El fenómeno del acoso sexual es abordado en este trabajo en su ámbito laboral. Cabe destacar, eso sí, que actualmente existe en tramitación un proyecto de ley (Mensaje 307-364, de 24 de noviembre de 2016,) que tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar de manera integral la violencia contra las mujeres, y que responde al compromiso del Estado de Chile con los tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Entre sus objetivos, busca contribuir a la generación de un cambio cultural cuyo horizonte es la igualdad entre hombres y mujeres y el fin de las relaciones de subordinación que éstas padecen, raíz de la violencia de género. En el proyecto, además, se busca sancionar penalmente el abuso sexual cometido contra personas mayores de 14 años, que hoy es objeto de reproche penal sólo cuando se cometen los delitos de estupro o violación, tipificación que excluye hechos de frecuente ocurrencia, como los actos de connotación sexual de que las mujeres son víctimas en el ámbito de la educación o en los espacios públicos, que actualmente quedan impunes. Por último, se agrega al Código Penal un nuevo artículo 494 ter, que regularía como falta el acoso sexual sin contacto corporal, descripción en la que cabe la captación de registros audiovisuales de alguna parte del cuerpo de otra persona, sin su consentimiento y con fines primordialmente sexuales, así como el hostigamiento mediante actos o expresiones verbales de carácter sexual. Lo anterior significaría acercar nuestra legislación al estándar consagrado en otros

ricamente, evoca un conflicto de género que afecta principalmente al colectivo femenino. La cultura patriarcal restringe a las mujeres a su corporeidad, obligándolas a reflejar “lo femenino” en su forma de ser, de vestir o de comunicarse, reforzándolas como objeto de deseo, representación que trasladada al ámbito laboral, debido a la tipología de la relación jurídica determinada por la subordinación y dependencia, incrementa las posibilidades de acoso o -al menos- facilita sus condiciones.<sup>4</sup>

En nuestra legislación laboral el acoso sexual recién fue recogido en el año 2005,<sup>5</sup> con la dictación de la Ley 20.005, de 18 de junio de 2005,<sup>6</sup> que modificó el Código del Trabajo y otros cuerpos legales para dar tipificación legal a este ilícito laboral,<sup>7</sup> concebido fundamentalmente como una conducta incompatible con la dignidad de las personas. El artículo 2° del Código del Trabajo, luego de reconocer la función social del trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor que elijan, lo contempla y define señalando que se entiende por tal “*el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo*”.

Pues bien, entendemos que la tipificación legal nos enfrenta a un problema, en cuanto a definir la validez que otorgaremos al consentimiento femenino en el desarrollo de este fenómeno. Para ello, deberemos describir los elementos de la concepción del acoso sexual y, en particular, detenernos en el consentimiento, develando la existencia de estereotipos acerca de los roles que se atribuyen al varón y a la mujer y que pueden distorsionar la función interpretadora. En efecto, una desatenta lectura de la norma permitiría entender el consentimiento de la víctima como causal de dispensa frente a un acto que, empero, constituye una agresión a la dignidad.

Tras una tipificación legal aparentemente neutra, aparece una norma cuya aplicación puede generar efectos contrarios a la igualdad de género, ya que queda abierta la opción de establecer en qué casos

---

Estados, como en España con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La ley chilena, en lo pertinente, implicaría la reposición del interés legislativo en orden a posicionar el acoso sexual como ilícito penal, ya no tan sólo restringido al área laboral, abarcando los demás espacios de posible acoso, lo que significaría en definitiva acometer el desafío de unificar el concepto de acoso sexual en todos sus ámbitos y posibilidades.

<sup>4</sup> DOMÍNGUEZ et al (2014a), p. 45.

<sup>5</sup> El proyecto de ley, sin embargo, se introdujo por moción parlamentaria de 24 de octubre de 1994, en la Cámara de Diputados, de manera que tuvo una extensa tramitación en el Parlamento.

<sup>6</sup> La inclusión del acoso sexual en el Código del Trabajo es anterior al reconocimiento que la misma legislación laboral otorgó al fenómeno del acoso laboral o *moobing*, que recién fue introducido al Código del Trabajo con la dictación de la Ley N°20.607, de 2012, que modificó el artículo 2° añadiendo el concepto de acoso sexual, otorgándole a ambos fenómenos un tratamiento legal similar, en especial en cuanto a los remedios judiciales y sus sanciones.

<sup>7</sup> Sin embargo, desde el punto de vista del combate contra la violencia de género, no podemos soslayar el cuestionamiento de su eficacia preventiva. En Chile, según las estadísticas de la Dirección del Trabajo, las denuncias por acoso sexual recibidas a nivel nacional aumentaron en forma constante desde el año 2005, fecha en que entró en vigencia la ley. Un estudio hecho en base al análisis de 154 denuncias de este tipo recibidas el año 2007 en la Región Metropolitana informó que 90,8% de ellas fueron hechas por mujeres (Observatorio de Equidad de Género en Salud (OEGS). *Informe monográfico 2007-2012. Violencia de Género en Chile*. Organización Panamericana de la Salud. Oficina Regional. Chile. 2013). Y, al día de hoy, se dispone de datos que permiten construir al menos un indicio grave en el sentido que la tipificación legal no ha tenido incidencia en la reducción de casos de acoso sexual, ni tampoco ha ayudado mayormente a tomar conciencia efectiva del problema. En efecto, a tres lustros de la publicación de la ley, existen estudios que establecen que en Chile aproximadamente 5 de cada 10 mujeres han sufrido alguna situación de acoso sexual laboral durante su vida. Es decir, la mitad de la fuerza laboral femenina. De las cuales un 47,1%, casi la mitad, no lo identifican como violencia sexual (<https://www.ocac.cl/wp-content/uploads/2020/07/Resumen-ejecutivo.pdf>).

la víctima aceptó el acto de hostigamiento. De modo que en este trabajo se proponen criterios de interpretación para aportar a la obtención de soluciones justas en el entendido que, sin pretender deconstruir los contenidos jurídicos involucrados, resulta prudente determinar el sentido y alcance de una norma, en especial si tras ella se puede esconder un “efecto disciplinante del lenguaje que se presenta como neutral y transparente”.<sup>8</sup>

### **A. Los orígenes normativos del acoso sexual**

Desde sus orígenes, el acoso sexual era observado como un caso de discriminación, pudiendo descubrirse sus antecedentes en una construcción jurídica demandada por la sociedad civil norteamericana y grupos feministas, quienes asentaron en el constructo la idea de la existencia de una discriminación por género con el objeto de obtener prestaciones sexuales, como así también como un forma de emplear el sexo como un medio para conservar el poder y status.<sup>9</sup>

Una de las manifestaciones culturales más arraigadas que explicitan 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. En el caso del acoso sexual operan estereotipos donde se asume lo femenino como sinónimo de objeto sexual, en posición infra ordenada respecto del hombre. Recordemos en este punto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado sobre el punto 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”; “el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. (...) 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, en políticas y prácticas”.<sup>10</sup>

No toda la violencia que padecen las mujeres en un contexto de relación laboral es violencia de género. No se trata solo de aquella que es una consecuencia de las relaciones de poder en las organizaciones, sino de la que está conectada con un sistema de estratificación de género. Es por este motivo que, como veremos, en el derecho internacional el acoso sexual se vincula, primero, a una forma de discriminación, y posteriormente, se le reconoce como una de las formas que adopta la violencia contra la mujer.

### **B. Normativa Internacional en materia de acoso sexual**

Uno de los primeros antecedentes concretos que podemos mencionar consiste en el acordado en 1967, cuando los Estados Miembros de las Naciones Unidas aprobaron la Declaración sobre la Elimina-

---

<sup>8</sup> SZTAINSRABER (2019), p. 60.

<sup>9</sup> DOMÍNGUEZ et al (2014b), p.46.

<sup>10</sup> Caso González y otras “Campos Algodoneros” con México (2009).

nación de la Discriminación contra la Mujer, que establece que esta forma de discriminación constituye una ofensa a la dignidad humana y pide a los Estados que adopten medidas para “abolir las leyes, costumbres, reglamentos y prácticas existentes que constituyan una discriminación en contra de la mujer, y para asegurar la protección jurídica adecuada de la igualdad de derechos del hombre y la mujer”.

Menos de un año después se propuso la elaboración de un tratado sobre los derechos de la mujer jurídicamente vinculante. Así, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) fue aprobada por la Asamblea General en 1979 y ratificada por Chile el 07 de diciembre de 1989<sup>11</sup>. La Convención describe la naturaleza y el significado de la discriminación por motivos de sexo y establece la obligación de los Estados de eliminarla y conseguir una igualdad sustantiva, además de la obligación de los Estados de abordar no sólo las leyes discriminatorias, sino también las prácticas y costumbres, así como la discriminación de la mujer en el ámbito privado.

El artículo 1 define la discriminación como “*toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*”. Tal discriminación abarca cualquier diferencia de trato por razones de sexo que perjudique a la mujer, sea o no de manera intencionada; impida que la sociedad en conjunto reconozca los derechos de la mujer en las esferas privada y pública; impida a las mujeres ejercitar sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Se reconoce al acoso sexual como una forma de discriminación que afecta desproporcionadamente a las mujeres y que vulnera sus derechos humanos. Con posterioridad, se entendió como una manifestación de la violencia contra la mujer que constituye una forma extrema de discriminación. Así, El Comité de la Cedaw ha señalado que “*la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre*”, identificándose al acoso sexual como “*una de sus múltiples manifestaciones*”.<sup>12</sup>

En el mismo orden, debe señalarse que la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada por las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, establece que por “*violencia contra la mujer*” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. Y se establece que dentro de tal concepto se encuentra “*La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, y en otros lugares*”.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Decreto N° 789, de 1989.

