

La perspectiva de género en la valoración de la prueba en procedimientos laborales por acoso

Gender perspective in evidence assessment in labour harassment proceedings

Sophía Romero Rodríguez

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile.

Correo electrónico sophia.romero@pucv.cl. Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2893-3131>.

Macarena Jaque Reinuaba

Santiago, Chile.

Correo electrónico: macjaque@alumnos.uai.cl. <https://orcid.org/0000-0002-6457-2433>.

Lucas Prieto Decap

Santiago, Chile.

Correo electrónico: lucprieto@alumnos.uai.cl. <https://orcid.org/0000-0003-0676-0206>.

Jaime Zuleta Yong

Santiago, Chile.

Correo electrónico: jazuleta@alumnos.uai.cl. Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5202-7008>.

Recibido el 29/09/2021

Aceptado el 04/05/2022

Publicado el 30/06/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n40-05>

RESUMEN: El presente artículo pretende abordar la incorporación de la perspectiva de género como una máxima de la experiencia en las sentencias judiciales por acoso laboral. De esta forma, proponemos que se excluyan los sesgos y estereotipos de género que in-

ABSTRACT: *This article aims to address gender mainstreaming as a principle drawn from experience in judicial rulings on workplace harassment. In this way, we propose the exclusion of gender biases and stereotypes that influence the way in which harass-*

fluyen en la forma de analizar el acoso que se produce en un contexto laboral y que finalmente repercuten en las resoluciones dictadas en procesos judiciales que conocen de estas materias. En esta materia y en base a la jurisprudencia nacional analizada, el sesgo de género determina la vulneración de la igualdad ante la ley, afectando los derechos subjetivos de quienes son víctimas de conductas de acoso y que luego son partes en un proceso judicial laboral.

PALABRAS CLAVE: Género, máximas de la experiencia, acoso laboral, proceso, valoración de la prueba.

ment in a labour context is analysed and that ultimately have repercussions on the decisions handed down in judicial proceedings that deal with these matters. In this regard and based on the analysis of national case-law, gender bias determines the violation of equality before the law, affecting the subjective rights of those who are victims of harassment and who are then parties to a labour court proceeding.

KEY WORDS: Gender, principles drawn from experience, harassment at work, process, evidence assessment.

I. INTRODUCCIÓN

Si existe un ámbito en donde las diferencias de género tienen una repercusión mayor, es en el contexto de las relaciones de trabajo. Considerando connaturales las desigualdades de las partes en el seno de este tipo de relaciones -en razón de los poderes de dirección que ejerce el empleador respecto de las labores del trabajador- tales diferencias se agudizan respecto de aquel/la trabajador/a que se encuentra en una posición de vulnerabilidad, sea por su condición sexual, su género, su adscripción a una etnia, una discapacidad física o cognitiva, sus creencias o cualquier circunstancia que pueda generar algún trato diferenciado e injustificado.

Situaciones de esta naturaleza pueden motivar el término de la relación laboral o pueden producirse precisamente, con ocasión del término de ésta, lo que generará la necesidad de que tales circunstancias deban ser acreditadas en juicio por aquella parte que las invoca, por regla general, como justificación de sus peticiones de condena ante el órgano jurisdiccional.

En este sentido, la labor del juez es especialmente importante al ponderar la prueba, pues en ella se articulan juicios de valor que pueden ser distintos si se considera la perspectiva de género como una máxima de la experiencia.

El presente trabajo tomará tal aproximación teórica en el ámbito del proceso laboral, considerando las máximas de la experiencia como resultado de una cultura y una sociedad que poseen diversos acercamientos a la problemática de género, lo que representa un desafío para la actividad juzgadora. En vista de lo anterior, el presente trabajo se articulará en tres partes: en primer lugar, se abordarán las relaciones laborales y las conductas que se pueden generar dentro de ésta, consideradas como actos de acoso y cómo la perspectiva de género puede incidir en la forma en que se vinculan empleadores y trabajadores en el seno de esta relación jurídico-privada. En segundo lugar, se plantea la judicialización de esta cuestión, particularmente los tipos de hechos que se introducen al proceso en este ámbito y los medios de prueba que permiten dar por establecidos tales enunciados de hecho. Por último, se aborda de qué forma la perspectiva de género puede configurarse como una máxima de la

experiencia y el juez puede considerarle al momento de valorar la prueba. Se acompañará la discusión doctrinaria con análisis de fallos judiciales pertinentes dictados por juzgados de letras del trabajo de todo Chile,¹ del periodo comprendido desde el año 2019 al año 2021, principalmente, para finalizar con un acápite donde se expondrán las conclusiones del presente artículo.

II. EL ACOSO COMO MANIFESTACIÓN DE LAS DESIGUALDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

A. El concepto de acoso laboral o *mobbing*

La Ley N° 20.607 publicada el 08 de Agosto de 2012, incorporó a nuestro sistema jurídico una definición de acoso laboral en el artículo 2 del Código del Trabajo, como “(...) *toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo*”.

Se califica como una conducta que vulnera la dignidad del trabajador, y a su vez se contempla en el artículo 160 del Código del Trabajo como una de las causales de terminación del contrato de trabajo respecto de aquel trabajador que en el contexto de la relación laboral comete conductas de esta naturaleza. Este artículo prescribe que el contrato laboral termina sin derecho a indemnización alguna cuando se dan conductas de acoso sexual (Número 1, letra b) o acoso laboral (Número 1, letra f).

En la doctrina, el *mobbing* se puede definir como “(...) *una serie de conductas que implican violencia o maltrato psicológico entre diversos actores de la relación laboral, conductas de las que, en su gran mayoría, la víctima es un trabajador, quien sufre de un proceso vejatorio de su dignidad, a manos de su empleador o de sus propios compañeros de trabajo*”.²

Del mismo modo, en la jurisprudencia se ha definido como el “(...) *proceso conformado por un grupo conjunto de acciones u omisiones, en el ámbito de las relaciones laborales públicas y privadas, en virtud de las cuales uno o más sujetos acosadores crean un ambiente laboral hostil e intimidatorio respecto de uno o más acosados, afectando gravemente su dignidad personal y dañando la salud del o los afectados con miras a lograr distintos fines de tipo persecutorio (Gamonal/Prado)*”.³

Así, también ha sido conceptualizado como “(...) *situación de hostigamiento de cierta de intensidad*

¹ Se utilizaron fallos de tribunales inferiores, debido a que el análisis y aplicación de las máximas de la experiencia se produce de forma mayoritaria por el juez de la instancia, y no por los tribunales de nulidad constituidos en Chile en materia laboral por las Cortes de Apelaciones.

² VILLALÓN (2013), p. 231.

³ Vilches con Fisco de Chile (2020).

sobre el trabajador o víctima”⁴ Para Ugarte, el acoso laboral se encuentra conformado por: a) la existencia de una conducta persistente; b) la conducta se despliega con una finalidad determinada; c) la conducta supone la producción de un resultado lesivo de los derechos del trabajador.⁵

Desde el análisis del concepto, la jurisprudencia ha señalado que “es posible inferir que el legislador ha concebido las conductas constitutivas de acoso laboral en términos amplios, en forma tal que permita considerar como tales todas aquellas conductas que impliquen una agresión física hacia el o los trabajadores afectados o que sean contrarias al derecho que les asiste, así como las molestias o burlas insistentes en su contra, además de la incitación a hacer algo, siempre que todas dichas conductas se ejerzan en forma reiterada, cualquiera sea el medio por el cual se someta a los afectados a tales agresiones u hostigamientos”⁶

Aunque la aplicación del concepto *mobbing* comenzó hace unas pocas décadas, se puede decir que “(...) el acoso laboral ha existido siempre, desde el principio de los tiempos y parece consustancial a la naturaleza humana, siendo lo único nuevo de la situación el reconocimiento de la misma y la defensa jurídica frente al ataque (...)”⁷

Un sector de la doctrina chilena, encabezado por el profesor Sergio Gamonal, aborda el fenómeno del acoso laboral desde la perspectiva de la dignidad humana en relación con la ciudadanía en el trabajo, considerando que hay una serie de derechos básicos -que entendemos como fundamentales o humanos- comunes a toda persona sin distinción, donde se comprende desde el derecho a la vida, las distintas libertades, derechos sociales y los derechos laborales reconocidos a nivel constitucional y en instrumentos de Derecho Internacional.⁸

Resulta imprescindible realizar un acercamiento al concepto de *ciudadanía en la empresa* para la debida comprensión del acoso en el ámbito laboral, pues ésta comprende derechos fundamentales que tiene el trabajador en su calidad de ciudadano -sus derechos civiles y políticos- los que están amparados en sus relaciones laborales dentro de la organización, pudiendo o no estar expresamente contemplados en la legislación laboral, y en caso de no estarlo se entienden incluidos por estar reconocidos en la Constitución Política de la República.⁹ Así, la eficacia de estos derechos opera también de forma horizontal, en el ámbito privado, y no sólo verticalmente, respecto de los órganos del Estado y los ciudadanos.

En el seno de la relación privada-laboral y en una sociedad estereotipada por los sesgos de género, las mujeres son las más propensas a sufrir hostigamiento. Ello, porque las características masculinas

⁴ UGARTE (2012), p. 229.

⁵ UGARTE (2012), pp. 225-228.

⁶ *Nehue con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2021).

⁷ CERVERA y ROJO (2005), p. 21.

⁸ GAMONAL (2013), pp. 83-119.

⁹ GAMONAL y GUIDI (2015), pp. 274- 349.

- racionalidad, objetividad y actividad-, están por sobre lo femenino. Dicho de otra forma, lo femenino está subordinado a lo masculino.¹⁰

Así, el rol masculino se considera más relevante en el contexto laboral por tener esas características, pues se concibe que éstas son más útiles para el cumplimiento de las metas de la organización, siendo la mujer víctima frecuente del poder de dominio del hombre, lo que es consecuencia de la desigualdad de género en la sociedad, la que trasciende a la esfera laboral.

De esta forma, en materia laboral es crucial considerar el sesgo de género cuando se analizan los casos, dado el contexto de la subordinación y desigual relación que se configura.

B. El género como concepto, los estereotipos y la perspectiva de género

La Real Academia de la Lengua Española define género en su tercera acepción como “Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico”.¹¹ Aquel elemento sociocultural que se menciona, en relación a la sociedad en la que nos desenvolvemos hoy en día ha sido un factor de suma incidencia en como hoy en día el género femenino suele verse desprotegido en la relación laboral, esto dada la concurrencia de estereotipos que concurren en cómo se abordan los casos de acoso laboral.

