

EL NUEVO ILÍCITO DE ACOSO LABORAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO

CLAUDIO PALAVECINO CÁCERES*
Universidad de Chile

RESUMEN: En este trabajo se plantea un análisis crítico del nuevo ilícito de acoso laboral introducido en el orden jurídico chileno por la Ley Nº 20.607/2012. El autor comienza por el estudio y alcance del concepto legal de acoso laboral. Después, pasa revista a la protección que otorga el ordenamiento jurídico ante el acoso psíquico laboral, a través de los diversos mecanismos instituidos en sede laboral. Asimismo aborda ciertos tópicos asociados a la compatibilidad, propuesta por el autor, entre las indemnizaciones contempladas en la legislación laboral y las de derecho común.

Palabras clave: *Acoso laboral, derechos fundamentales, tutela laboral, despido indirecto.*

ABSTRACT: This paper presents a critical analysis of the new felony of harassment at the work place in the Chilean legal system, introduced by Law No. 20.607/2012. The author begins with the study and scope of the legal concept of workplace bullying. Then, he reviews the protection afforded by the legal system against the psychological harassment at the workplace, through various mechanisms established in labor matters. Also, he addresses certain topics related to compatibility, proposed by the author, among the claims covered by labor law and common law.

Key words: *Labor harassment, fundamental rights, labor tutelage, indirect firing.*

1. INTRODUCCIÓN

El acoso laboral, acoso moral o *mobbing*, no es un hecho nuevo. En alguna medida evoca comportamientos sociales muy primitivos y hasta prehumanos. En efecto, la expresión *mobbing* fue utilizada por el etólogo Konrad Lorenz para designar las conductas agresivas de animales gregarios cuando quieren echar del grupo a un intruso¹. Luego se la utilizó para identificar conductas análogas en colectivos humanos.

Como fenómeno de la relaciones laborales la expresión “acoso laboral” designa un conjunto de comportamientos dirigidos a hacerle la vida imposible a la víctima dentro de la organización de trabajo. Lo cual tiene, como veremos, un impacto devastador sobre la salud psíquica y física del acosado.

Todo indica, además, que el acoso laboral es una práctica muy extendida en todo el mundo, pero se ha tomado conciencia sobre su existencia y gravedad recién en las últimas décadas, primero, mediante estudios científicos realizados desde diversas disciplinas y, luego, mediante su recepción como conducta antijurídica por muchos ordenamientos jurídicos.

Tras una larga tramitación, la ley 20.607, publicada en el *Diario Oficial* el 8 de agosto de 2012, introdujo el acoso laboral como ilícito laboral en el CdTch.

* Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ HIRIGOYEN, Marie France. *El Acoso Moral en el Trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*. España, Barcelona: Editorial Paidós, 2001, p. 69.

2. CONCEPTO LEGAL

La ley incorporó al inciso segundo del art. 2º CdTch, una definición de acoso laboral en los términos siguientes:

“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 de empleo”.

2.1 AGRESIÓN U HOSTIGAMIENTO

Por conductas constitutivas de *agresión* hay que entender comportamientos humanos que tienen el poder dañar, esto es, de causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia en otro.

Según el psiquiatra y catedrático español Adolf Tobeña:

“La agresión es [...] una de las maneras que la gente usa para interactuar. Es una de las modalidades que toman las conductas de relación. En la interacción social se dan maneras plácidas y afectuosas; no faltan asimismo las fríamente corteses y las distantes o funcionales; y también las hay sutilmente seductoras y manipuladoras. Pero además de esas múltiples formas de interactuar, están las lesivas o agresivas. Y ése es nuestro territorio: cuando en una interacción alguien inflige daño a otro, está usando un modo agresivo de conducta”².

Por su parte el término *hostigamiento* es, conforme al diccionario de la RAE, la “acción y efecto de hostigar” y “*hostigar*”, según la misma fuente, significa en su segunda acepción “molestar a alguien o burlarse de él *insistentemente*”³, siendo por ende el *hostigamiento* al que alude la ley un tipo o especie de agresión.

2.2 MEDIO

La definición legal indica que la *agresión u hostigamiento* puede efectuarse *por cualquier medio*. Por consiguiente, el acoso laboral comprende acciones tanto de carácter verbal como escrito, gestual o de contacto físico, actitudes y también omisiones.

Los actos de agresión verbal cobran especial relevancia como método de acoso:

Los dardos e insidias verbales que los humanos pueden prodigar no tienen parangón, y aunque sus consecuencias sean, a primera vista poco lesivas, pueden tener efectos devastadores en un animal que ha llegado a considerar los signos de estatus social (el respeto, la fama, la dignidad, etc.) como un elemento crucial de su existencia. Las herramientas cogni-

² TOBEÑA, Adolf. *Anatomía de la agresividad humana. De la violencia infantil al belicismo*. -1ª edición-. España, Barcelona: Editorial Debolsillo, 2003, p. 53

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. -22ª edición-. España, Madrid, 2001.

tivas que los humanos usan para lastimar son variadísimas y formidables (la burla, el sarcasmo, la calumnia, la ironía, el escarnio, la exclusión social, etc., son procedimientos lesivos que requieren una inteligencia social muy desarrollada)⁴.