<sup>12</sup> El Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer fue establecido por medio del artículo 17 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 6 de octubre de 1999. Fue firmado por Chile el 10 de diciembre de 1999 y ratificado recién el 12 de marzo de 2020.

<sup>13</sup> Artículos 1, 2 y 4 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada por medio de la Resolución de

En el Sistema Interamericano de Derechos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también denominada “Convención de Belém do Pará”,<sup>14</sup> a diferencia de la Cedaw que se centra más en el eje de la discriminación, tiene su norte en la erradicación de toda forma de violencia contra la mujer y fue impulsada por la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM).<sup>15</sup>

Este instrumento establece que la discriminación contra la mujer es, en realidad, un acto de violencia, una violación a los derechos humanos de las mujeres y una ofensa a la dignidad humana, pudiendo ser tal cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Este fenómeno incluye la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar en la comunidad y comprende, entre otros, violación, abuso, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y *acoso sexual en el lugar de trabajo*.

El artículo 6, prescribe que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho a ser libre de toda forma de discriminación. Y el artículo 9, estatuye que para la adopción de las medidas a que se refiere este instrumento, los Estados Parte tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de una situación socioeconómica desfavorable.

## II. CONFIGURACIÓN DEL ACOSO SEXUAL LABORAL

Como se viene describiendo, el acoso sexual en el trabajo es una conducta discriminatoria de naturaleza pluriofensiva, pues atenta contra diversos derechos fundamentales de la mujer, como la libertad y la igualdad, y que reproduce la posición política e históricamente subordinada que tiene lo femenino frente a lo masculino.

El Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, suscrita en Estambul el 11 de mayo de 2011, lo describe como toda forma de comportamiento *no deseado*, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Recientemente, el Convenio 190 de la OIT<sup>16</sup> reconoce que la violencia y el acoso en el mundo del tra-

---

la Asamblea General 48/104, del 20 de diciembre de 1993.

<sup>14</sup> La Convención fue ratificada por el Estado de Chile el 24 de octubre de 1996 y promulgada mediante decreto número 1.640, de 1998, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

<sup>15</sup> Este es un órgano que forma parte de la Organización de Estados Americanos (OEA).

<sup>16</sup> Conferencia Internacional del Trabajo. 108ª reunión, Ginebra, de junio de 2019, no ratificado por Chile. Debe analizarse con la Recomendación pertinente (No. 206). Resulta interesante consultar, además, los convenios N° 100 (1951) relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor; N° 111 (1958) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación; y N° 156 (1981) sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre traba-

bajo pueden constituir una violación o abuso de los derechos humanos, y constituyen una amenaza para la igualdad de oportunidades, siendo por tanto fenómenos inaceptables e incompatibles con el trabajo decente. El Convenio no contiene un concepto de acoso sexual, aunque este se puede deducir de su artículo 1. En éste se define la violencia y acoso en el mundo del trabajo como un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o que sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico. Dicho concepto incluye a la violencia y el acoso por razón de género, que se definen 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, incluyendo en dicho concepto al acoso sexual. De acuerdo con lo expuesto, el acoso sexual se podría definir como: (1) 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 que sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico; (2) 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; y, (3) con carácter sexual. La *“laboralidad del acoso viene dada porque ocurre durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, lo que incluye (según se dice en su artículo 3): (a) en el lugar de trabajo; (b) en los lugares donde se paga al trabajador, donde este toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; (c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación; (d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información (ciberacoso); (e) en el alojamiento proporcionado por el empleador; y (f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo (acoso in itinere)”*.<sup>17</sup>

## **A. Elementos que configuran el acoso sexual laboral**

### **1. Sujetos involucrados en el acoso sexual laboral**

El acoso sexual involucra naturalmente a los sujetos de la relación laboral (empleador y trabajador-a). Pero quien ejerza las facultades de organización, dirección y disciplina dentro de la empresa, será capaz de lesionar la dignidad de una persona o crear un ambiente hostil o humillante. Por eso la doctrina tiende a igualar al empleador a quienes ejercen en los hechos un poder similar o detentan una situación de “superioridad por analogía”<sup>18</sup>. También pueden ocasionarlo otros participantes del ambiente de trabajo, por ejemplo, los compañeros de trabajo, los trabajadores subcontratados y los suministrados.

En cuanto al sujeto pasivo, el acoso sexual puede afectar a cualquier persona, incluso se protege al trabajador que busca empleo y al que está en procesos de formación y capacitación. Pero, en lo que

---

adores y trabajadoras.

<sup>17</sup> LOUSADA (2020a), p. 75.

<sup>18</sup> V.Gr., el hijo del empresario que colabora con su padre, asesorando su política de personal, sin desempeñar funciones precisas en el organigrama de la empresa. BAYLOS Y TERRADILLOS (1997), p. 202.

nos interesa, aqueja en forma preponderante (o desproporcionada) a la mujer trabajadora.<sup>19</sup> Además, pueden sufrirlo aquellos que pertenezcan o se identifiquen con un género que no sea el dominante en la sociedad, y también pueden ser víctimas los hombres. En efecto, el acoso necesita para nacer sólo un germen de poder, y donde existan relaciones humanas, habrá relaciones de poder. Como lo denomina Foucault en la “microfísica del poder”, éste se ejerce en lo cotidiano, y no hay nada más cotidiano que las relaciones humanas.<sup>20</sup>

## 2. Tipología del acoso sexual laboral

El término aúna conductas de diversa naturaleza, tanto verbales como físicas, e incluye el uso de amenazas. La tipología más frecuentemente utilizada reconoce dos tipos denominados comúnmente chantaje sexual y acoso sexual ambiental.

El chantaje sexual o acoso *quid pro quo* (“esto a cambio de eso”) es una especie de hostigamiento que adquiere la forma de extorsión, que será el producido por un superior jerárquico o por alguna persona que pueda incidir sobre el empleo y las condiciones de trabajo de la persona acosada. Este tipo de acoso consiste en un chantaje por el cual se obliga a una trabajadora a elegir entre someterse a los requerimientos sexuales o perder algún beneficio laboral o incluso el propio empleo. Por su parte, el acoso sexual ambiental lo constituye una conducta de hostigamiento sexual que genera para la víctima un entorno laboral intimidatorio, humillante u hostil, sin que se requiera que el acosador ofrezca ventajas laborales. Este tipo tiene como sujeto activo alguien no superior jerárquicamente.<sup>21</sup>

En el mismo orden, el acoso sexual puede ser horizontal y vertical, es decir, entre compañeros de trabajo o por conductas de superiores jerárquicos.

## 3. El hostigamiento sexual en el trabajo

Ahora bien, el desarrollo de los estudios acerca del acoso sexual, permiten superar los conceptos más tradicionales, dando paso al establecimiento de tipos de acoso sexista, en referencia a aquellos actos de desprecio hacia lo femenino, aun sin suponer requerimientos sexuales.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> GAMONAL y UGARTE (2021), pp. 53-54.

<sup>20</sup> FOUCAULT (2019), pp. 172-173.

<sup>21</sup> CUENCA (2014), pp. 125-149.

<sup>22</sup> Como ejemplo, se puede citar un caso real ocurrido en España, el 26 de mayo de 2009 en el curso de una entrevista de trabajo, oportunidad en que los empleadores preguntaron a la aspirante, casada y madre de dos menores, por su situación personal y le hicieron presente las dificultades que tendría para encontrar colegio para sus hijas y para que su marido consiguiera trabajo y le advirtieron que no querían a alguien que se cogiera una baja por maternidad, teniendo que confesar la postulante que se había ligado las trompas y que no podía tener más hijos. Al cabo de las entrevistas, fue seleccionada para cubrir el puesto otra candidata que a las mismas preguntas respondió que no tenía pareja ni hijos. La sentencia estableció, en lo pertinente: “Hemos dicho que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano. Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Por ello, partiendo de que los tratos

Así, se ha hecho necesario distinguir entre el acoso sexual propiamente tal y el hostigamiento sexual, cuya diferencia reside en el número de sistemas de estratificación involucrados. Así, mientras que en el acoso sexual existe una jerarquía (de poder) de género entre pares, en el hostigamiento sexual encontramos -al menos- una doble jerarquía: la laboral y la de género. Éstas, como postularía el feminismo interseccional, interactúan asimismo con otros sistemas de estratificación, como el étnico, el heteronormativo o el de clase. Identificándose actualmente tres dimensiones del fenómeno, en función de la naturaleza de los actos y la intención de los mismos: a) acoso de género, sexismo o acoso ambiental; b) atención sexual no buscada, y c) coerción sexual.<sup>23</sup>

El acoso basado en el género se refiere a conductas de carácter verbal o no verbal sin intención de lograr *algo sexual*, pero que reproducen actitudes insultantes, hostiles y degradantes. Ejemplos de esta situación serían salvapantallas de computadora con imágenes de mujeres desnudas o sexualizadas, gestos simulando el cuerpo de una mujer, frases de contenido sexual, indicar que alguien *anda en sus días* o que *necesita una cogida*, entre otros. La atención sexual no buscada puede ser de naturaleza verbal o no verbal, y producirse de modo presencial o virtual. Incluye, entre otros, comentarios obscenos y no requeridos sobre la apariencia física, como, por ejemplo, los asociados al tamaño de alguna parte del cuerpo, preguntas sobre la vida sexual, tocamientos, intenciones de mantener relaciones sexuales, regalos con connotación sexual, y envío de imágenes sexuales. Finalmente, la coerción sexual y el abuso sexual incluyen las expresiones de violencia sexual más severas (violación, intento de violación), así como amenazas, castigos y premios asociados a intercambios sexuales. Estos dos últimos casos son los que se conocen como *quid pro quo*. Por eso se dice que el chantaje sexual es una especie de hostigamiento.