Una frase recurrente para explicar el concepto de género en el ámbito femenino es “(N)o se nace mujer, sino que se llega a serlo”.¹² De Beauvoir explica que lo que se ha entendido históricamente como mujer ha sido construido por la sociedad conforme a cómo debería comportarse un ser humano para ser considerado como femenino, limitando las libertades y restringiendo la forma de ser a determinados supuestos y actitudes. De este modo, el ser mujer es una construcción social, cultural e histórica. En el mismo sentido, Butler sostiene que existe una obligación cultural del modo de ser femenino, estableciendo que “(...) el sexo, por definición, siempre ha sido género”.¹³ Es así como, el concepto género determina las características sociales y culturales asignadas para hombres y mujeres, usando como base su sexo. Se asocia a la mujer con ciertos atributos, y al hombre a otros, dependiendo de sus diferencias biológicas.

Así los roles de hombres y mujeres se construyen bajo la lógica de sexo género, comprendido este como un “sistema social que transforma la diversidad biológica en productos de la actividad humana mediante construcción de la femineidad y masculinidad en conceptos opuestos y jerarquizados”.¹⁴ Del mismo modo, se han creado vínculos de pertenencia a tales grupos, las que trazan “líneas abismales

¹⁰ OLSEN (2000), pp.137-138.

¹¹ RAE (2014).

¹² DE BEAUVOIR (2016), p. 207.

¹³ BUTLER (1999), p. 57.

¹⁴ ZÚÑIGA (2020), p. 11.

entre un mundo de pertenencia legítima frente a otro de subordinación y expulsión”.¹⁵ Se atribuyen características generalizantes que se oponen entre sí, tal como que la mujer es emocional y frágil, en oposición al hombre que debe ser racional y fuerte.¹⁶ Esta concepción provoca el alzamiento de barreras entre ambos géneros que excluye a la mujer de una valoración igualitaria al hombre.

Mención especial debe efectuarse respecto al rol de la mujer dentro de la familia asociado a la reproducción, a diferencia del hombre que es proveedor. De esta forma se asocia el desarrollo de la mujer dentro de un contexto privado, alejado de lo público, del cual se encarga propiamente el hombre.

Evidentemente, las diferencias biológicas existen, pero esta no justifica las desigualdades en el ejercicio de los derechos subjetivos existentes, ni debe condicionar la forma de ser, las decisiones o actitudes con las que se desarrollará cada persona. Las diferencias que se han desarrollado son resultado de esta separación de las posiciones que deben tener mujeres y hombres dentro de la sociedad.¹⁷

Es precisamente desde allí donde nacen los estereotipos, los que se definen como “(...) imágenes simplificadas que generalizan y/o exageran aspectos de un determinado grupo social y que son compartidas por un conjunto de personas. Estos impiden ver la realidad como es y van habitualmente asociados a prejuicios peyorativos”.¹⁸ En otras palabras, se promueve una determinada manera de pensar respecto de los roles que se conciben para hombres y mujeres, sobre cómo deben actuar y desenvolverse en la sociedad según su sexo, lo que puede generar una discriminación.

Tener e incorporar perspectiva de género está dado por eliminar todas esas construcciones que se han generado a lo largo del tiempo y que han determinado cómo mujeres y hombres deben ser, comportarse y actuar, lo que conlleva una mentalidad libre de patrones y cargas culturales lo que, sin duda, redundaría en las relaciones interpersonales, también en las del ámbito laboral.

Si eliminamos estas construcciones, estaremos suprimiendo argumentalmente el hecho que las identidades se deben regir bajo determinadas reglas, es decir, que se deba actuar de una manera específica siguiendo una “(...) relación de coherencia y continuidad entre sexo, género, práctica sexual y deseo”.¹⁹ Desde allí podemos construir una verdadera igualdad en donde existan los mismos derechos, deberes y posibilidades tanto para hombres como mujeres, no sólo en el ámbito laboral, sino que en cualquier relación jurídica o no.

Se deben identificar los estereotipos que encasillan los papeles sociales de hombres y mujeres, cuestionando los prejuicios de los que somos parte, logrando así reconocer la diversidad de modos de vivir, que no se encuentran condicionados por el hecho de ser hombres o mujeres, sino que aten-

¹⁵ LITARDO (2018), p. 45.

¹⁶ ASOCIACIÓN DE MAGISTRADAS CHILENAS Y COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y GÉNERO DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE MAGISTRADOS (2015), p. 10.

¹⁷ LITARDO (2018), pp. 45-48.

¹⁸ SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER (2016), p. 5.

¹⁹ BUTLER (1999), p. 72.

diendo a las diferencias culturales y personales que se pueden generar. Así, la perspectiva de género pretende la comprensión y transformación de las condiciones que generan desigualdades históricas para evitar que se perpetúen.

El lenguaje puede cambiar la forma de cómo nos relacionamos, por ello, la incorporación de perspectiva de género en las sentencias judiciales podrá eliminar aquellos sesgos, estereotipos y construcciones desiguales que se han generado a lo largo del tiempo al tener una visión unidireccional de la realidad, lo que generará que se configure un derecho libre de prejuicios, buscando una verdadera igualdad material y dejando de perpetuar actitudes que no hacen más que promover inequidades.²⁰

III. LA JUDICIALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE ACOSO COMO SUPUESTO DE HECHO DE LAS PRETENSIONES O DEFENSAS DE LAS PARTES

La ocurrencia de conductas de acoso, al constituir una vulneración de los derechos del trabajador, podrá determinar el inicio de un procedimiento laboral para que así se declare, y se establezcan judicialmente las consecuencias jurídicas previstas en la ley laboral.

El juez de letras del trabajo deberá conocer de estas acciones mediante el procedimiento de aplicación general cuando se trate de conductas constitutivas de acoso que puedan provenir del empleador o de otros dependientes. Si las acciones provienen del empleador, también se podrá invocar juntamente con la figura de acoso, una vulneración de derechos fundamentales que podrá ser perseguida mediante la aplicación del procedimiento por tutela laboral, conforme los párrafos 3° y 6° del Título II del Libro V del Código del Trabajo, respectivamente.

“El procedimiento de tutela laboral es aplicable a los casos en que el empleador en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce, limite el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. Vulneración que se puede producir en dos etapas diversas de la relación laboral: durante la vigencia del contrato de trabajo de un trabajador, situación regulada en el artículo 485 del Código del Trabajo, y al momento del despido del trabajador, cuestión detallada en el artículo 489 del Código del Trabajo. El tenor literal de ambos preceptos legales no deja duda de lo sostenido.”²¹ El primer supuesto de aplicación procede cuando se lesione al trabajador en sus derechos laborales ya sea por la aplicación de normas laborales o por el ejercicio de sus facultades, por parte del empleador. Cabe señalar que se entienden comprendidos actos discriminatorios, ya sea en la ejecución o al término de la relación laboral.

Asimismo, cabe recalcar que, *“(E)l deber de seguridad que tiene el empleador es de carácter amplio y cubre todas las medidas que sean pertinentes para asegurar la integridad de los trabajadores, de modo que un análisis integral de la prueba nos debe permitir acceder a una solución al asunto planteado al*

²⁰ BUTLER (1999), p. 87.

²¹ Garzón con Inversiones COLCHILE LTDA (2019).

conocimiento del tribunal. Respecto al cumplimiento de la obligación de seguridad y protección, la carga de prueba corresponde a la demandada, conforme a la distribución del artículo 1698 del Código Civil”.²²

A. Hechos a probar en el proceso

Habiendo referido precedentemente las categorías dogmáticas del Derecho laboral relativas al acoso como elementos de hecho constitutivos de tales conductas, a nivel procesal es necesario señalar que el demandante, quien normalmente será el trabajador víctima de tales conductas, indique en su libelo cuáles son los hechos acaecidos y que constituyen el acoso laboral.

Sobre la importancia de la especificación de los hechos en procedimientos de tutela, se ha resuelto que “(S)e estima de mayor relevancia en primer término destacar el libelo pretensor por su vaguedad e indeterminación, en tanto consigna supuestos hechos sin señalamiento claro de oportunidad ni aún referencial en que habrían ocurrido, (...) produciéndose un salto argumentativo que desde la sola presentación de la demanda podría haber implicado el rechazo de la misma”.²³

Chiovenda, califica estos hechos como “jurídicos”, vale decir, “(...) los cuales se deriva la existencia, la modificación o la cesación de una voluntad concreta de ley”;²⁴ distinguiendo éstos de los hechos simples o aquellos que solo importan al derecho en tanto sirvan de prueba del hecho jurídico. Estos hechos son los que en doctrina se denominan hechos jurídicamente relevantes, o constitutivos de la causa de pedir de las acciones,²⁵ y que en la medida que sean acreditados, “(...) dan vida a la aplicación concreta de la norma”.²⁶

Por otro lado, el demandado, si opone excepciones, deberá alegar hechos que permitan desestimar la pretensión del actor: estos pueden ser extintivos e impeditivos. Los primeros se pueden definir, como los “(...) que hacen cesar una voluntad concreta de ley y la consiguiente expectativa”;²⁷ y los impeditivos como aquella “categoría intermedia de hechos jurídicos fundada en la relación en que se encuentran entre sí las diversas circunstancias que se requieren para que nazca un derecho”.²⁸

En base a estas clasificaciones se expresa que para que quien tenga la calidad de autor tenga efectivamente el derecho de acción se requiere que los hechos constitutivos se precien como tales, así como que no existan o concurran hechos jurídicos impeditivos y/o extintivos, ya que aquello supondría una sentencia desestimatoria, en la que por consiguiente se rechaza la acción, actuando el juez de oficio y sin necesidad de una instancia previa en la que concurra el demandado, pues la demanda se tendrá

²² Salazar con Comercial e Industrial DELVA S.A. (2020).

²³ Barrera con BC Consultoría E Inversiones SpA (2021).

²⁴ CHIOVENDA (1977), p. 335.

²⁵ TAPIA (2000), p. 22.

²⁶ CHIOVENDA (1977), p. 335.

²⁷ CHIOVENDA (1977), p. 335.

²⁸ CHIOVENDA (1977), p. 336.

por infundada.²⁹ En todos estos supuestos de hecho, hablamos de hechos directos, ya que constituyen en sí mismos los elementos que fundamentan directamente las peticiones de las partes.