En este sentido, la doctrina nacional ha señalado que “*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. Por ejemplo, expresiones fundadas en el desprecio al sexo femenino y en estereotipos asociados al género de la mujer como objeto de satisfacción sexual para el hombre o de inferioridad respecto de éste. Y 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*”.<sup>24</sup>

## **B. La relación amorosa como objeto de protección**

Como hemos visto, nuestro Código del Trabajo únicamente contempla la extorsión como acoso se-

---

*desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita*”. STSJ de Canarias de 7 de abril de 2014. Recurso de suplicación interpuesto contra Sentencia de fecha 24 de mayo de 2011 dictada en los autos de juicio nº 0000490/2010-00 en proceso sobre Derechos-cantidad.

<sup>23</sup> Tipología sobre la base de lo descrito por FRIAS (2020), pp. 38 (112), 103-139.

<sup>24</sup> MARZI (2018), p. 207.

xual, consagrando una concepción bastante restringida, lo cual no implica que se excluyan otras formas de acoso.<sup>25</sup>

Sin embargo, esta constatación nos permite destacar que sólo será en esta categoría donde se justifica la existencia de la falta de consentimiento como integrante del concepto de acoso sexual, para distinguirlo de las relaciones amorosas lícitas. Pues este elemento no tendrá mayor relevancia frente a los actos de hostigamiento sexual, es decir, en casos de acoso ambiental o de atención sexual no buscada. En efecto, en estas situaciones, las conductas no van dirigidas a un acosado en particular, y su efecto de menoscabar el ambiente de trabajo se vincula no sólo a la afectación de las condiciones laborales en que se desempeña la víctima, sino también de sus derechos fundamentales, al tratarse de actos de discriminación, lo cual convierte en inútil la indagación en relación a un eventual deseo de la víctima de aceptar tales condiciones, ya que ninguna circunstancia permite justificar su aparición.

Ahora bien, en el ámbito de un requerimiento sexual será necesario indagar, de acuerdo a la ley, acerca de la existencia del consentimiento de la víctima a objeto de descartar la existencia del ilícito. Aunque en realidad es más adecuado referirnos al *deseo* de la víctima, pues la expresión *consentimiento* está tomada de concepciones civilistas que no resultan aplicables a la interpretación de normas que garantizan derechos fundamentales, y su uso conlleva el riesgo de analizar la cuestión desde una perspectiva de protección a las relaciones de naturaleza comercial y arribar con ello a conclusiones erróneas, estableciendo, por ejemplo, que es posible obtener la voluntad de la víctima de manera tácita o bajo ciertas circunstancias no definidas *a proiri*, o bien -en definitiva- otorgar mayor relevancia a la voluntad declarada por sobre la real.<sup>26</sup>

Entonces, resulta más adecuado hablar de *ausencia de deseo*, pues en general los autores justifican la existencia de este requisito como aquel que permite marcar diferencias entre la seducción y el acoso propiamente tal,<sup>27</sup> especialmente el acoso *quid pro quo* que consagra el Código, en que se podrá observar más nítidamente el dilema de la víctima de aceptar o sufrir una represalia.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “requerir” consiste en “solicitar, pretender, explicar su deseo o pasión amorosa”. Esto nos sitúa en el presupuesto que tuvo en vista el legislador para establece la falta de deseo como requisito del acoso sexual, pues se tuvo en vista el problema de la reiteración, en cuanto, estimándose legítima una proposición amorosa, se consideraba que la insistencia lo convertía en acoso. Por eso puede sostenerse que, en principio, el acoso exige reiteración,

---

<sup>25</sup> El concepto legal también abarca el acoso sexual por ambiente hostil, dado que el concepto “requerimientos de carácter sexual” es omnicompreensivo, y en el entendido que el acoso laboral es contrario a la dignidad, situación que comparten todos los tipos de acoso. En todo caso, el acoso sexual por ambiente hostil no es completamente ajeno a nuestra realidad jurídica. En efecto, la Excma. Corte Suprema, el 19 de junio de 2018, dictó un Auto Acordado (Acta 103-2018), que fija el procedimiento de actuación para la prevención, denuncia y tratamiento del acoso sexual en el Poder Judicial Chileno, en cuyo artículo 1º define el acoso sexual, yendo más allá de la definición legal, como una manifestación de violencia de género contraria a la dignidad humana, y entiende por tal el que una persona realice por cualquier medio (verbal, no verbal, físico) uno o más requerimientos de carácter sexual no consentidos por quien los recibe, que tienen el efecto de amenazar o perjudicar su situación laboral, sus oportunidades en el empleo o *generan un ambiente de trabajo intimidante, hostil, abusivo u ofensivo*. Y considera como tales, además, *las acciones de hostigamiento laboral originadas o derivadas de conductas de acoso sexual*.

<sup>26</sup> ALESSANDRI (1991), p. 182-189.

<sup>27</sup> GAMONAL (2005a), p. 155.

sin perjuicio que la doctrina ha señalado que un hecho aislado, de carácter grave, puede constituir por sí mismo un caso de acoso sexual.<sup>28</sup>

Sin embargo, creemos que sancionar la “insistencia” del acosador no representa una interpretación que tienda a garantizar los derechos fundamentales de la víctima, pues con ello no se persigue garantizar su autonomía frente al agresor, sino únicamente promover, desde una perspectiva androcéntrica, la existencia de relaciones amorosas que se consideran lícitas en el ambiente de trabajo, especialmente aquellas que son fruto de la *conquista*<sup>29</sup> 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.

En este sentido, resulta interesante indagar en la historia de la ley,<sup>30</sup> acerca de las raíces discursivas del debate legislativo, que separar las relaciones sentimentales que se consideraban adecuadas, de aquellas que se consideraban repudiables, donde se ubica la insistencia frente a una negativa inicial. En efecto, los argumentos vertidos durante la tramitación del proyecto de Ley 20.005, indican que parecía relevante establecer el consentimiento de la víctima como una causal de exclusión del acoso fundada en la existencia de aparentes vínculos que naturalmente surgen en el ámbito relacional. Así, se señaló que *“No se trata en realidad de determinar si el comportamiento es o no ofensivo, sino de saber si es bien acogido por una persona dada. Esto contrasta con otros tipos de acoso u hostigamiento basado en característica raciales, étnicas o religiosas, con respecto a las cuales no suele ser difícil decidir que un acto concreto es una forma de acoso, ya que en sí mismo se trata de un comportamiento ofensivo”*.<sup>31</sup>

De esta manera, se entendía como aceptables ciertas conductas que pudiesen constituir actos propios de la “conquista sexual”. Por ejemplo, el señor René Manuel García sostuvo: *“Mucha gente debe aceptar vejámenes con tal de conservar su trabajo. Eso sí que es denigrante para la persona; pero no que la piropeen, que la saluden, que le digan “que viene buenamoza”, porque esas cosas son agradables para una mujer (...) Perdónenme las señoras diputadas. Cuando ustedes se levantan en la mañana, ¿cuánto tiempo se demoran en ponerse un traje, en maquillarse y en mirarse en un espejo para asegurarse de que se ven bien? En consecuencia, debe ser frustrante que no les digan lo bien que se ven y que pasen inadvertidas como mujeres. Lo digo derechamente: debe ser atroz para una mujer que nadie se fije en ella, que no la miren y que sea una persona chantada en una oficina. Hablemos las cosas como son. No se trata de hacer insinuaciones a cada rato a las damas (...) Perdónenme pero, no tengo ningún empacho en decirlo, lo más lindo que hay en el mundo son las mujeres, y por esa misma lindura, hay que conservar el*

---

<sup>28</sup> GAMONAL (2005b), p. 154.

<sup>29</sup> El uso cotidiano de los conceptos puede ocultar un nefasto efecto normalizador. Así por ejemplo, se dice que el hombre debe “conquistar” a la mujer. Pues bien, según el Diccionario de la Real Academia Española, “conquistar” consiste en “Ganar, mediante operación de guerra, un territorio, población, posición, etc.”; y “ganar, conseguir algo, generalmente con esfuerzo, habilidad o venciendo algunas dificultades”.

<sup>30</sup> Para este apartado, se denomina “historia de la ley” a los fragmentos de la discusión parlamentaria durante la tramitación del Proyecto de Ley N° 20.005, y su contenido se puede consultar en el siguiente vínculo electrónico: <https://www.bcn.cl/historia-delaley/nc/historia-de-la-ley/5620>.

<sup>31</sup> Historia de la Ley 20.005. Informe de la Comisión de Trabajo. p. 7.

*respeto que debe tenerseles a quienes nos dieron la vida; pero eso no se hace por ley, sino que mediante la enseñanza en los colegios*”.<sup>32</sup>

El diputado señor Juan Pablo Letelier, por su parte, señaló: *“Me parece bien que haya una ley que defienda a las secretarias, que juegan un papel fundamental en nuestra sociedad y que, si no tienen interés en enamorarse de su jefe -porque algunas lo tendrán, junto con rechazar sus proposiciones de carácter sexual, tengan derecho a denunciarlo. Es dramático tener que reconocerlo, pero, en nuestro medio, lo primero que pasa por la mente de los hombres cuando están frente a una mujer ejecutiva es algo real. Es como ese dibujo que se atribuye a Freud. Insisto, es lamentable reconocerlo, pero es real. (...). Lo que debemos hacer como sociedad, y en particular como Congreso, es dar una señal clara de que cuando hay una conducta sexual no deseada por una empleada, el empleador debe desistirse, y si insiste, debe ser sancionado*”.<sup>33</sup>

La diputada señora María Angélica Cristi, a su vez, dejó indicado lo siguiente: *“Deseo destacar que la actitud de la mujer es muy importante. Las mujeres, cuando son seguras de sí mismas; cuando han sido criadas en un mundo asertivo; cuando tienen la personalidad de rechazar desde un principio un acercamiento de este tipo, nunca van a tener problemas. Por eso soy partidaria de que se eduque a las personas desde muy pequeñas; como en el mundo de las secretarias, para que las mujeres aprendan a ser asertivas. Cuando una mujer es capaz de enfrentar a un hombre desde el primer momento con un “no” claro y preciso, posiblemente no va a ser víctima de acoso. Por el contrario, cuando una mujer dice “no” con elástico, va a ser víctima de acoso. El “no” con elástico se manifiesta frente a una insinuación, a una invitación, diciendo: “Bueno, hoy no puedo porque debo llegar a mi casa temprano; hoy no puedo porque me duele la cabeza; hoy no puedo porque debo estudiar”, con lo cual, a lo mejor, deja abierta la posibilidad para otro día. En esas circunstancias, esa mujer ya dio el paso para que quien la acose tenga la posibilidad de volver a molestarla (...)*”.<sup>34</sup>

Entonces, no puede dejar de concluirse que al introducirse la falta de consentimiento en el concepto de acoso sexual, parecen existir ideas preconcebidas acerca del rol que le corresponde a cada sexo en la relación amorosa. A la mujer, la función de ser abordada y seducida por el varón que, a su vez, no logrando controlar sus impulsos sexuales “naturales”, acomete a la mujer, objeto de deseo, utilizando medios de diversa naturaleza destinados todos a vencer la barrera de protección de esta última. De modo que, si el hombre tiene éxito en el acto de conquista, se valida con sus pares, en cuyo caso no estaremos frente a un acoso, pues la mujer logró ser legítimamente seducida, en el marco de las reglas del juego amoroso.

Pero este afán aparentemente inocuo, parte de una concepción errada, en cuanto no considera la estratificación propia de la relación entre el empleador y la víctima, ni la subordinación histórica de lo femenino versus lo masculino. Es decir, omite que se trata de una relación de poder en donde la

---

<sup>32</sup> Historia de la Ley 20.005. Discusión en Sala. pp. 57-59.

<sup>33</sup> Historia de la Ley 20.005. Discusión en Sala. p. 79-80.

<sup>34</sup> Historia de la Ley 20.005. Discusión en Sala. p. 92-93.

víctima no tiene plena autonomía. Además, lo anterior conduce a la normalización de conductas que aun siendo indebidas parecen estar justificadas o amparadas si son “aceptadas” o por el contexto en que se desarrollan, como los actos de “caballerosidad”. Pero esto, lejos de reforzar la facultad de consentir, la debilita, pues deja entregada a la víctima la consideración de los límites, a pesar de que puedan tratarse de conductas que objetivamente constituyan acoso.

El tratamiento del acoso sexual en Chile obliga a reconducir la discusión hacia qué es lo relevante de proteger, ¿el consentimiento como acto final de aceptación de la relación amorosa?; ¿o evitar un ambiente sexista, con el fin de resguardar la dignidad de la víctima?

### III. ELEMENTOS PARA LA REELABORACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La figura del acoso sexual no puede constituir una mera sanción frente a la insistencia masculina en la relación amorosa. Por esto, no tendrá mayor relevancia la aceptación o rechazo inicial del requerimiento, sino descubrir si la víctima sufrió un comportamiento sexual que en realidad no deseaba. En algunos casos, incluso, esto ha llevado a que se excluya el elemento del consentimiento de las definiciones de acoso sexual, intentando imprimir elementos más objetivos a la conducta, y así se ha entendido que constituye acoso sexual “*toda conducta verbal o física de naturaleza sexual, cuyo autor sabe o debería saber que es ofensiva para la víctima*”, lo que se justifica -de acuerdo a algunos autores- para evitar la tendencia a culpabilizar a las mujeres víctimas de provocar sexualmente a sus acosadores.<sup>35</sup>

Recordando que el acoso sexual responde a un fenómeno mayor de violencia sexual hacia la mujer, y que en el ámbito del trabajo reviste mayor gravedad producto de la relación subordinada de la víctima, se colige que no es posible exigir consentimiento a quien no tiene plena autonomía para manifestarlo. Así, no puede tener relevancia, para calificar y sancionar esta práctica, la intención seductora que manifieste el agresor, pues habrá situaciones en que dicha finalidad lasciva estará ausente, como cuando la violencia está motivada exclusivamente en castigar o humillar a la víctima en su ámbito de trabajo, de modo que no aminora el reproche del ilícito la constatación que el varón incurrió en acoso tras la búsqueda de la aceptación femenina. Y, a la inversa, la tipificación no puede conducir a indagar acerca de la existencia de la voluntad de la víctima, como causal de justificación al momento de calificar la fenomenología del acoso sexual, pues lo relevante es el efecto degradante que se produce en la víctima que de por sí es indeseado. Una atenta lectura del artículo 2° del Código del Trabajo nos conduce a entender que la acción “*no consentida*”, entendida como lo “*indeseado*”, “*amenaza o perjudica la situación laboral o las oportunidades de empleo*” de la víctima, sin necesidad de establecer la legitimidad del accionar del varón ni la existencia de indicios de aceptación de parte de la víctima.

#### A. El carácter indeseado de la conducta

En nuestro ordenamiento esta materia no fue profundamente discutida antes del establecimiento de la ley, sin embargo, durante el debate parlamentario se presentó una indicación por el Senador

<sup>35</sup> MARTÍNEZ (2001a), p. 95.

Viera-Gallo, manifestando que existiría acoso sexual cuando una persona realice en forma reiterada e indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, *no deseados* por quien los recibe. Aunque, se subrayó que no sería adecuado sostener que el acoso ha de ser una conducta “*indeseada*” por la afectada, ya que no era posible determinar tal aspecto (fuero interno). Por eso se prefirió dejar establecido que la conducta no debía ser “consentida” por la agraviada.<sup>36</sup>

Sin embargo, en doctrina parece haber consenso en que el acoso sexual implica la existencia de conductas de naturaleza sexual indeseadas por la víctima y que afectan o amenazan su dignidad en el trabajo, incidiendo negativamente en su situación laboral. Mackinnon lo define como “*la imposición indeseada de solicitación sexual en el contexto de una relación de poder desigual*”.<sup>37</sup> En Chile, la profesora Irene Rojas Miño ha señalado que gracias a la colaboración del Derecho Internacional del Trabajo, del Derecho Comparado del Trabajo y de la doctrina laboralista, este concepto se ha ido poco a poco delimitando, hasta llegar hoy a ser entendido como aquella “*conducta de naturaleza sexual indeseada por quien es sujeto pasivo de la misma*”.<sup>38</sup>

La idea de la ausencia de voluntad en la víctima parece estar en el origen del concepto, pero conducido más bien a establecer la verdadera intención de la misma, más que a determinar la voluntad externamente formalizada.

La Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de Estados Unidos (“*Equal Employment Opportunity Commission*”), postula que las proposiciones indeseadas y otras conductas físicas o verbales constituye acoso sexual cuando, entre otras alternativas, la aceptación o rechazo de tal conducta por una persona es utilizada como base de una decisión afectante a la relación laboral en sí.<sup>39</sup>

De modo que el solo hecho de recibir el requerimiento sexual en un ambiente de subordinación económica y funcional, es decir, en un contexto de poder que limita las posibilidades de desempeñarse autónomamente, afecta las condiciones laborales de la víctima. En este contexto, lo verdaderamente amenazante o perjudicial consiste en el hecho de someter a la víctima al dilema de externalizar una opción que no buscó (aceptar o rechazar). Por eso se sostiene que no es el consentimiento, sino el deseo libremente manifestado el que revela la verdadera voluntad de la víctima, lo cual debe observarse en la conducta activa del sujeto pasivo, debiendo descartarse que el silencio o la mera pasividad constituyan deseo.

No obstante la definición legal contenida en el artículo 2º del Código del Trabajo, esta concepción no debe resultar del todo ajena, pues sus propios antecedentes permiten afianzarla. En efecto, uno de los precedentes corresponde a la ley de Costa Rica que define el acoso u hostigamiento sexual como “*toda conducta sexual indeseada por quien la recibe, reiterada y que provoque efectos perjudiciales*”

---

<sup>36</sup> Historia de la Ley 20.005. Segundo Informe Comisión de Trabajo, pp. 223 y 231.

<sup>37</sup> PÉREZ Y RODRÍGUEZ (2013a), pp. 195-219.

<sup>38</sup> WALKER Y LIENDO (2005), pp. 9-18.

<sup>39</sup> GAMONAL Y UGARTE (2012b), p. 6.