Aplicando estas categorías a los supuestos de acoso, se tendrán por hechos constitutivos de la pretensión:

1. Una conducta que puede ser de carácter sexual o no, pudiendo suponer una modalidad activa u omisiva. Se incluyen conductas como malos tratos de obra, de palabra, las que podrían generar repercusiones en la situación profesional y de vida de la víctima, por ejemplo, cuando se juzga el trabajo realizado, se le ignora evitando asignarle un trabajo, se burlan de su vida privada o sexual, se le amenaza verbalmente o se le fuerza a consultar un psiquiatra.³⁰ También se pueden incluir actos de significación sexual, como roces con las partes erógenas del cuerpo, exhibicionismo, fotos íntimas, etc.³¹ La jurisprudencia en cuanto a la conducta de acoso sexual como causal de término de la relación contractual, valora las pruebas rendidas, desestimando especialmente otras como el despido injustificado si se acredita el: “(...) haber incurrido en conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas relativas a acoso sexual e incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato (...) Finalmente en cuanto a la proporcionalidad de la medida adoptada por el empleador, a juicio de esta juez se aprecia como proporcional a los hechos constatados y a la gravedad de los mismos (...) Es decir, de su aplicación como causal de término de la relación laboral sin derecho a indemnización”.³²

2. Conducta indeseada por el afectado: Pueden considerarse repercusiones en las relaciones sociales o en la estima social de la víctima cuando se pone en ridículo a ésta, burlándose de algún impedimento físico, difundiendo rumores, hablando mal a sus espaldas o insultándola frente a sus compañeros de trabajo.³³ Si el acoso es de tipo sexual, se debe considerar este elemento con el objeto de distinguir entre una conducta socialmente aceptable y una que constituye acoso, ya que las posteriores conductas realizadas por el victimario tras el rechazo del afectado lo configurarán.³⁴

3. Conducta desarrollada en el ámbito de la relación de trabajo: Debe ser realizadas en el ámbito espacial en el cual se desarrolle el trabajo entre las dos personas. Quedan excluidos actos que se realicen fuera de aquel, aunque fueran pares de trabajo y/o empleador.³⁵ Así, por ejemplo, si a la víctima se le traslada a un lugar alejado de sus compañeros, se evita el contacto con ésta, se le dice que cada trabajo que hace es erróneo o se le asignan una sobrecarga de trabajos, estaríamos en presencia de un acoso que origina en el contexto laboral de la víctima.³⁶

²⁹ CHIOVENDA (1977), p. 338.

³⁰ CERVERA y ROJO (2005), p. 33.

³¹ PALAVECINO (2006), pp. 108-111.

³² Novoa con CODELCO Chile División Chuquicamata (2020).

³³ CERVERA y ROJO (2005), p. 33.

³⁴ PALAVECINO (2006) pp. 108-111.

³⁵ PALAVECINO (2006) pp. 108-111.

³⁶ CERVERA y ROJO (2005) p. 32.

Estos son los hechos que deben ser acreditados en un juicio laboral en donde el supuesto de hecho que justifica la pretensión del actor(a) es el acoso laboral, sea sexual o no.

B. Medios de prueba

Determinados cuáles son los enunciados de hecho que deben ser probados en el juicio, por ser establecidos en la resolución que recibe la causa a prueba dictada en la audiencia de preparación respectiva, surge la dificultad de probar a través de medios de prueba concretos tales circunstancias.³⁷ Conforme el art. 453, 4) del Código del Trabajo, en el proceso laboral por tutela existe libertad probatoria, lo que significa que las partes pueden acreditar sus alegaciones fácticas mediante cualquier elemento que pueda generar certeza en el tribunal sobre el acaecimiento del hecho.

Por lo tanto, al usar medios de prueba para corroborar o demostrar la falsedad de un enunciado, estos deben “(...) apoyarse en antecedentes que posean la aptitud de proporcionar información específica sobre acontecimientos; en datos sensibles que desempeñen una función cognoscitiva de los sucesos de la causa; en bases objetivas que permitan una confirmación de la hipótesis factual presentada por los litigantes; en una materia prima con la cual el tribunal pueda elaborar la sentencia en el plano de la cuestión fáctica.”³⁸

La mayor dificultad en los procesos en donde se debe probar el acoso está dada por elementos subjetivos de la figura, esto es, lo indeseado de la conducta por parte de la víctima y la intencionalidad del agente respecto del perjuicio para aquélla,^{39 40} “el legislador introdujo una reducción probatoria, consistente en la obligación del trabajador de presentar indicios suficientes de la vulneración de garantías fundamentales que alega. Ello no significa inversión del onus probandi, ya que no es suficiente la mera alegación de una lesión a un derecho fundamental para que se traslade al empleador la carga probatoria, sino que ella consiste en aliviar la posición del trabajador exigiéndole un principio de prueba por el cual acredite indicios de la conducta lesiva, o sea, debe acreditar hechos que generen sospecha fundada (...) es de gran dificultad probatoria a través de los elementos tradicionales de prueba, especialmente, para la parte más débil de la relación laboral desde el punto de vista de acceso a los medios de prueba. Por esta razón, ha sido abordado por el legislador, mediante una reducción probatoria referida.”⁴¹

Así la inexistencia de consentimiento en los hechos constituye el mayor problema en términos probatorios en conductas de acoso ya que, de lo contrario, podría considerarse como un mero “coqueteo” o “flirteo”, y una exageración por parte de la víctima, Es aquí donde se hace adecuado relacionar los hechos a probar, con los conceptos de máximas de la experiencia y perspectiva de género.

³⁷ PALOMO (2012), pp. 244-245.

³⁸ MENESES (2008), p. 53.

³⁹ UGARTE (2012), p. 229.

⁴⁰ CAAMAÑO (2011), p. 238.

⁴¹ Labarca con Servicio de Salud Aysén (2021).

Si el hecho que se debe probar es el acoso, y éste no es posible acreditarlo mediante prueba alguna, se deben probar otros hechos, de carácter secundario, indirecto o indiciario, que en la medida que se den por establecidos, permitirán sustentar al juez que probabilísticamente, el hecho directo sí ocurrió.

De esta manera es menester hacer la distinción entre el hecho directo e indirecto. Siempre que el hecho directo haya sido alegado por el actor o por el demandado en sus escritos principales es posible establecerlo, mediante la introducción de un hecho secundario o indiciario a propósito de la prueba del juicio sin que necesite ser alegado en el juicio.⁴²

En base a esta clasificación, y del mismo modo, existen las pruebas directas e indirectas. Las directas son aquellas que, mediante el medio de prueba, se logra percibir el hecho que se debe probar, mientras que la indirecta es la por cual, mediante otro objeto de la percepción, distinto al de la prueba, es posible que el juez deduzca el hecho directo.⁴³

Así, si en un juicio de acoso laboral la víctima no posee un medio de prueba que le permita al juez percibir directamente la afirmación de hecho, podrán hacerse valer pruebas indirectas que logren demostrar que efectivamente existió un acto de acoso laboral, efectuando el juez un raciocinio deductivo.⁴⁴

Ahora bien, considerando los elementos objetivos del tipo de acoso, esto es, la periodicidad y sistematicidad de la conducta, la víctima tiene la posibilidad de producir prueba para que con posterioridad se dicte una sentencia eventualmente favorable. En este sentido, se pueden utilizar todos los medios probatorios que permitan establecer los hechos, aunque también se podría utilizar prueba indirecta.

Por tanto, en cuanto a lo que se refiere a materia probatoria tal como se desprende de lo dicho anteriormente, las conductas como el acoso laboral, son difíciles de probar, cuestión que se hace más compleja por la apreciación que los jueces hacen de la prueba rendida, en virtud de cierta concepción tradicional existente en los tribunales de justicia que se observa en las sentencias donde no hay flexibilidad probatoria en estos casos frente a la significancia de los hechos y el frágil escenario probatorio de la trabajadora afectado.

IV. LA CONSTRUCCIÓN DEL FALLO JUDICIAL

En base a los elementos incorporados en la etapa probatoria del proceso, el juez deberá construir una argumentación que le permita justificar la decisión que ha tomado. Así, la sentencia judicial debe

⁴² MARINONI y CRUZ (2015), p. 92.

⁴³ MARINONI y CRUZ (2015), p. 93.

⁴⁴ MARINONI y CRUZ (2015), p. 94.

estar motivada en hechos que se han introducido al juicio, ya sea por las partes o por el juez, con el fin de que este acto se base en los elementos discutidos a lo largo del procedimiento, lo que está recogido en nuestro ordenamiento en consideración a la garantía constitucional del debido proceso (art. 19, N° 3, inciso 6° de la Constitución), el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil y el art. 459 del Código del Trabajo.

La motivación como tal, en palabras de Taruffo, puede ser considerada como “(...) un posible conjunto de datos de hechos (en línea de máxima, heterogéneos entre ellos), cuyo valor indiciario varía en cada ocasión dependiendo de los criterios de interpretación utilizados”.⁴⁵ Así, es necesario tomar como base el conjunto de hechos relevantes presentes en el proceso, y, a partir de éstos, llevar a cabo una reconstrucción analítica por parte de un intérprete, es decir, del juez.⁴⁶ Y para que el juez pueda efectuar una decisión justa, es necesario que tome en cuenta la *quaestio facti*.

Se ha señalado al respecto que “(...) la tarea más importante respecto a la *quaestio facti* consiste en la adecuada selección de los hechos para efectuar, posteriormente, un control de relevancia de las aserciones fácticas, es decir, la valoración de los hechos alegados y probados, que permita la debida calificación jurídica”.⁴⁷

Esto significa que, para que la resolución sea congruente, justificada y motivada, es necesario que se tomen en cuenta los antecedentes de las partes, los enunciados de hecho de las pretensiones, sus fundamentos, las pruebas alegadas y los hechos que pudieron ser probados con éstas.⁴⁸

De este modo, los hechos en que se ha motivado la sentencia provienen directamente de una actividad intelectual del juez, de la interpretación que éste efectúa, la que posee una función decisiva con relación a la sentencia judicial. Pero el problema se suscita al momento de determinar cuáles son los hechos que, no solo pueden, sino deben ser considerados por el juez para poder fallar, y cuáles no. Esto último surge porque, de la interpretación de un mismo elemento probatorio pueden derivar varios significados, en donde, algunas de las interpretaciones posibles permitirían acoger la demanda, mientras que otras no permitirían tal posibilidad. Pero, como se mencionó, toda argumentación que podría contribuir a dictar una decisión idónea queda a juicio del tribunal, siempre que justifique las razones por las cuales otorga valor probatorio a determinado elemento para establecer determinado hecho.

Sin embargo, es necesaria la presencia de un contenido mínimo en relación con la motivación. Según Taruffo, su ausencia total provocaría la inexistencia de la sentencia que se dictó, por haber sido pronunciada con ciertos vicios que no permiten que sea considerada acorde a derecho. Así, tres condiciones son necesarias para considerar una sentencia como motivada: “a) la enunciación de las

⁴⁵ TARUFFO (2011), p. 77.

⁴⁶ TARUFFO (2011), p. 78.

⁴⁷ ALISTE (2011), p. 295.

⁴⁸ ALISTE (2011), p. 289.

elecciones realizadas por el juez en función de: identificación de las normas aplicables, verificación de los hechos, calificación jurídica del supuesto, consecuencias jurídicas que se desprenden de la misma; b) el contexto de vínculos de implicación y de coherencia entre estos enunciados (...); c) la calificación de los enunciados particulares sobre la base de los criterios de juicio que sirve para valorar si las elecciones del juez son racionalmente correctas⁴⁹.

Por lo tanto, es esencial que el juez tenga presente estos presupuestos a la hora de fallar, para demostrar que ha dictado resolución en el caso a partir de los hechos y derecho presentes en el procedimiento, obteniendo como resultado conexiones lógicas entre estos elementos.

A. La valoración de la prueba

En los procedimientos regidos por la oralidad, la valoración de la prueba comienza en el momento en que el juez la percibe en la audiencia de juicio. Tras el ofrecimiento e introducción de la prueba por las partes, el juez junto con interpretarla, la valora. El resultado de este proceso se plasma en la dictación de la sentencia definitiva.

La apreciación de la prueba consiste en la operación intelectual mediante la cual se determina qué valor aporta el medio probatorio a la hipótesis de hecho planteada en el juicio. En otras palabras, es un juicio mediante el cual se comprueba la aceptabilidad o no de los resultados producidos por los medios de prueba.⁵⁰ Por tanto, esta valoración es aquella que lleva al juez sentenciador a adquirir la certeza de la veracidad o falsedad de los hechos sostenidos por quienes litigan en el proceso.⁵¹

En este proceso, el legislador puede determinar de forma precisa qué reglas debe utilizar el juez para dar por establecidos los enunciados de hecho del juicio, o podrá dejar entregado a él mismo que determine cuándo considerará probado tal enunciado: en el primer caso, estaremos bajo el supuesto de valoración legal de la prueba; en el segundo, valoración libre de la prueba. En este último método, es posible advertir dos variantes, la de libre convicción y la sana crítica, caracterizándose, respectivamente, por el valor que atribuye el juez a los medios de prueba rendidos en el proceso en forma arbitraria o de acuerdo con los criterios de racionalidad formal, permitiendo que se controle la decisión mediante la introducción en el fallo de parámetros objetivos, que puedan ser objeto de crítica en cuanto a su racionalidad y coherencia, apreciando y corrigiendo las decisiones sesgadas.⁵² El art. 456 del Código del Trabajo enfatiza que “(...) el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

⁴⁹ TARUFFO (2011), pp. 407 - 408.

⁵⁰ TARUFFO (2011), pp. 265-266.

⁵¹ MATORANA (2014), p. 69.

⁵² MUÑOZ (2011), p. 27.

El sistema de sana crítica puede entenderse como una técnica establecida por el legislador que dota de libertad relativa al magistrado. Este sistema supone una valoración discrecional, pero bajo el amparo y la limitación estructural de una regla objetiva base. Así el resultado probatorio se logra con la combinación de elementos objetivos del proceso y un razonamiento lógico que permite llegar a una conclusión razonada.

De este modo, se da mayor libertad al juez para valorar, pero también una mayor responsabilidad y confianza. Aunque esta libertad se otorgue, debe tenerse en cuenta que ella está guiada y limitada por criterios de racionalidad para que la decisión a la que se arribe sea objetiva y no guiada por la propia moralidad del sentenciador.

Esta libertad se otorga con el objeto de obtener la valoración verdadera, ponderando los hechos en base a la prueba rendida en el proceso, usando para su control criterios racionales.⁵³

Considerando que el proceso laboral se rige mediante el sistema de la sana crítica, es necesario elaborar un estándar sobre la cantidad suficiente de información para que se dé por acreditada la afirmación de hecho por parte del juez y que su decisión pueda ser considerada como justificada por parte de aquel.⁵⁴ Tal como se establece en sentencias relacionadas a otros asuntos relacionados con procedimientos laborales, tal cual es, el despido injustificado: “*La exigencia legal de señalar los hechos en que se funda la causal de despido invocada es de suma relevancia, atendido que de acuerdo a las reglas del onus probandi, corresponde al empleador acreditar los presupuestos fácticos constitutivos de la causal invoca, y dicha prueba sólo podrá recaer en los hechos invocados en la carta de despido*”.⁵⁵

Se pueden definir estándares de prueba como las líneas de conducta que sirven de guía para los jueces en relación con la valoración probatoria que deben realizar, permitiendo de manera racional señalar que se ha probado el hecho en cuestión, pudiendo graduarse según su probabilidad en tres tipos: baja, medio y alto o elevado.⁵⁶

Se ha planteado que, en los casos de acoso sexual laboral, sería posible el establecimiento de un estándar de prueba bajo, en atención a los intereses en juego, de modo tal que sea relativamente sencillo para el juez dar por probados los hechos alegados por el o la trabajadora acosada.⁵⁷

Sin embargo, el legislador no ha realizado cabalmente esta tarea, y son unas cuantas excepciones en donde ha creado estándares de convicción por lo que a falta de aquello es resorte de la actividad judicial, su elaboración.⁵⁸

⁵³ TARUFFO (2002), pp. 401- 402.

⁵⁴ CERDA (2018), p. 51.

⁵⁵ *Navarrete con APCO Andrés Pirazzoli y CIA LTDA* (2021).

⁵⁶ CERDA (2011), pp. 221.

⁵⁷ CERDA (2011), pp. 226-227.

⁵⁸ CERDA (2011), p. 221.

En el ámbito de los procesos por tutela laboral, el art. 492 del Código del Trabajo establece expresamente la necesidad de aportar indicios suficientes, por lo que es posible sostener que el estándar de prueba no es bajo, pero sí medio en aquellos casos en que el acoso laboral configure una infracción a un derecho fundamental. Se ha resuelto que esta circunstancia *“Que conforme al artículo 493 del Código del Trabajo, es deber de la parte denunciante aportar antecedentes de los cuales resulten indicios suficientes de que se ha producido vulneración de derechos fundamentales. Aquello, como ha señalado el Profesor José Luis Ugarte Cataldo (...) Hay una alteración del objeto de la prueba en que la víctima o denunciante no está completamente liberado de prueba, debe acreditar al menos la existencia de “indicios suficientes” de la existencia de la conducta lesiva para que se traslade al empleador -denunciado- la explicación de los fundamentos de las medidas aportadas y su proporcionalidad, lo que importa aliviar la posición del trabajador exigiéndole que acredite hechos que generen la sospecha fundada y razonable en orden a la existencia de la lesión que alega, lo que tiene su fundamento en que generalmente las conductas lesivas de derechos fundamentales suelen encubrirse con conductas aparentemente lícitas y en la dificultad del trabajador especialmente una vez terminada la relación laboral de acceder a la prueba necesaria, que generalmente se encuentra al interior de la empresa.”*⁵⁹

Por consiguiente, sostenemos que el juez al momento de elaborar los estándares de convicción de la prueba debe realizarlo en consonancia a la perspectiva de género como máxima de experiencia.

B. Reglas de valoración y máximas de la experiencia

Como señalamos precedentemente, el juez al motivar su sentencia deberá hacerse cargo de indicar las razones que se tuvieron en cuenta para dar por establecidos los hechos del juicio. Solo de esta manera adquiere sentido permitirle valorar libremente la prueba, en la medida que se le exige el uso y explicitación de criterios racionales en la decisión. Si así no lo hiciere, tal decisión se tornaría discrecional.⁶⁰

Dentro de las razones que el juez debe considerar en la forma en que argumenta, es posible encontrar enunciados que aplican en su construcción principios de la lógica,⁶¹ máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados.⁶²

Precisamente, este trabajo considera que la perspectiva de género constituye una máxima de la experiencia que el juez debe utilizar al momento de ponderar la prueba aportada al juicio.

Recuérdese que las máximas de la experiencia -además de los principios de la lógica formal y los conocimientos científicos- constituyen un límite para la valoración de la prueba y una guía a la que

⁵⁹ Rojas con Bravo (2020).

⁶⁰ GASCÓN (2004), p. 199.

⁶¹ Las reglas de la lógica son principios generales, permanentes y universales que se aplican a cualquier categoría.

⁶² Los conocimientos científicos son aquellos que se obtienen mediante un determinado método que permite llegar a establecer hipótesis comprobables.

pueden recurrir los jueces cuando busquen fuentes de racionalidad para fundar su razonamiento en torno a las pruebas.⁶³

Por consiguiente, el juez al momento de elaborar la sentencia definitiva debe expresar las razones técnicas, de experiencia, lógica o científicas para fundamentar la valoración que hizo sobre las pruebas que fueron introducidas dentro del proceso.

Así se establece en el art. 459 del Código del Trabajo, que señala: “El análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación”, debiendo incluirse tanto la justificación respecto de aquellas que fueron utilizadas para establecer los hechos, como las razones por las cuales no se utilizó otra prueba aportada interpretando armónicamente esta disposición con la prevista en el art. 456 del código laboral.⁶⁴

Por lo tanto, puede suceder que, en un caso de acoso laboral, el juez no haya acogido la demanda, y en la sentencia definitiva no haya realizado la debida fundamentación de las razones por la que desestimó ciertas pruebas o lo hizo, pero sin aplicar perspectiva de género como máxima de experiencia, por lo que causa directamente un agravio a la parte vencida al no probarse efectivamente el hecho, que sería el acoso laboral.

Sin embargo, es posible advertir del análisis de la jurisprudencia, que nuestros jueces no aplican la perspectiva de género como un instrumento de corrección en la estimación de los hechos probados.⁶⁵ Por ejemplo, el Juzgado de Letras de Trabajo de Valparaíso conociendo de una por vulneración de derechos resolvió: “La denunciada, por otro lado, ha demostrado que el trato y bromas soeces entre compañeros fue bien tolerado por la actora al menos durante un año, ya que participaba activamente tanto en las conversaciones de WhatsApp, conversaciones por Skype que mantuvo con Cristian Solís en el año 2013, como consta de correo electrónico remitido por don Cristian Solís a Iris Gajardo y María Emilia Núñez y pantallazos del WhatsApp grupal que mantenía el grupo del área comercial de la empresa. Asimismo, presentó la denunciada un pendrive que contiene video en el que la actora participa en un baile Koala con un compañero de trabajo”.⁶⁶

Como se advierte del considerando transcrito, el tribunal desestimó la demanda por considerar que la actora fomentó las conductas constitutivas de acoso por parte de sus compañeros y participó en conversaciones de WhatsApp con su superior, sin comprender que, en la posición subordinada de la trabajadora, ésta actuó de esta forma por temor a perder su empleo.

En otro caso conocido por el mismo tribunal, la actora denuncia a su superior por vulneración de derechos fundamentales quien, tras la información de encontrarse embarazada, éste empezó con malos

⁶³ ASCENCIO (2004), p. 24. En contra MATURANA (2014) p. 133, quien sostiene que son criterios orientadores de la labor judicial, pero no límites.

⁶⁴ MATURANA (2014) p. 134.

⁶⁵ INIGUEZ (2003), p. 549.