(...).<sup>40</sup> Del mismo modo, la Recomendación de 1991 de la Comisión Europea relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, señala que esta conducta resulta inaceptable “si es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma”.<sup>41</sup> En general, entre los antecedentes consultados en la historia de la ley 20.005, se tomaron como modelos las definiciones legales de Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Nueva Zelanda y Suecia, entre cuyos requisitos o elementos comunes para tipificar las conductas como ilícitas, estaba el que se tratara de comportamientos sexuales no *deseados* por la persona a la que van dirigidos.<sup>42</sup>

El carácter indeseado y ofensivo de la conducta, que deben ser analizados en el caso concreto, permiten entender que, en el marco de una relación de trabajo, para una mujer no será deseado lo que no fue buscado; que, por regla general, no será consentido aquello que no es deseado; pero también que puede resultar ofensivo todo aquello que es indeseado, aun cuando se haya formalmente consentido. Sentencias que conducen a colegir que en este ámbito laboral no puede presumirse el deseo, e incluso existiendo una voluntad expresa, no necesariamente ésta es una representación del deseo real y efectivo, pues su manifestación pudo estar justificada en evitar un perjuicio en la situación laboral de la víctima.

El carácter indeseado de la conducta nos permite volver a los fundamentos originales del fenómeno. No debemos olvidar que al acoso sexual es una manifestación de la violencia contra la mujer. Wise y Stanley señalan que el acoso sexual es una “intrusión indeseada y no buscada, por parte de un hombre, en los sentimientos, pensamientos, conductas, espacio, tiempo, energías y cuerpo de una mujer (Wise y Stanley, 1992: 36)”. Suponer que hombres y mujeres pueden ser personas acosadoras y acosadas es un ejercicio de ocultamiento de la marcada dimensión de género de la problemática”.<sup>43</sup> En suma, reconocer que en el acoso sexual hay un conflicto de género que afecta la autonomía de la mujer y el principio de la igualdad efectiva, es parte de la solución.

## **B. La antijuridicidad objetiva de la conducta**

Tradicionalmente, la ofensividad de la conducta puede ser analizada desde un doble aspecto: uno objetivo, en que el acoso sexual resulta ofensivo al ser atentatorio a la dignidad de la persona; y, por otra parte, en un sentido subjetivo, que atiende a lo indeseado para la víctima, elemento que (como vimos) se asocia a la reiteración del comportamiento sexual, luego de que la persona objeto de ella ha manifestado que le resulta indeseable, lo que transformaría dicha conducta en acoso.<sup>44</sup>

Sin embargo, sobrevalorar el elemento subjetivo, esto es, suponer que lo sancionable lo constituye la mera reiteración del requerimiento, resulta peligroso. Primero, porque no resulta determinable con

<sup>40</sup> Ley No 7.470 de 1995, ley contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia, artículo 3°. Historia de la Ley 20.005. Informe Comisión de Trabajo, p. 9.

<sup>41</sup> Historia de la Ley 20.005. Discusión en Sala, p. 188.

<sup>42</sup> Historia de la Ley 20.005. Informe Comisión de Trabajo, p. 8.

<sup>43</sup> PÉREZ Y RODRÍGUEZ (2013b), p. 199.

<sup>44</sup> QUEZADA (2012), p. 47.

certeza cuándo un acto se transforma en intolerable. Perfectamente puede constituir acoso un solo acto aislado; o bien una conducta en principio aceptada, puede devenir en inadecuada y ser objeto de una retractación por la víctima. En el criterio subjetivo subyace, a nuestro entender, la idea preconcebida que la mujer es “conquistable”, que supone el concepto voluble de la personalidad femenina, pues la negativa o la falta de aceptación se asimila a expresiones tales como, *aunque diga que no, en realidad sí lo desea*, o *sólo es cosa de tiempo*. Y, segundo, porque cosifica a la mujer en su rol receptivo frente al acometimiento sexual varonil.

Además, dejar entregada la antijuridicidad a la ausencia de voluntad de la víctima, parte de dos supuestos al menos discutibles en el contexto de una relación laboral. Primero, que la persona a quien se dirigió el requerimiento tuvo la oportunidad de rechazar. Y, segundo, que siempre es lícito un primer requerimiento. Lo cual parece tan errado como entender que en pleno desarrollo de una relación subordinada, llegará un momento en que la víctima aceptará, argumentando que es “natural” que en el ambiente de trabajo nazcan relaciones sentimentales.

Una última desventaja tiene la valoración subjetiva, que pareciera limitar la posibilidad de denuncia únicamente a la víctima, en tanto será sólo ella la que podrá determinar si los requerimientos indicados son o no consentidos. En circunstancias que parece adecuado que ese carácter pueda ser calificado también por terceros ajenos a la relación de poder en que se genera la vulneración.<sup>45</sup>

En este sentido, en nuestro derecho se ha observado una favorable inclinación hacia la determinación objetiva de la conducta sancionable. Así, la Dirección del Trabajo estableció en un dictamen que *“existe acoso sexual cuando una persona, ya sea el empleador u otro trabajador, efectúa o solicita requerimientos de naturaleza sexual al afectado(a), no consentidos por éste, amenazándolo en su situación y entorno laboral o perjudicándolo en sus oportunidades en el empleo”*.<sup>46</sup> Es decir, se otorga mayor consideración al resultado lesivo que provoca la conducta, más que a una negativa presumida a partir de la reiteración.

En este sentido, se pueden considerar “indeseados” los requerimientos sufridos por la víctima, aun cuando ésta no los hubiere denunciado, atendiendo al resultado ofensivo, circunstancia que conduce a una correcta interpretación del silencio femenino. Así se ha fallado: *“En esta misma línea de análisis de los elementos de descargo, 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 exis-*

---

<sup>45</sup> En este sentido, MUNDACA (2017), pp. 175-195.

<sup>46</sup> Dictamen Ord. No 1133/36 de 2005 de la Dirección del Trabajo.

tencia 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 (...). Lizama y Ugarte al repasar el espectro de reacciones posibles de la víctima, destacando la particularidad de la asimetría de poder existente en la relación de trabajo, señalan que basta que del contexto en que se produzca se deduzca inequívocamente la no aceptación del requerimiento, dentro de las cuales junto a acciones positivas de rechazo o denuncia, contempla la no contestación de las insinuaciones, mutismo que en el caso se aprecia como una conducta invariable de la demandante, quien se mantiene además utilizando los espacios de comunicación fundamentalmente para los fines profesionales para los que fueron creados. (...) 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.”<sup>47</sup>

Entonces, si bien parece adecuado entender conceptualmente que el acoso sexual es una conducta indeseada, nos parece erróneo concluir que la sola negativa de la víctima excluye el ilícito laboral, manifestada implícita o explícitamente, si no se tiene certeza que aquélla es fiel reflejo de su fuero interno, lo que nos conduce a analizar los casos de validez del consentimiento.

### C. La validez del consentimiento

En principio, no debemos descartar un rechazo expreso, lo cual permitirá colegir con mayor nitidez la situación de acoso, no cabe duda.<sup>48</sup> Ahora bien, debemos constatar que en esta materia es fácil caer en consignas cuyo contenido no siempre resulta beneficioso para el objetivo protector que se persigue. Una de ellas es la que afirma que sólo cuando hay un sí explícito con el que se consiente una relación sexual, es posible saber con seguridad que se está frente a una relación sexual libre, consentida y deseada en la que no incurre ningún tipo de violencia, coacción o intimidación que permita aducir que el consentimiento prestado haya sido nulo o insuficiente. Esto es lo que se persigue establecer actualmente en España con la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que pretende

<sup>47</sup> Wells con Comunidad Hospital del Profesor (2018)

<sup>48</sup> En este sentido, por ejemplo, se puede mencionar el caso en que una mujer denunció en su trabajo, con claridad y por escrito, hechos constitutivos de acoso sexual sufridos por su persona y que provenían de un superior jerárquico, a quien identificaba, pese a lo cual el empleador demoró en dar inicio al pertinente proceso investigativo, como lo exige la ley, justificando su actuar en que por prudencia estimó necesario obtener previamente una ratificación de parte de la denunciante. Esta situación común se debe a que normalmente se pone en duda la versión de la víctima y se otorga mayor credibilidad al acosador, fundado en que podría tratarse de un “mal entendido”. Finalmente, en el ejemplo, la empresa fue sancionada con una multa administrativa de parte de la Dirección del Trabajo, por no dar curso oportunamente a la denuncia de acoso sexual efectuada por la víctima. Para consultar sobre los detalles del caso, se trata de la causa Rit I-2-2020 seguida ante el Segundo Juzgado de Letras de Coronel. El recurso de nulidad fue rechazado por la I. Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rit 349-2020, sección Laboral-Cobranza. La sentencia se encuentra firme y ejecutoriada y ambas están disponibles en [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl).

impulsar el Ministerio de Igualdad, conocida como la Ley del “Sólo Sí es Sí”.<sup>49</sup>

En efecto, algunos movimientos sociales vinculados al feminismo comenzaron invocando el lema “no es no”, queriendo resaltar que la mujer debe decidir acerca de la relación que se le propone y de la forma en que lo recibe, de modo que si manifiesta claramente su intención de rechazo, su voluntad debe ser respetada. Sin embargo, a continuación, se estimó que un silencio también podría significar un rechazo, de manera que ante la imposibilidad de presumir la aceptación femenina, se prefirió la norma “sólo sí es sí”, para hacer notar que la ausencia de respuesta clara también constituye falta de aceptación.