⁶⁶ Villegas con Zeal Sociedad Concesionaria (2016).

tratos, disminuyendo su remuneración bajo el pretexto que, por su condición, no era tan eficiente como sus compañeros.

A pesar de haber acreditado mediante prueba testimonial en donde se mostraban explícitamente estas conductas por parte del empleador, el juez desestimó la denuncia, por estimar que no existía relación contractual alguna que permitiera a la actora denunciar por acoso laboral de acuerdo, a lo que señalaban que no tenía que tener la relación laboral, ni siquiera valorando la prueba rendida, por tanto no se podría estimar esta conducta de acoso, porque según ellos faltaban pruebas de la situación de la denunciante en la empresa: señalando: “Que, de acuerdo al mérito de las probanzas incorporadas por la denunciante, a saber, documental, declaración de un testigo, y exhibición de documentos, estos no permiten concluir la existencia de los hechos expuesto en el considerando anterior, ya que la documental, especialmente el correo electrónico de 23 de mayo del año 2016, como las copias de correos electrónicos entre las partes, no reflejan la existencia de las referidas vulneraciones de forma inequívoca y concretamente”.⁶⁷

El último caso que ejemplifica esto, tiene que ver con una trabajadora, que acredita los hechos de existir una relación laboral, y las conductas “Finalmente, sobre la exposición a comentarios sobre su condición sexual, sólo se hizo referencia en la demanda al hecho que en mayo de 2016 Y.R. habría referido públicamente “que a los homosexuales hay que matarlos”, ocasión en que la actora se vio compelida a develar ante sus compañeros de trabajo su opción sexual, al pedirle a aquel que dejara de emitir ese tipo de juicios porque la denigraba. Sobre el punto, la única evidencia presentada en el juicio es la declaración del testigo A., a la que no es posible darle crédito, atendido que carece de la imparcialidad suficiente por mantener juicio pendiente contra la denunciada”.⁶⁸

El sistema de la sana crítica cuyo límite son las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, es una forma compleja de valorar la prueba, que requiere de un amplio grado de especialización para dictar resoluciones. Si no se cuenta con tales conocimientos especiales, las sentencias judiciales se transforman en juicios de moralidad o manifiestos de los intereses personales de los jueces, que pueden utilizarse de forma subrepticia, como máximas de experiencia.⁶⁹

El juez debe justificar su decisión no solo para adecuarse a lo que la Constitución y la ley le exigen, sino también para justificarse frente a la opinión pública aumentando así la legitimidad de su decisión. Estas consideraciones, obligan al juez a salir de las fronteras del ordenamiento jurídico propiamente tal, permitiendo la construcción de discursos fácticos que favorecen y toman en consideración los avances no solo de la ciencia, sino que del sentido común para contar con un mayor aproximamiento a la realidad.⁷⁰

⁶⁷ Marengo con Sociedad Eneset Ltda. (2018).

⁶⁸ Quinteros con Subsecretaría de Evaluación Social y Fisco de Chile (2019).

⁶⁹ Maturana (2014), p. 198.

⁷⁰ Coloma (2010), p. 941.

De esta forma, el contexto cultural del juez también supone uno de los parámetros que éste debe considerar al momento de dictar sentencia. Este contexto se expresa por la aplicación de las máximas de la experiencia.

Máxima de la experiencia debe entenderse como un tipo de inferencia probatoria basada en la inducción; es decir, existiendo cierto grado de probabilidad que, de acuerdo con el estándar de prueba, debe ser apreciado en pos de una valoración adecuada para el caso.⁷¹

Por su parte, Stein explica que son “(...) *definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*”.⁷²

Como se advierte, mediante la posibilidad de aplicar máximas de la experiencia en el juicio, se otorga al juez una actuación protagónica, entregando una mayor libertad en materia probatoria para poder resolver.

Las máximas de la experiencia tienen tres características. En primer lugar, no son hechos individuales ni juicios plurales; en segundo lugar, llevan solo a conocimientos probables; y por última, su notoriedad y la irrelevancia del medio a través de la que se introducen al proceso.⁷³

A pesar de encontrarse asentadas dentro de las herramientas que puede recoger el juez para fundamentar su fallo, éstas pueden basarse en una supuesta vivencia o saber popular que esconde algún prejuicio del juzgador, por lo que la experiencia depende mucho del contexto del juez, y evoca una mayor responsabilidad en él para tomar decisiones. Es así como cada cultura se constituye por prejuicios consolidados en un contexto social e histórico específico, los que al formularse como una regla general se convierten en criterios de valoración y premisas para la formulación de inferencias relativas a casos particulares.⁷⁴

De esta manera, las máximas de experiencia pasarían a ser nociones de sentido común en situaciones generales que derivan de la experiencia de los sujetos y forman parte de la cultura de las personas en un lugar y tiempo determinado.

En Chile se da una valoración desigual en el en los procedimientos de acoso, en que los jueces aplican sus sesgos y estereotipos respecto a la mujer cuando valoran el proceso. Históricamente se ha dado así, por una visión patriarcal que se ha dado por parte de la justicia, en que hay mayoría de hombres desde su origen, lo que ha permeado en la valoración desde el punto de vista masculino de las cosas.

⁷¹ MATURANA (2014), pp. 187 - 188.

⁷² STEIN (1973), p. 26.

⁷³ MATURANA (2014), pp. 191-192.

⁷⁴ TARUFFO (2009), p. 445.

La conducta de acoso se ve determinada por el ejercicio de violencia del tipo físico y psicológico. A nivel normativo, sirven como marco respecto a estas formas de violencia en general, la Convención *Belem do Pará*, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ambos tratados se encuentran suscritos con Chile.⁷⁵

A nivel judicial, las normas de las cuales el juez toma parte a la hora de decidir un caso de acoso son las leyes específicas (leyes nacionales y tratados), que se interpretan de una manera determinada a la luz de los hechos concretos. El hecho es especialmente importante en los procedimientos de acoso, pues a partir de ahí se constituyen los elementos constitutivos de la conducta imputada, los cuales se observan bajo un sistema de sana crítica.

En el acoso, las máximas que se presentan responden a una forma determinada limitada al punto de vista patriarcal y sesgado, lo que incide en la valoración especial. Esto responde a una forma de conductismo judicial que se presenta en los jueces,⁷⁶ en el cual se comportan de cierta forma específica aplicando juicios de valor al no estar en el lugar de una mujer vulnerada por situaciones de acoso. Se da un contexto actitudinal que incide en la forma en cómo se falla específicamente, que se puede asociar también al género mayoritario en los tribunales en los que se desenvuelven, donde hay sólo hombres, por lo cual se comportan de una manera específica sesgada y marcada por una forma de ver los casos desde una óptica de igualdad formal. Hacen esto en el contexto actual en el cual que ambos géneros presentan asimetrías de poder que da lugar a que no pueda tener las mismas condiciones estructurales desde las que se permita juzgar.

Con base a que las máximas son variables, nos planteamos acerca de ¿cómo consideramos válidos los enunciados de hecho que fundan las máximas de la experiencia? Como las máximas de experiencia varían, se hace sumamente difícil poder establecer un límite para valorar las pruebas reunidas considerando una u otra máxima, y se parte de la premisa que es el juez el que debe determinar cuál aplicar. Por ello, resulta necesario definir una cierta forma de comprensión común de la realidad, la cual esté lejos de los estereotipos y prejuicios que nos ha entregado la sociedad de forma sistemática y que se encuentran recogidos incluso en nuestras normas jurídicas.

La labor de jurisprudencia y de la doctrina puede ser útil para establecer mayor certeza de parámetros de control, determinando criterios mediante la aplicación sistemática de las máximas. Un ejemplo de ello está dado en la jurisprudencia norteamericana, en donde se concibió el criterio de la mujer razonable,⁷⁷ el cual supone la evaluación de la severidad del acoso desde la perspectiva de la mujer, y no bajo la experiencia de un hombre, sin obviar las consideraciones y experiencias propias de las mujeres bajo el contexto cultural. En Chile, carecemos de figuras de esta naturaleza, lo que permitiría establecer criterios que permitan enfrentar, tanto para jueces como para justiciables, estas cuestiones con mayores porcentajes de certidumbre.

⁷⁵ UGARTE (2020), p. 5.

⁷⁶ CARBONELL (2021), p. 133.

⁷⁷ GAMONAL y GUIDI (2015), pp. 319-320.

Así, la perspectiva de género podría configurarse como uno de estos criterios en la dictación de las sentencias judiciales, como parámetro racional que el juez debe aplicar para fallar al determinar los hechos del juicio mediante la prueba aportada.

Así, la introducción de tal perspectiva como máxima, permite el reconocimiento del derecho como más justo y equitativo, que tenga en cuenta una cierta forma de comprensión de la realidad y que sea común entre quienes deben tomar decisiones y dictar resoluciones. Ello porque, aceptando una mayor cantidad de pruebas admisibles, estamos dando lugar a apreciaciones de prueba más razonables.

C. Razones para considerar la perspectiva de género como máxima de la experiencia

1. Antecedentes histórico-jurídicos

Se considera necesaria la inclusión de la perspectiva de género como máxima de la experiencia del juicio, como un mecanismo paliativo a la configuración masculina del Derecho, en tanto sistema de reglas.⁷⁸

Un ejemplo claro de esto es el hecho de que en toda la historia presidencial chilena ha existido una única presidenta mujer; mientras que, por su parte, el año 2017 fueron electas 6 mujeres para el Senado, lo que corresponde a un 23% del total de senadores; mientras en la Cámara baja fueron electas 36 mujeres lo que corresponde a un 22,5% del total de diputados electos ese año, y en lo tocante a la Excelentísima Corte Suprema actualmente hay un total de seis ministras, lo que corresponde a un 33,3%, considerando que a la fecha existen dos puestos vacantes, es decir, las mujeres aún se establecen como minorías en estos espacios del derecho que han sido frecuentemente y de forma histórica dominados por hombres, a pesar de contar con las mismas habilidades y experiencias laborales similares.⁷⁹

En los datos anteriores se refleja la segregación vertical que está presente como problemática laboral, en la cual se asume que los hombres se encuentran mejor preparados para los puestos de decisión y de control, por lo que se hace difícil que las mujeres puedan acceder a estos puestos de manera equitativa ya que se configura el poder en base a criterios de sexo. Actualmente aquella segregación vertical se trata de frenar mediante los conocidos sistemas de cupos, lo cual ha aumentado la presencia femenina en trabajos de alto nivel directivo. Sin embargo, *“la OIT estima que todavía su presencia es muy baja y representa en torno al veintiocho por ciento en términos comparativos a la presencia masculina en dichos puestos de responsabilidad”*.⁸⁰

2. Como instrumento de igualdad en el ejercicio de los derechos

Cuando se plantea la idea de aplicar perspectiva de género al momento de interpretar las normas, una pregunta recurrente, es si acaso este hecho implicaría una contravención al principio general

⁷⁸ CARBONELL (2021), p. 169.