Las anteriores consignas, empero, no terminan de explicar el contenido del consentimiento expresado, en particular porque evitan consideraciones en torno a las circunstancias o características en que dicha voluntad se expresa. En efecto, exigirle un “no” a una mujer sujeta a subordinación y dependencia, puede resultar un ejercicio ajeno a la realidad. Pero, un “sí”, aunque claramente manifestado, no necesariamente va a representar el verdadero deseo no declarado, pues pudo ser manifestado para evitar una represalia.

Es decir, habrá acoso sexual cada vez que exista un requerimiento rechazado por la mujer o no aceptado expresamente. Pero esto sigue dejando una opción de interpretación, en cuanto existe la idea, equivocada para nosotros, que la mujer puede llegar a ser convencida, fundada en una supuesta inestabilidad emocional (“dicen no cuando quieren decir que sí”), y porque su naturaleza es manifestar su disposición sexual hacia el varón.

Lo cierto que un “sí” o un “no” deben suponer la capacidad libre de la mujer de consentir en una relación sexual. Concordamos con la postura que indica que sólo un sí entre individuos libres e iguales, en pleno uso de sus facultades mentales, en un nivel similar de madurez intelectual, donde no se haya manifestado la más mínima insistencia o presión para obtener un sí a una relación sexual, es un sí. Y, en consecuencia, parafraseando la categorización de la filósofa española Ana Pollán, las situaciones de un “sí *inválido*”, que en realidad constituyen una *negativa*, serían las siguientes: a.- El sí a una relación sexual que se emita producto de un abuso de poder, coacción, intimidación, chantaje o amenaza; b.- El sí a una relación sexual que se emita después de haberse negado en varias ocasiones para evitar insistencia o en previsión de que su negativa puede provocar una reacción indeseable que comprometa su integridad física y/o emocional; c.- El sí a una relación sexual que se emita después del empleo de técnicas de chantaje emocional, por pacífico y exquisito que haya sido en las formas (un sí que emerja después de un “es que parece que no te gusta”, “es que me duele que me rechaces”, “es que voy a pensar que no te importo”, “es que no te das cuenta de cómo te quiero”, “es que no deberías ser tan reprimida y disfrutar más”, y otras variantes de chantaje emocional); d.- El sí a una relación sexual que se emita después de que un individuo del que depende económica o laboralmente le haya insinuado que su ascenso o certidumbre económica depende de permitirle el acceso sexual a ella

---

<sup>49</sup> POLLÁN (2020a), p. 1.

misma, aun cuando el agresor haya sido exquisitamente cuidadoso en sus formas.<sup>50</sup>

#### D. El bien jurídico protegido

Los Estados debieran combatir el acoso incluso por medio de sanciones penales, al menos en los casos en que se observe afectación o limitación a los derechos fundamentales y libertades de la víctima, tales como la vida, la libertad sexual, la integridad física o psíquica.<sup>51</sup>

Como sabemos, el proyecto original de la Ley N°20.005, incluía también la creación de un ilícito penal que sancionaban como una falta al que “*cometiera acoso sexual en contra de un subordinado o dependiente*”. Aunque en definitiva se prefirió no tipificar el delito de acosos sexual, las relaciones con el derecho penal permiten delimitar de mejor forma los contornos del bien jurídico protegido.

La doctrina nacional entiende que el valor relevante en ese caso, sería la libertad sexual y que cabe perfectamente en el instituto de las amenazas condicionales, en particular las referidas a un mal no constitutivo de delito (artículo 297 del Código Penal).<sup>52</sup> Aunque en una visión más protectora, el bien jurídico se entiende reconducido a la violación del derecho a la no discriminación por razón de sexo. En cualquier caso, debe descartarse la posibilidad de entender que el bien jurídico protegido sea la honestidad, pues un sistema no puede optar por defender una determinada práctica sexual, a partir de lo cual definir lo honesto y lo deshonesto; pues el derecho penal defiende bienes jurídicos y no categorías morales.<sup>53</sup>

Un estudio amplio del fenómeno del acoso sexual, sin rehusar a priori el ámbito penal, permite abarcar conceptos más genéricos, además de ampliar el ámbito de protección, teniendo presente que la contravención reside en el abuso del empleador de una superioridad que le confiere la ley o la situación fáctica y, al mismo tiempo, la producción de un resultado, es decir la amenaza de causar un mal a la víctima.

De hecho, en otros ordenamientos la tipificación del acoso sexual como delito ha conducido un doble efecto favorable. Por una parte, la necesidad de asimilar los conceptos laborales y criminales eliminando toda referencia a la falta de consentimiento de la víctima, por cuanto se entiende que el bien jurídico protegido ya no se trata sólo de la libertad sexual de la víctima. Y, por otra parte, ha promovido la prohibición del acoso no sólo en sede laboral, estableciendo una prohibición general en todos los espacios de poder.

Como explica Marzi, en España, debido a la tipificación del Código Penal del acoso como delito, hubo

---

<sup>50</sup> POLLÁN (2020b), p. 1.

<sup>51</sup> En este sentido, Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas 1997/44 de 11 de abril de 1997; 1998/52 de 1998; 1999/42 de 1999; 1000/45 de 2000; 2001/49 de 2001; y 2002/52 de 2002, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

<sup>52</sup> POBLETE (2018), p. 164.

<sup>53</sup> BAYLOS Y TERRADILLOS (1997), p. 199.

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”. De modo que una vez que el Código Penal incorpora el delito de acoso sexual, lo 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 (...)*”. Sin exigir el “no consentimiento”, constituyéndose en una norma de avanzada, ya que el sentenciador debería centrar su análisis en el efecto que esta “solicitud sexual” produciría en el ambiente en que debía desempeñarse la víctima, funcionando como agravante, valerse de una jerarquía laboral, jerárquica o docente.<sup>54</sup> Esto condujo a que en 2007, la Ley 3/2007 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, 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 art. 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*”. Como se observa, en ambos ilícitos es el resultado lesivo, vale decir, el atentado a la dignidad y la generación de un ambiente intimidatorio, degradante y ofensivo, lo que configura la vulneración a bienes fundamentales.

#### **IV. PROPUESTA DE CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN**

Resulta relevante establecer criterios de interpretación que conduzcan a precisar el valor del deseo en un caso concreto de acoso sexual. No debe olvidarse que desde la mirada androcentrista del derecho, la voluntad de la mujer puede ser sometida por las “habilidades amatorias” del varón, lo que conlleva el riesgo de cargar en la víctima el deber de evadir a su agresor. Imponer a ésta la obligación de establecer límites, descansa sobre la base de criterios prejuiciosos, de acuerdo a lo que socialmente se espera de una *mujer educada*, y afecta la autonomía de la víctima, pues permite culparla de haber provocado o tolerado su agresión, cuando se tiene -por ejemplo- una conducta desinhibida o socialmente “provocativa”.

Parece importante conducir la problemática hacia la necesidad de reconocer que lo relevante no consiste en examinar si existió o no consentimiento en la víctima, lo que queda en evidencia si se reconocen casos que obliguen a otorgarle plena validez a la revocación o a la retractación de un consentimiento inicialmente otorgado. Parece más relevante examinar si en los hechos han existido objetivamente actos de contenido sexual o humillantes, que no pueden reconducirse a la autonomía sexual de la víctima, para lo cual se hace necesario establecer criterios que ayuden a delinear la voluntad femenina como centro de protección del derecho.

---

<sup>54</sup> MARZI (2018), p. 207.

### A. El criterio de la genealogía del consentimiento

Supiot llamaba la atención en cuanto a descubrir la “genealogía del derecho laboral”, de modo de hacer hincapié en aquello que constituye su “pre-historia”. Esto porque a veces se olvida su origen en las primeras sociedades humanas, aceptando la noción moderna introducida por la ideología económica, que lo entiende como un bien negociable y susceptible de ser medido en forma monetaria.<sup>55</sup>

Tal idea nos inspira a determinar la “genealogía del consentimiento”, intentando describir en breves palabras la conquista femenina que envuelve, con el afán de otorgar un modelo de interpretación coherente y respetuoso de los avances del derecho de género.

No hay norma jurídica en Chile que contenga explícita o implícitamente criterios normativos para entender por configurado el consentimiento sexual femenino. A pesar de esto, no es inusual que los intervinientes en un proceso penal y los tribunales asuman tal perspectiva. Esto ocurre porque el consentimiento femenino en materia sexual se juzga más a partir de los roles tradicionales del género que a la luz de criterios técnico-jurídicos (o históricos). Teóricas feministas,<sup>56</sup> han destacado que la idea de un consentimiento sexual femenino evoca una visión sobre la conquista masculina y la derrota sexual femenina que es parte de un imaginario social de género que se remonta a la Ilustración y a las tesis contractualistas.<sup>57</sup>

Una interpretación apegada a derecho debiera considerar el consentimiento como una conquista histórica alcanzada con el desarrollo de la lucha sexual femenina, de modo que el ejercicio de la aplicación de las normas relativas al acoso sexual, no debe abandonar esta concepción, entendiéndolo como un bien jurídico digno de protección.