⁷⁹ LÓPEZ (2017), p. 244.

de igualdad, debido a que se estaría haciendo una diferenciación bajo la premisa de que el género merece un reconocimiento en todo el quehacer judicial. Como lo hemos señalado con anterioridad, sostenemos que dicho reconocimiento se hace necesario para otorgar una igualdad real. Si tomamos en cuenta la masculinización de nuestro sistema jurídico tradicional, el derecho ha sido construido en base a normas masculinas, las cuales han permitido perpetuar los ejes de dominación de una sociedad fuertemente patriarcal, por lo que la aplicación de la norma sin dicha perspectiva aparejaría una resolución injusta y desigual.

Sin embargo, ¿se respeta el principio de igualdad si le damos un valor jurídico a las diferencias? En definitiva, nos preguntamos si el principio de igualdad y la diferencia son conceptos que se contraponen o, por el contrario, el reconocimiento de las diferencias se hace necesario para asegurar efectivamente la igualdad de los individuos, convirtiendo a la igualdad y la diferencia en conceptos complementarios.

Pues bien, sobre este punto, no hay un consenso total. Mientras que algunos autores sostienen que hacer una diferenciación por género, implicaría contravenir el principio de igualdad, otros autores señalan que es precisamente el reconocimiento de las diferencias lo que permite asegurar en el plano social una igualdad material para todos y todas.

Autores como Ferrajoli apoyan este último punto, pues él le da un significado distinto al concepto de “igualdad”. Parte de la base de que existen “diferencias” y “desigualdades”. Las primeras, subyacen bajo la diversidad de identidades personales que hacen a los individuos diferentes del otro, mientras que las desigualdades se refieren a las distintas condiciones económicas y materiales. En base a ello, el autor señala que ambos conceptos se refieren a circunstancias fácticas, mientras que el principio de igualdad es normativo, por una parte, contiene una protección a las diferencias y por otra una reducción o eliminación de las desigualdades.⁸⁰

Respecto a las diferencias, Ferrajoli señalaba cuatro modelos de configuración jurídica para las diferencias; (i) *indiferencia jurídica de las diferencias*; en este modelo, las diferencias simplemente son ignoradas y son confiadas a relaciones de fuerza; (ii) *Diferenciación jurídica de las diferencias*; aquí existiría una jerarquización de las identidades, algunas son valoradas, asumidas como privilegios, fuentes de derechos y poderes, mientras que otras son desvalorizadas y tienen un estatus de discriminación; (iii) *Homologación jurídica de las diferencias*; en este modelo las diferencias son valoradas y negadas, pues todas son ignoradas bajo una abstracta afirmación de igualdad; (iv) *Valoración jurídica de las diferencias*; este último modelo resulta de nuestro interés, pues se basa en el principio normativo de igualdad y a la vez en un sistema de garantías que sea capaz de asegurar su efectividad. Este modelo garantiza la afirmación y desarrollo de las diferencias, haciéndolas objeto de los derechos fundamentales. Por otra parte, no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, todas poseen igual valor, reconociendo y valorizándolas como un rasgo de identidad de la persona.⁸¹

⁸⁰ FERRAJOLI (2015), p. 1.

⁸¹ FERRAJOLI (2005), p. 10.

Bajo la concepción del principio de igualdad, igualdad y la diferencia no son conceptos contrarios, sino complementarios, puesto que dentro del principio podemos ver una protección a las diferencias, y un interés en derribar las desigualdades materiales de los individuos. Para nuestro autor, “*la igualdad en este primer sentido es el valor igual asociado a todas las diferencias de identidad que hacen de cada persona un individuo diferente de todos los demás y de cada individuo una persona como todos los demás*”.⁸²

Como hemos señalado, nuestro sistema judicial es construido en base a cánones masculinos, que luego son disfrazados bajo el paradigma de que poseemos un Derecho “neutral”. Ante ello, nuestras normas perpetúan un sistema patriarcal que da paso a que se niegue que el género tiene una repercusión en nuestro esquema social, cultural, y judicial. Este sistema tradicional reprime las diferencias de género y tal como señala Ferrajoli, “... *el principio de igualdad se resuelve así en una ficción de igualdad que, ignorando las diferencias y su relevancia concreta en las relaciones sociales, está destinada a quedar en gran medida ineficaz*”.⁸³

Es por ello, que en esta investigación sostenemos la posición de que llevar la perspectiva de género en la interpretación de las normas no contraviene el principio de igualdad, sino que lo asegura materialmente. En nuestra realidad social y cultural, día a día vemos cómo los estereotipos de género, el patriarcado, y la masculinización de las normas puede conllevar a tratos injustos dentro del Poder Judicial, y cómo la presunta homogenización de la ciudadanía da paso a que se produzcan precisamente situaciones de desigualdad, lo que podemos apreciar en el trato diferenciado injusto que se le da a todo aquello que escape de la norma cultural dominante.

Tal como señala Ferrajoli, el problema radica en la interpretación que históricamente le hemos dado al principio de igualdad, y eso ha conllevado a que teorías feministas impugnen dicho principio, pues se concibe a la igualdad como un hecho, lo que se contradice con que las personas sean diferentes. El autor señala que la igualdad no es un hecho, sino un valor que se establece normativamente porque reconoce que, de hecho, todos somos diferentes y lo que realmente se desea, es evitar factores de desigualdad.⁸⁴

Bajo esta premisa, reconociendo las diferencias por género que se producen en nuestro día a día debido a los estereotipos que como sociedad hemos creado, y llevando dicha perspectiva a nuestro plano judicial, estaríamos evitando que se viole el principio de igualdad en las resoluciones judiciales. Partiendo de las definiciones dadas en el apartado II, letra B, en el ámbito de la aplicación de las normas jurídicas, hay que considerar que hombres y mujeres, en razón de su sexo, deben o no deben actuar de determinada manera, constituye un sesgo de género que puede formar parte de los prejuicios culturales de un juez al decidir. Al ser los roles de género modificables según el contexto histórico y cultural en el que se desarrolla, los sentenciadores tienen el poder de transformar medi-

⁸² FERRAJOLI (2015), p.2

⁸³ FERRAJOLI (2015), p. 5.

⁸⁴ FERRAJOLI (2015), p, 5.

ante sus fallos, eliminando de sus argumentos decisorios todo aquel estereotipo o prejuicio, envolviendo las experiencias de hombres y mujeres de nuestra sociedad actual y reconociendo la diversidad de condiciones que existen para poder lograr una igualdad sustancial y una sociedad con cada vez menos estereotipos de género.

La consideración de este sesgo, constituye -a su vez-, aplicación de la falacia de la íntima convicción. Se ha dicho que ello constituye una forma arbitraria de valoración de la prueba porque el juez decide qué pruebas son las más adecuadas para considerarse como válidas o probadas ante el caso, a partir de una decisión “(...) que incluye [desde] la arbitrariedad o la irracionalidad, hasta la libertad limitada a la razón”.⁸⁵

Con esto se quiere decir que, ante una serie de casos más o menos similares, un juez con un sesgo de género podría asegurar que “todas las mujeres son X”. Argumentar de esa forma altera la percepción y valoración de la prueba por la consideración del juez sobre el mundo que le rodea. Agregado a los problemas de género que se presentan en el Derecho en general, las consecuencias jurídicas negativas que pueden generarse en los procesos judiciales en los que se utiliza el sistema de sana crítica, aumentan.

Olsen ha explicado la hegemonía de lo masculino, bajo la construcción de nuestra sociedad mediante dualismos jerarquizados y sexualizados. Lo anterior, en el ámbito del derecho, ha generado que las características masculinas de racional, objetivo, abstracto y universal, sean predicadas de aquel. En cambio, los contrarios “femeninos”, irracional, pasivo, sentimental y subjetivo, no se estiman como características deseadas de lo jurídico.⁸⁶ No obstante, la misma autora sostiene que no deberían excluirse estos calificativos de ningún ámbito del derecho, ya que no invocan algo negativo, sino más bien un complemento a lo que realmente debe ser el derecho: una ciencia que incorpore ambos dualismos tomando los rasgos asociados tanto a los hombres y a las mujeres.

Sin embargo, el objetivo de tal incorporación no es permanente, sino temporal hasta que los atributos de lo femenino y lo masculino, entendidas como falsas construcciones sociales, sean eliminadas. Lo anterior permitirá la desaparición de los sesgos y estereotipos que han tenido gran poder en las fuentes de creación y aplicación de las normas jurídicas.

De esta manera, incorporando una perspectiva de género por parte de los jueces, no solamente se tomará en cuenta la posición desigual de la mujer en algunos ámbitos, sino también terminará con los estereotipos establecidos para los hombres, eliminando todos aquellos sesgos de los cuales hemos sido partícipes por crecer en una sociedad dominada por lo masculino, lo que enaltecerá el objetivo del juez de “(...) perseguir siempre averiguar la realidad”.⁸⁷

⁸⁵ GONZÁLEZ (2003), p. 39.

⁸⁶ OLSEN (2000), p.154.

⁸⁷ FERRER (2010), p.148.

El género al ser una construcción social debe ser cuestionado por los jueces, debido a que las sentencias judiciales van marcando la evolución y desarrollo de la sociedad, por lo que mientras los cambios ocurren, los sentenciadores deben tener claro su rol dentro del sistema, para modificar y reproducir estos cambios aplicándolos en sus decisiones judiciales, adecuándose así a las exigencias presentes.⁸⁸ Aplicando la perspectiva de género como una forma de valorar la prueba dentro de las máximas de experiencia en el sistema laboral, se determinará en qué casos un trato diferenciado es arbitrario o es realmente necesario debido a las circunstancias en las que se ha devuelto la sociedad, es decir, se combatirán las relaciones asimétricas de poder rompiendo con los esquemas de desigualdad en los que se desenvuelve generalmente el acoso.

Atendiendo a estos problemas específicos, autores como Zúñiga nos dicen que el tema se debe ver bajo lo que se conoce como un “techo de cristal”.⁸⁹ Esto es una especificación del enfoque de género, útil para entender las dinámicas de exclusión en contextos organizacionales variados, tal como lo que se plantea respecto a la relación que tienen las mujeres con los tribunales laborales de justicia.

Es acá donde se puede aplicar el enfoque de perspectiva de género sobre las valoraciones de las sentencias, pues a través de este enfoque se puede valorar debidamente un caso, en atención a la situación particular de las mujeres, que se encuentran en una desigualdad basal y asimétrica de poder respecto a los hombres

Esta herramienta tiene un potencial para transformar la realidad, pues excede el proceso de creación, aplicación e interpretación de las normas, replanteándose presupuestos políticos que adecuándose correctamente neutraliza los estereotipos de género.⁹⁰ Se logra a través de este neutralizar una visión patriarcal de entender los asuntos en materia judicial, aplicando una valoración específica. Esta es la valoración con perspectiva de género la cual consiste en construir relatos e inferencias probatorias que tengan en cuenta los contextos históricamente desfavorables para las mujeres, evitando el uso de estereotipos de género.

Los jueces tienen la capacidad de romper con la desigualdad formal que se genera en estos espacios que no han podido ser llenados por el derecho, a través de criterios jurisprudenciales que deben incorporar la perspectiva de género para formar una pauta para los demás tribunales, dando orientación para combatir las brechas y generando una valorización más acercada a la realidad. Tomando en cuenta aquello como una máxima de experiencia común en la sociedad, se podrá fallar entregando una real igualdad, asegurando la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, dispuesta en el art. 19, Nº 3, inciso primero de la Constitución Política de la República.

Hoy en día contamos solamente con una igualdad formal, en donde se establecen leyes para sopesar y enfrentar las diferencias que se han establecido, lo cual no es suficiente. Es necesario transformar

⁸⁸ INIGUEZ (2003), p. 543.

⁸⁹ ZÚÑIGA (2020), p 11.

⁹⁰ MATORANA (2019), p. 281.

para llegar a una igualdad material en donde el derecho tome en cuenta las diferencias existentes, es decir, que establezca como cierta la posición desventajada en la que se encuentran algunos actores de la sociedad. Bajo la igualdad legal establecida en nuestro sistema, se oculta una relación social de desigualdad y dominación que determina las relaciones políticas y el contenido del ordenamiento jurídico.⁹¹ Lo anterior, se manifiesta en patrones institucionalizados que adoptan un sesgo cultural dominante, dejando en una posición desventajosa e invisibilizando a la gran diversidad que no se encuentra en tal categoría.⁹²

En Chile, respecto a esta igualdad material, se ha avanzado sobre el tema, a través de la capacitación e información presentada por organismos técnicos, especialmente desde la esfera de la Corte Suprema, que posee el órgano de Secretaría Técnica Igualdad de Género y No Discriminación. Esto es un avance desde el punto judicial, y un hito para capacitar a distintos funcionarios en este enfoque particularmente tendiente a resolver problemas de igualdad material que tienen mujeres respecto a hombres.⁹³ Sin embargo, se observa el fenómeno particular, que es muy limitado el alcance de estas instancias, pues la capacitación es sólo voluntaria y no existe mecanismo vinculante alguno que pueda dar una adecuada formación a nivel general de los jueces, por lo que en la mayoría de los casos se sigue fallando con prismas estereotipadas que no responden a una realidad basal de desigualdad en la que están las mujeres.

En este sentido, conforme al Informe Global de la Brecha de Género 2018 del Foro Económico (WEF) la brecha de género a nivel global es de tal magnitud, que para alcanzar oportunidades igualitarias para hombres y mujeres se necesitan al menos 108 años tomando en consideración los 106 países que conforman el estudio.⁹⁴ Entre este estudio, se encuentra Chile, en el puesto 54, mientras Nicaragua se posiciona como líder del ranking en América Latina ocupando la posición 5. Si bien, es alarmante la cantidad de años que se requieren para lograr una igualdad de oportunidades, es menester señalar las mejoras que se han realizado en el sistema de Nicaragua, modelo a seguir en América Latina en lo que a políticas de género respecta.

Si ahondamos en las políticas nicaragüenses nos daremos cuenta de que, en primer lugar, que el artículo 48 de la Constitución Política de la República de Nicaragua, establece una igualdad incondicional de todos los ciudadanos, estableciendo absoluta igualdad entre el hombre y la mujer, señalando además que “(...) es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país”. Por otra parte, el 14 de febrero del año 2008, se aprueba la Ley N°648 de igualdad de derechos y oportunidades, la que establece en su artículo 1 que el objetivo fundamental de la ley, consistente en promover la igualdad y equidad en el goce de derechos entre hombres y mujeres, en donde las políticas públicas deben orientarse a asegurar el ejercicio efectivo de la igualdad aplicando la norma para asegurar el

⁹¹ PEÑA (2008), p. 3.

⁹² PEÑA (2008), p. 3.

⁹³ FUENTEALBA (2020), p. 43.

⁹⁴ WORLD ECONOMIC FORUM (2018), p. 32.

pleno desarrollo de la mujer, y establecer mecanismos a través de los cuales todos los órganos administrativos estatales y poderes del estado garanticen una efectiva igualdad.

Además de otras políticas públicas del país centroamericano, es menester destacar cómo se aplica el enfoque de género en su sistema judicial. En primer lugar, el Poder Judicial de la República de Nicaragua, cuenta con una Política de Igualdad de Género (2016), la cual establece como objetivos fundamentales: a) Integrar un enfoque de género en la institución del Poder Judicial tanto en su nivel de organización interna, como las estrategias de recursos humanos; b) Los operadores de justicia deben incorporar perspectiva de género con calidad y eficiencia en los servicios que se prestan a la comunidad; y c) Facilitar el acceso a la justicia de hombres y mujeres.

Pues bien, a través de estas políticas lo que se logra es que el Poder Judicial Nicaragüense forme parte de un tema contingente como lo es la brecha de género existente, tomando un rol activo - social, haciéndose parte del cambio que se requiere y realizando las modificaciones necesarias para dar paso a una justicia en la que toda persona se encuentre en igualdad de oportunidades, evitándose arbitrariedades por cuestiones de género.

Se enfoca entonces, en nuevas perspectivas en lo tocante a la comprensión de los derechos fundamentales, basándose en la interpretación de la normativa con atención al contexto social, tomando en consideración y relacionando de forma efectiva elementos de tipo fácticos, los principios basales de la norma, aplicando a un razonamiento jurídico centrado en lo práctico y demostrativo, al momento de valorar hechos, buscando una aplicación real de la perspectiva de género y así llegar a una decisión justa.⁹⁵

Ahora bien, conforme al Informe Global de la Brecha de Género 2018 del Foro Económico (WEF) -antes señalado- la realidad nacional en cuanto a la incorporación de políticas de género no resultan igualmente equiparables a las de Nicaragua, pues Chile ocupa el lugar N° 54 dentro del Ranking, sin embargo, se han logrado mejoras dentro del sistema judicial. En la actualidad, en Chile existe una política de igualdad de género y no discriminación, cuyo objetivo es respetar la igualdad en todo lo que respecta al quehacer de nuestro sistema judicial y asegurar el efectivo acceso a la justicia.

Esta política se hizo aplicable a través de distintos ejes estratégicos: a) *No discriminación de género*: a través de este eje se busca eliminar barreras -por motivos de género, identidad de género u orientación sexual- que restrinjan el goce y ejercicio de nuestros derechos en el sistema judicial, buscando incorporar la perspectiva de género en todo ámbito de trabajo del Poder Judicial; b) *Enfoque de género en el acceso a la justicia*: este eje tiene como objetivo incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la labor jurisdiccional para garantizar un efectivo acceso a la justicia. Para ello, se busca incorporar esta perspectiva tanto en la atención como en la comunicación con los usuarios incorporando un lenguaje inclusivo, promoviendo protocolos de inclusión y promoviendo en sí la completa incorporación de la perspectiva de género en la administración de la justicia; c) *No violencia de gé-*

⁹⁵ PÉREZ (2018), p.11.

nero: este eje busca eliminar del poder judicial toda conducta o acción basada en género que cause un menoscabo a los usuarios. para ello, se implementan protocolos que erradiquen la violencia de género en el ámbito laboral; d) *Capacitación*: es un eje transversal, toda vez que pretende contribuir a la difusión, y comprensión de temáticas relacionadas a la igualdad, no discriminación e inclusión de la perspectiva de género en el sistema judicial.⁹⁶

A través de estos cuatro puntos centrales se logra incorporar una política que busca evitar que nuestro sistema judicial perpetúe desigualdades existentes en nuestra sociedad, buscando paulatinamente un cambio cultural a nivel institucional. Al incorporar una política de igualdad de género y no discriminación, se vela por la dignidad de toda persona al entregarle una igualdad real y un respeto a sus derechos fundamentales.

V. CONCLUSIONES

A partir de este trabajo investigativo, hemos logrado concluir que, en nuestro sistema procesal, donde se aplica el sistema de valoración de la sana crítica es relevante para dicha valoración, lo que se denominan “*máximas de experiencia*”. En este sentido, las máximas que son aplicables actualmente en un proceso judicial laboral varían dependiendo de cada juzgador, lo que es problemático, puesto que no existe una unificación en cuanto a qué máximas son aplicables para valorar la prueba.

En torno a ello, en los procesos laborales que aluden problemáticas de acoso laboral, se han aplicado máximas que no toman en consideración el contexto social actual, y dejan de lado aspectos relativos a la perspectiva de género que son necesarias para obtener un adecuado acceso a la justicia, lo que influye en la objetividad de la situación y perpetúa estereotipos de género existentes, afectando la igualdad formal que nuestros derechos fundamentales buscan otorgar.

Sin embargo, este panorama ha ido variando, puesto que la perspectiva de género ha comenzado a incorporarse paulatinamente tanto en nuestro sistema judicial en general a través de la política de igualdad de género y no discriminación que busca que en el quehacer del sistema judicial se incorporen perspectivas de género y no discriminación para así otorgar un acceso a la justicia igualitario para todos. Particularmente, en los procedimientos laborales relativos a situaciones de acoso, se ha incorporado también esta perspectiva para valorar la prueba por parte del órgano juzgador.

En el ámbito procesal, podemos identificar una evolución y un proceso de adaptación, pasando de estándares conservadores y en la gran parte de los casos machistas, a una visión influida por el respeto e igualdad entre hombres y mujeres, pero por sobre todo la aplicación de la ley y la justicia, cuando corresponda, entregando mayores facilidades en cuanto a la prueba de situaciones de acoso al actor, que en la gran parte de los casos, entre ellos la jurisprudencia expuesta, se constituye como la parte débil dentro del proceso. Sin embargo, cabe recalcar que este proceso ha sido bastante lento y aun

⁹⁶ PODER JUDICIAL DE CHILE (2018), p.52.

con los esfuerzos del Poder Judicial, aún ha de faltar un largo camino en la evolución del sistema y proceso, en la esfera nacional, para que aplique a cabalidad la perspectiva de género y en consecuencia una visión con estándares igualitarios.

Cabe mencionar en el marco de la actualización de este trabajo investigativo, que luego de realizar un análisis de la jurisprudencia aportada por tres bases de datos, en fallos de primera instancia tocantes a acoso sexual o laboral (entiéndase también *mobbing*), dentro del periodo comprendido entre el primero de enero de dos mil diecinueve y el primero de junio de dos mil veintiuno hemos identificado un escaso avance en lo referido a aplicación de perspectiva de género.