*“El consentimiento entendido como conducta o acción individual juega un papel central en la reproducción del sistema de géneros y, en este sentido, actúa en detrimento de los derechos sexuales de las mujeres. A nivel simbólico, social y subjetivo, consentir se estructura a partir de un sistema de oposición jerárquicamente organizado, fundamentado en el orden sexual: es responsabilidad de las mujeres establecer límites a los intentos masculinos por obtener “algo” de ellas (...)”. Consentir es un verbo femenino que relega a los hombres del lugar de “consintientes. No debe perderse de vista lo que Yoliliztli Pérez Hernández ha denominado la “genealogía mínima del consentimiento sexual”, en el sentido de entender que la capacidad de consentir es el resultado de un proceso social de desarrollo del individuo y forma parte de las conquistas del feminismo en el marco de la libertad sexual. El derecho a negarse a sostener relaciones sexuales como parte de la libertad sexual es una conquista política feminista de enorme envergadura.<sup>58</sup>*

---

<sup>55</sup> SUPIOT (2008), pp. 13-14.

<sup>56</sup> PATEMAN (1980); FRAISSE (2017).

<sup>57</sup> Consultado en: <https://ciperchile.cl/2020/07/25/el-sistema-juridico-esta-en-deuda-con-las-mujeres/>.

<sup>58</sup> PÉREZ (2016a), p. 743.

Bajo la premisa de la arbitrariedad social, Geneviève Fraisse propone una genealogía del desarrollo del consentimiento sexual femenino a partir del siglo XVIII en la historia del pensamiento occidental. Según la historiadora francesa, tres “historias” permiten su reconstrucción: la emergencia del divorcio,<sup>59</sup> la consolidación del contrato social y la transformación del consentimiento de una persona en argumento político. En este último estadio, las mujeres adquieren y reivindican el derecho a elegir entre el sí y el no. En el siglo XX –siguiendo el análisis de Fraisse–, la aquiescencia femenina, en consonancia con los fenómenos propios de la época, experimenta una transformación radical. La revolución sexual de los años sesenta y setenta, las subversiones culturales del 68 y la autonomía femenina producto del trabajo asalariado terminan de consolidar el consentimiento moderno y democrático como parte fundamental de la libertad individual.<sup>60</sup>

Una interpretación formalista, contraria a este criterio, llevaría a entender el consentimiento femenino como una mera aceptación, entendida como el acto final ante la proposición del varón, transformándose en una verdadera causal de dispensa del acoso. El allanamiento o el convencimiento de la víctima excluye la maldad del acto. Lo cual permite cuestionar que el ilícito laboral se erija realmente como un mecanismo de protección de la libertad sexual de la mujer, sino más bien como una forma de conservar el rito de la seducción masculina. Es decir, el ejercicio sexual que, aún indebido, en el supuesto de la asimetría jerárquica de la relación laboral, se “blanquea” si logra su objetivo de vencer la “natural y esperada” oposición femenina, por cuanto se estima que resulta “deseable” la conservación de las relaciones amorosas.

En suma, considerar que el consentimiento excluye el acto de acoso, conserva a la mujer en el campo de la sumisión, cuando en realidad el desarrollo democrático y moderno de la consolidación de sus derechos, la conduce a la subversión.

## **B. El criterio de la “mujer razonable”**

Frente a las dificultades probatorias que sufren las víctimas de acoso sexual, Mackinnon visibiliza que comúnmente las decisiones judiciales que determinan si un acontecimiento configura o no una agresión sexual contra una mujer, en este caso el acoso laboral, están basadas fundamentalmente en lo que los hombres involucrados percibieron durante la ejecución de tales actos. Generalmente esto puede adoptar la forma de defensa según la cual el hombre argumenta que entendió que la mujer aceptó, es decir, que fue consentido. Lo cual llevará al juez a ponderar la situación de acuerdo a criterios jurídicos de un hombre “razonable” o “medio”, descalificando la versión “subjetiva” o “emocional” de la víctima<sup>61</sup>. Sin embargo, tal ejercicio no considera o pasa por alto la circunstancia del género de

---

<sup>59</sup> En Chile, podemos encontrar normas que parecen ir en sentido contrario a la consolidación de la voluntad femenina como derecho histórico. Así, por ejemplo, en 2004 se promulgó la Ley Nº19.947 de matrimonio civil, que derogó la anterior ley de 1884, y legalizó el divorcio causal. Sin embargo, el artículo 67 obliga al juez de la causa a instar a las partes por una conciliación, examinando las condiciones que contribuirían a superar el conflicto y verificar la disposición de las partes para hacer posible conservar el vínculo matrimonial. Esto, parece inadecuado si es la mujer la demandante en un caso de divorcio fundado, por ejemplo, en actos de violencia doméstica.

<sup>60</sup> PÉREZ (2016b), pp. 744-746.

<sup>61</sup> ZAMBRANO (2015), p. 82-89.

los partícipes del acto, obviando el significado particular que puede tener para una mujer que sufre el acoso sexual bajo subordinación y dependencia, y que normalmente será desencadenante de un daño en sus derechos fundamentales.

Atendidas las dificultades de objetivar las conductas que podrían ser o no aceptadas, y con el fin de evitar dejar entregada dicha calificación únicamente a la apreciación subjetiva de la víctima, la jurisprudencia norteamericana, en el caso *Ellison vs Brady* (1991) ha sentado el criterio del sexo agredido para juzgar el acoso sexual. En efecto, se explica por la doctrina que todo adulto puede dirigirse sexualmente a otro buscando su consentimiento, y agregan que si esto provoca o no molestia, dependerá de patrones culturales y subjetivos. De modo que el “criterio de la mujer razonable”, si ella es la víctima, supera el de la “persona razonable” que se había usado hasta ese momento, lo que implica analizar el acoso sexual desde la perspectiva del sexo de la víctima y no de cánones preestablecidos. No existen conductas o comportamientos que puedan calificarse *per se* como no deseados, sino que tendrán ese carácter en la medida que sean ofensivas para una víctima razonable atendidas las circunstancias del caso específico, así hasta bien intencionados elogios pueden ser suficientes para constituir acoso sexual si una mujer razonable los encuentra ofensivos.<sup>62</sup>

Nos parece que -en un caso concreto- no resulta suficiente preguntarnos únicamente si la conducta fue o no “deseada” por la víctima, menos si consintió formalmente, pues este sesgado ejercicio carecería de relevancia si no se logra aterrizar a un caso concreto en donde se examinen las circunstancias particulares de la víctima. Así, será necesario establecer si la conducta dirigida en contra de una mujer, de acuerdo a sus especiales circunstancias, le resultó ofensiva, intolerable o humillante.

### **C. El criterio de la conducta objetivamente ofensiva**

Que la conducta sea o no aceptada, se argumenta, hará la diferencia entre el acoso y las acciones lícitas. Según Martín y Martín, la primera solicitud podrá ser considerada como una propuesta, que será de recibo si la persona solicitada se aviene y que no deberá de repetirse en el caso de que la persona destinataria rechace ese avance. Mejías señala al respecto que la mera atención sexual puede convertirse en acoso si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha dado muestras de rechazo. Ello distingue el acoso sexual de las aproximaciones personales libremente aceptadas basadas, por tanto, en el consentimiento mutuo.<sup>63</sup>

Lo anterior, empero, no debe examinarse sólo desde el punto de vista de la recepción que ha tenido en la víctima, en el sentido si aceptó o no, sino que debe atenderse a la situación en general, permitiendo observar si en el caso concreto, a pesar de la existencia de una situación de subordinación, la acción ha sido aceptada y desarrollada en una situación de igualdad de condiciones (bilateral).

Y es que la antijuridicidad del acoso sexual puede revisarse desde un punto de vista subjetivo u ob-

---

<sup>62</sup> MARTÍNEZ (2001b), p.95.

<sup>63</sup> PÉREZ Y RODRÍGUEZ (2013c), p. 212.

jetivo. Si se aplica el primer estándar, habrá acoso sexual cada vez que la víctima se ha opuesto al comportamiento de carácter sexual dirigido en su contra. En este caso, por tanto, habrá acoso cada vez que el requerimiento no fuese consentido, a pesar que objetivamente pueda resultar ofensivo. Si se utiliza el estándar objetivo, en cambio, estaremos frente a una situación de acoso sexual cada vez que nos enfrentemos a un comportamiento sexual objetivamente ofensivo, con independencia de si fue o no aceptado.

Nuestro derecho parece recoger el criterio subjetivo, que tiene el inconveniente que deja entregado a la víctima la determinación de lo que es o no acoso. Esto, sin embargo, nos puede llevar al absurdo de establecer que conductas que son objetivamente ofensivas, no configuren un ilícito laboral por el solo hecho de ser aceptadas por su receptor. Y, por el contrario, acciones típicamente inofensivas, pueden constituir acoso si son rechazadas por la víctima.

Darle mayor importancia a la conducta que es objetivamente ofensiva, permite tomar distancia del análisis subjetivo que parte de una premisa errónea, esto es, que las mujeres viven el episodio de acoso con igual libertad que los hombres. *“Y es que la propia dinámica de la exigencia impone a la persona receptora del comportamiento, si ha sufrido o previene sufrir un acto de acoso sexual, la carga de decir no, con lo cual se desprotegería a aquellas mujeres que no dicen que no bien porque aceptan su rol de sumisión en una sociedad patriarcal o bien porque, aún no aceptándolo, no quieren enfrentarse”*. Sin perjuicio de considerar, además, que dicha circunstancia se agrava en una relación de subordinación. Pues bien, entendiendo que este estándar legal conducirá al muy criticable resultado de exigir un no rotundo de la víctima, para la existencia de un acoso sexual, debe entenderse que, existiendo una conducta objetivamente ofensiva, se debe presumir que esta es no deseada, de modo que a la denunciante le bastará con acreditar una conducta de tales características, mientras a la denunciada le corresponderá, en su caso, acreditar el carácter deseado que excluirá la ilicitud.<sup>64</sup>

## V. CONCLUSIONES

El acoso sexual constituye una manifestación del poder, de las más repudiables si se considera que afecta desproporcionadamente a la mitad femenina de la población. Nuestra legislación laboral introdujo la tipificación de este fenómeno en el año 2005, y en ella se recoge como acoso sexual sólo un tipo, relativo al chantaje sexual, es decir, aquella conducta destinada a obtener favores sexuales no consentidos.

La tipificación legal resulta insuficiente, como quiera que excluye un sinnúmero de actuaciones que constituyen acoso sexual, por cuanto implican una vulneración a la dignidad de las personas y alteran en la práctica la igualdad material. En este sentido, en el acoso laboral por hostigamiento, cuando se crea un ambiente laboral 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.

---

<sup>64</sup> LOUSADA (2020b), p. 71.

Sin embargo, en el ámbito de la *conquista sexual*, esta tipificación oculta la intención que tuvo el legislador de construir una égida en favor de aquellas conductas amorosas que se consideraban “lícitas” y que reproducen, en el ámbito del trabajo, los roles que la cultura asigna al varón y a la mujer en la sociedad capitalista. Hemos planteado que dicha fórmula, fundada en una errónea protección a la libertad sexual, reproduce estereotipos y con ello incentiva situaciones de acoso sexual. De manera que resulta más adecuado ir al origen del concepto, en el sentido de entender que no son las relaciones amorosas el objeto de la protección, sino la dignidad de las personas y el derecho a desenvolverse en un ambiente libre de discriminación.

De esta forma, no es el consentimiento formalmente manifestado lo que interesa al derecho, sino la intención real o el deseo de la víctima de mantener un vínculo afectivo. El deseo debe establecerse en cada caso concreto atendiendo a las particulares condiciones en que se encuentra la trabajadora, teniendo presente que la mujer subordinada en razón del vínculo laboral está afectada por diversas dimensiones de estatificación, por lo pronto la económica y por razón de su género, lo que impide entender que se desenvuelva en un ámbito que le permita manifestar su voluntad contraria, o consentir, como refiere la ley. En este sentido, 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.

Este ejercicio lleva a entender que la existencia de un vínculo de subordinación y dependencia establece al menos una presunción de no existencia de igualdad de condiciones para una aceptación verdaderamente libre. Ante esto, se han propuesto criterios de interpretación que permitan valorar el grado de autonomía con que se ha desempeñado la víctima. Así, entender que la voluntad de la mujer constituye una victoria en la lucha de sus derechos sexuales, permite poner énfasis en la necesidad de establecer garantías para su adecuado desenvolvimiento. Comprender que en la relación amorosa entre un varón y una mujer, a esta última no le cabe más que un rol meramente receptivo frente a una conducta de naturaleza sexual, restringe la acción de la mujer únicamente a las opciones a aceptar o rechazar, en un ámbito desfavorable de poder, en circunstancias que el deseo sexual femenino se vincula a conquistas políticas que impiden justificar que la mujer pueda ser “convencida” en una relación afectiva. En el mismo orden, establecer el criterio de una mujer razonable, obliga a considerar todas las circunstancias y variables que afectan a la mujer en el caso concreto, evitando generalizaciones sobre la base de estereotipos. Finalmente, considerar que una situación humillante perjudica *per se* las condiciones de trabajo de la víctima y constituye acoso sexual, permite analizar objetivamente los elementos del acoso sexual, vinculándolos al carácter ofensivo de la conducta, con independencia del consentimiento otorgado.

En suma, la interpretación del *consentimiento* debiera estar afincado en criterios objetivos que dimanen del grado de autonomía que las partes exhiban en un caso concreto, debiendo desterrarse ideas subjetivas, ambiguas y prejuiciosas, tales como que es natural 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.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio (1991): *Derecho Civil, parte preliminar y parte general*, 5ª edición (Santiago de Chile, Editorial Conosur Ltda.).
- ALEXIS QUEZADA, José (2012): *Vigencia y efectividad de las normas sobre acoso sexual contenidas en la ley 20.005 a la luz de la reforma laboral de la ley 20.087*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, (Santiago).
- BAYLOS, Antonio; TERRADILLOS, Juan (1997): *Derecho Penal del Trabajo* (Madrid, Editorial Trotta).
- CUENCA-PIQUERAS, Cristina (2014): “Incidencia en los tipos de acoso sexual en el trabajo en España”, en: *Convergencia Revista de Ciencias Sociales* (núm. 66).
- DOMÍNGUEZ, Álvaro; MELLA, Patricio; WALTER, Díaz (2014): “El acoso en el trabajo: algunos aspectos doctrinarios, jurisprudenciales y legales del acoso moral y sexual en Chile”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (vol. 5, núm. 10).
- FOUCAULT, Michel (2019): *Microfísica del poder* (Argentina, Biblioteca Clásica de Siglo Veintiuno Editores).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2005): “El acoso sexual en Chile: Análisis de la Ley N°20.005”, en: *Revista de Derecho de la Empresa* (vol. Julio-septiembre).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y UGARTE CATALDO, José Luis (2012): “Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo”, en: *XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2020): “Acoso sexual: el estado de la cuestión en España tras los últimos instrumentos internacionales”, en: *Revista Misión Jurídica* (núm. 13 [18]).
- MARTÍNEZ ESTRADA, Eduardo (2001): “Acoso sexual en el trabajo”, en: *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales* (núm. 3).
- MARZI MUÑOZ, Daniela (2018): “Acoso sexual: una amplia gama de ilicitud y la correcta vía de la tutela de derechos fundamentales”, en: *Revista de Estudios Judiciales* (núm. 3).
- MUNDACA CASTILLO, Sergio (2017): “Violencia sexual y de género y los mecanismos de protección jurídica en la legislación laboral chilena”, en: *Anuario de Derechos Humanos. Universidad de Chile* (Núm. 13).
- NACIONES UNIDAS (2014): *Los derechos de la mujer son derechos humanos* (Nueva York y Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos).
- OBSERVATORIO DE EQUIDAD DE GÉNERO EN SALUD (OEGS) (2013): *Informe monográfico 2007-2012. Violencia de Género en Chile* (Chile, Organización Panamericana de la Salud).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2013): *Acoso sexual en el trabajo y masculinidad. Exploración con hombres de la población en general* (Centro América y República Dominicana, San José de Costa Rica).
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolíniztli (2016): “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”, en: *Revista Mexicana de Sociología* (núm. 4).
- POBLETE, Carlos; PALAVECINO, Claudio (2018): *Derecho Penal del Trabajo* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia).
- SUPIOT, Alain (2008): *El derecho del Trabajo* (Traducc. de Patricia Rubini-Blanco, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta).

- SZTAJNZRAJBER, Darío (2019): *Filosofía en 11 frases*, 3° edición (Buenos Aires, Argentina, Paidós).
- WALKER LINARES, FRANCISCO y LIENDO, Ricardo (2005): “Derechos fundamentales y acoso sexual en el trabajo”, en: *Revista Economía y Administración* (núm. 150).
- ZAMBRANO SUÁREZ, Emily (2015): “El acoso sexual en el trabajo como control masculino de la sexualidad femenina por medio del derecho. Análisis de una sentencia a la luz del aporte crítico feminista de Catherine Mackinnon”, en: *Justicia y Derecho* (vol. 1, núm. 2).

### **Normativa citada**

- (Chile) Ley 20.005, que tipifica y sanciona el acoso sexual, de 18 de junio de 2005.
- (Chile) Auto Acordado (Acta 103) de la Excma. Corte Suprema, de 19 de junio de 2018.
- (España) Ley Orgánica 1/2004, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de 28 de diciembre.
- (1967) Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas.
- (1979) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de las Naciones Unidas.
- (1994) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), Organización de los Estados Americanos (OEA).
- (2019) Convenio 190 sobre la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo de la Organización Internacional de Trabajo (O.I.T.).

### **Jurisprudencia citada**

#### **Chile**

- Wells con Comunidad Hospital del Profesor* (2018): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 07 de junio de 2018, Rit T-309-2018.
- Empresa de Servicios Tecnológicos Ltda. con Inspección Comunal del Trabajo de Coronel* (2020): Segundo Juzgado de Letras de Coronel, de 31 de agosto de 2020, Rit I-2-2020.

#### **España**

- Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) contra Aena Aeropuertos S.A.* (2014): Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 07 de abril de 2014, en Recurso de suplicación interpuesto contra Sentencia de 24 de mayo de 2011 dictada en los autos de juicio nº 0000490/2010-00 en proceso sobre Derechos-cantidad.

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

- González y otras con México* (“Campos Algodoneros”) (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 16 de noviembre de 2009, Serie C No 205.

### **Sitios internet**

<http://www.articulacionfeminista.org> (Red de Ongs Feministas Latinoamericanas)

<https://www.bcn.cl> (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile)

<https://ciperchile.cl> (Portal de información)

<https://www.corteidh.or.cr> (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

<https://www.ocac.cl> (Observatorio Contra el Acoso Chile)

<https://www.rae.es/> (Diccionario de la Real Academia Española)

<http://repositorio.udechile.cl> (Repositorio Universidad de Chile)

<https://rpp.pe> (Portal de información)

<https://treaties.un.org> (Colección de tratados Naciones Unidas)

<https://tribunafeminista.elplural.com> (Periódico digital de España)

<https://www.senado.cl> (Senado de Chile)