De hecho, de un total de dos mil setecientos treinta y tres fallos ligados al tópico “acoso” y en específico seiscientos setenta y siete sentencias vinculadas al acoso sexual laboral, hemos podido identificar tan solo nueve fallos donde se aplica la perspectiva de género y/o criterio de la mujer razonable, de los cuales solo seis hacen alusión directa a la CEDAW (Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, ratificada por Chile en el año 1989).

Estos antecedentes nos permiten señalar que aun cuando Chile avanza en la aplicación de la perspectiva de género dentro del Poder Judicial, en específicos en los Juzgados de Letras del Trabajo, el camino aun es largo y es poco lo que se ha avanzado en términos concretos, puesto que se puede identificar una aplicación mínima de tópicos tan importantes en materia de igualdad, como lo es la perspectiva de género en el tratamiento de casos de acoso sexual y/o laboral.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ALISTE SANTOS, Tomás-Javier (2011): *La motivación de las resoluciones judiciales* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2007): *La Prueba Judicial* (Rosario, Editorial Juris).
- ASCENCIO LÓPEZ, Félix (2004): *Revisión de los hechos y recurso de nulidad. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales* (Santiago, Repositorio Académico Universidad de Chile).
- ASOCIACIÓN DE MAGISTRADAS CHILENAS Y COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y GÉNERO DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE MAGISTRADOS (2015): *Recomendaciones para el abordaje de una política de género en el Poder Judicial Chileno* (Santiago, MACHI).
- BUTLER, Judith (1999): *El género en disputa* (México D.F, Paidós Studio).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2011): “La noción de acoso moral laboral o ‘mobbing’ y su reconocimiento por la jurisprudencia en Chile”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 37 núm. 2).
- CARBONELL BELLOLIO, Flavia (2021): “Teoría y método para el estudio del razonamiento y comportamiento judicial con perspectiva de género”, en: *Revista Justicia con Perspectiva de Género* (vol. 1).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2011): *Elementos fundamentales de la actividad probatoria* (Santiago, Editorial Librotecnia).

- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2018): “Formalización de los parámetros de racionalidad en la valoración probatoria conforme a la sana Crítica”, en: Benfeld Escobar, Johann y Larroucau Torres, Jorge (editores) *La sana crítica bajo sospecha* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- CERVERA SÁNCHEZ, Ana María; ROJO ARNAU, José Vicente (2005): *El Mobbing o Acoso Laboral* (Madrid, Editorial Tebar).
- CHIOVENDA, Giuseppe (1977): *Principios de Derecho procesal civil*, 3ra. Edición (Traducc. de José Casais, Madrid, Editorial REUS), t. I.
- COLOMA CORREA, Rodrigo (2010): “¿A quiénes deben hablar los jueces cuando en sus sentencias dan por probados los hechos controversiales?”, en: Tavolari Oliveros, Raúl (coordinador), *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (Santiago, Editorial PuntoLex, Thompson Reuters, La Ley) t. II.
- COLOMA CORREA, Rodrigo (2012): “¿Realmente importa la sana crítica?”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 39 núm. 3).
- DE BEAUVOIR, Simone (2013): *El segundo sexo* (México D.F., Grupo Editorial Penguin Random House).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2010): *La valoración de la prueba* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- FERRAJOLI, Luigi (2005): “Igualdad y diferencia”, en: Cosme Valadez, Arturo (editor), *Igualdad y diferencia de género* (México D.F., Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación).
- FERRAJOLI, Luigi. (2015): “Il principio di uguaglianza e la differenza di genere”, en: *Revista Giudicedonna* (núm. 3).
- FUENTEALBA CARRASCO, Pablo (2020): “Algunas variables que influyen en las representaciones de género en el Poder Judicial de Chile”, en: *Revista CES Derecho* (vol. 11 núm. 1).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2013): *El ABC del Contrato de Trabajo* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio; GUIDI MOGGIA, Caterina (2015): *Manual del Contrato de Trabajo*, 4ª edición (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2004): *Los hechos en el Derecho: Bases argumentales de la prueba*, 2ª edición (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2003): “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)”, en: *Jueces para la Democracia*, (núm. 47).
- ÍÑIGUEZ DE SALINAS, Elizabeth (2003): “Las juezas en los tribunales, cortes y salas constitucionales”, en: *Estudios Constitucionales* (vol. 1 núm. 1).
- LITARDO, Emiliano (2018): “La identidad de género en América: aproximaciones para una teoría democrática del género”, en: *Sistemas Judiciales: una perspectiva integral sobre la administración de justicia* (año 18 núm. 22).
- LUNA LOZANO, Manuel. (2003): *Acoso psicológico en el trabajo (mobbing)* (Madrid, Secretaría de Salud Laboral).
- LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo (2017): “La transversalidad de la igualdad de género y la promoción de condiciones justas en el trabajo: revisión de instrumentos y políticas promovidas por la OIT”, en: *Revista Temas Socio Jurídicos* (vol. 36 núm. 72).
- MATURANA BAEZA, Javier (2014): *Sana Crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba* (Santiago, Editorial Legal Publishing Chile).
- MATURANA CABEZAS, Pilar (2019): *Juzgar con perspectiva de género: fundamentos y análisis de sentencias* (Santiago, Anuario de Derechos Humanos).

- MARINONI, Luiz; ARENHART, Sergio (2015): *La prueba* (Traducc. de René Núñez, Santiago, Editorial Legal Publishing Chile).
- MENESES PACHECO, Claudio (2008): “Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil”, en: *Revista Ius et Praxis* (vol. 14 núm. 2).
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo (2011): “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, en: *Revista para el análisis del Derecho* (vol. 2).
- OLSEN, Frances (2000): “El sexo del derecho”, en: Ruiz, Alicia (compiladora) *Identidad femenina y discurso jurídico*, 3ª edición (Buenos Aires, Editorial Biblos).
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio (2006): “El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno”, en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* (vol. 19 núm. 1).
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2012): “Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Año 19 núm. 2).
- PEÑA ECHEVERRÍA, Francisco Javier (2008): “Pluralidad, apertura y calidad de la ciudadanía”, en: *Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España* (núm. 9).
- Pérez López, Ileana del Rosario (2018): “Litigación oral con perspectiva de género. La experiencia de Nicaragua en materia procesal civil”, en: *Sistemas Judiciales* (vol. 17 núm. 21).
- PODER JUDICIAL DE CHILE (2018): *Política de igualdad de género y no discriminación* (Santiago, Secretaría de Género).
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2018): *Representación política de mujeres en el poder legislativo* (PNUD).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014): *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición (Madrid, Editorial Espasa Libros).
- SECRETARÍA DE COMUNICACIONES (SECOM); SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER (SERNAM) (2016): *Guía ilustrada para una comunicación sin estereotipos de género* (Santiago, Gobierno de Chile).
- SENTÍS MELENDO, Santiago (1979): *La prueba: Los grandes temas del derecho probatorio* (Buenos Aires, Editorial E.J.E.A).
- STEIN, Friederich (1973): *El conocimiento privado del juez*. (Traducc. de Andrés de la Oliva, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (2000): *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. (Madrid, Editorial La Ley).
- TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos*. (Traducc. de Jordi Ferrer, Madrid: Editorial Trotta).
- TARUFFO, Michele (2009): *Páginas sobre Justicia Civil* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- TARUFFO, Michele (2011): *La motivación de la sentencia judicial* (Traducc. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Editorial Trotta).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2012): “El acoso laboral: entre el Derecho y la Psicología”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 39, segundo semestre).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2020): *Informe en Derecho Acoso Sexual y Sexista en el Trabajo: Revisión desde la doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Poder Judicial de Chile).
- VILLALÓN ESQUIVEL, Jorge (2013): “¿Es el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales una adecuada herramienta de control y sanción del acoso laboral?”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (Año 20 núm. 1).

WORLD ECONOMIC FORUM (2018): *The Global Gender Gap Report* (WEF).

ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira (2020): *Informe en Derecho: El principio de paridad y el poder judicial* (MACHI).

Normativa citada

Constitución Política de la República de Nicaragua, Asamblea Nacional Constituyente, 9 de enero de 1987.

Constitución Política de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005.

Ley N° 1.552, aprueba Código de Procedimiento Civil, 28 de agosto de 1902.

Ley N° 648 (Nicaragua), de igualdad de derechos y oportunidades, 14 de febrero del año 2008.

Ley N° 20.607, incorpora definición de acoso laboral en el artículo 2 del Código del Trabajo, 08 de agosto de 2012.

Decreto con Fuerza de Ley núm. 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, 16 de mayo de 2000.

Decreto con Fuerza de Ley núm. 1, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, 31 de julio de 2002.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 18 de diciembre de 1979, ratificada por Chile el 17 de octubre de 1989.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención *Belem do Pará*, 9 de junio de 1994, ratificada por Chile el 15 de noviembre de 1996.

Jurisprudencia citada

Elena Vilches Valenzuela con Fisco de Chile (2020): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 13 de junio de 2020, rol N° T-917-2019.

Lorena Nehue Cárdenas con Junta Nacional de Jardines Infantiles (2021): Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique, de 02 de febrero de 2021, rol N° T-17-2020.

Luis Garzón Gómez con Inversiones COLCHILE LTDA (2019): Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno, de 26 de abril de 2019, rol N° T-2-2019.

Sebastián Salazar Sánchez con Comercial e Industrial DELVA S.A. (2020): Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, de 20 de abril de 2020, rol N° O-567-2019.

Mario Barrera Andrade con BC Consultoría E Inversiones SpA (2021): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 27 de febrero de 2021, rol N° T-1244-2019.

German Novoa Núñez con CODELCO Chile División Chuquicamata (2020): Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, de 10 de febrero de 2020, rol N° O-20-2019.

Leslie Labarca Avendaño con Servicio de Salud Aysén (2021): Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique, de 15 de marzo de 2021, rol N° T-19-2020.

Juan Navarrete Moncada con APCO Andrés Pirazzoli y CIA LTDA (2021): Juzgado de Letras y Garantía de Laja, de 06 de marzo de 2021, rol N° T-4-2020.

Oswaldo Rojas Leon con Héctor Bravo Rivas (2020): Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, de 11 de septiembre de 2020, rol N° T-29-2020.

Silvana Villegas con Zeal Sociedad Concesionaria (2016): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de 19 de febrero de 2016, rol N° T-132-2015.

Valeska Marengo con Sociedad Eneset Ltda. (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de 19 de marzo de 2018, rol N° T-531-2017.

Carla Quinteros Sainz con Subsecretaria de Evaluación Social y Fisco de Chile (2019): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 29 de abril de 2019, rol N° T-1704-2018.