Una forma todavía más refinada de agresión, muy utilizada y a la vez efectiva para destruir anímicamente a la víctima, consiste en *romper sus redes de relaciones comunicativas en la empresa*, con el consiguiente aislamiento profesional y social en el seno del grupo⁵. Con este fin se interrumpe constantemente a la víctima; sus superiores jerárquicos o sus colegas dejan de hablarle; la comunicación con ella se realiza solo por escrito; se rechaza incluso el contacto visual con el trabajador; se lo instala apartado de los demás; se ignora su presencia dirigiéndose únicamente a los demás; se les prohíbe a los colegas que le hablen; no se le permite hablar con los demás; la dirección rechaza cualquier petición de entrevista⁶.

El acoso laboral también puede implicar violencia física. Los actos de violencia física dirigidos contra la víctima suelen ser normalmente leves: se le pisa el pie, se le empuja, se le cierra la puerta en las narices; o bien las actitudes vejatorias pueden aparecer como actos de mera descortesía o mala educación, en sí, jurídicamente irrelevantes: se interrumpe constantemente a la víctima, ya no se le habla, se ignora su presencia, se utilizan gestos de desprecio dirigidos a ella (suspiros, miradas despectivas, encoger los hombros, etc.). Aunque “dicho ataque, tomado por separado, no es realmente grave; es el efecto acumulativo de microtraumatismos frecuentes y repetidos lo que constituye la agresión”⁷.

2.3 REITERACIÓN

La ley establece como elemento de la definición de acoso la *reiteración* de la agresión u hostigamiento, lo cual es concordante con la acepción de la palabra acosar es “perseguir, *sin dar tregua ni reposo*, a un animal o a una persona”. De modo que lo mentado con esta expresión es una conducta que tiene cierto grado de continuidad en el tiempo y, en cuanto tal, está integrada por una pluralidad de actos.

2.4 RESULTADO

El tipo de acoso laboral está integrado por la acción, a la cual ya se ha hecho referencia y señalado sus modalidades y por un resultado de la acción, dado que la ley exige, además de la conducta, que esta “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 de empleo”.

Conforme al diccionario de la RAE, *menoscabo* es el efecto de *menoscabar*. Vale decir “disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo” y también “deteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía”. Otra acepción pertinente de *menoscabar* es “causar mengua o descrédito en la honra o en la fama”.

⁴ TOBEÑA, Adolf, *op. cit.* (n. 2), p. 58.

⁵ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización”. Documento obtenido desde Internet, http://es.geocities.com/asacami/doc/tutela_aranzadi_cmn/

⁶ HIRIGOYEN, Marie France, *op. cit.* (n. 1), pp. 96-97.

⁷ *Ibid.*, p. 19.

Maltrato, de acuerdo con la misma fuente es “acción y efecto de maltratar”. *Maltratar*, a su vez, significa “tratar mal a alguien de palabra u obra” y “menoscabar, echar a perder”.

Humillar es la “acción y efecto de humillar o humillarse” y, también, “abatir el orgullo y altivez de alguien”. Otra acepción pertinente es “herir el amor propio o la dignidad de alguien”.

El acoso laboral se configura igualmente cuando el resultado consiste en un peligro o amenaza o un perjuicio efectivo de la *situación laboral* del trabajador o de sus oportunidades de empleo.

2.5 SUJETOS Y TIPOLOGÍA DEL ACOSO

Toda agresión supone una interacción entre individuos. Para que haya agresión se necesita, en principio, dos sujetos: un agresor y un agredido.

Dependiendo de quién sea el agresor, se distinguen hasta cuatro tipos de acoso. Los actos de acoso pueden provenir de (o ser instigados desde) la jerarquía de la empresa, o bien el acosador puede ser uno o varios compañeros de trabajo de la víctima, actuando *motu proprio*. En el primer caso, se habla de *acoso vertical descendente* y en el segundo, de *acoso horizontal*. Cuando el hostigamiento es producto de la connivencia entre la jerarquía y uno o más de los colegas del trabajador, se habla de *acoso mixto*.

Aunque de modo menos frecuente que los anteriores, el acoso puede provenir también de uno o más subordinados y en tal caso se le llama *acoso vertical ascendente*.

Si bien el acoso aparece como un problema eminentemente laboral, concebido en un sentido amplio el fenómeno puede producirse también en otras esferas distintas de la relación de trabajo, como los colegios (*bullying*), sin embargo la legislación lo ha acotado a las partes del contrato de trabajo y de la relación funcional.

3. PROTECCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE EL ACOSO PSÍQUICO LABORAL

3.1 EL DESPIDO INDIRECTO

La ley 20.607 incorporó expresamente como causal de despido indirecto del artículo 171 CdTch las *conductas de acoso laboral* del empleador.

El artículo 171 CdTch ofrece la posibilidad que, frente a conductas antijurídicas del empleador, el trabajador ponga término unilateralmente a su contrato de trabajo y solicite ante el tribunal las indemnizaciones con que la ley grava el despido indebido.

La doctrina laboralista denomina a esta figura *despido indirecto*, porque el empleador, si bien no despiden formalmente a su trabajador, se comporta de manera tan odiosa con este que lo determina a dejar su empleo. Traduciendo el supuesto fáctico de la norma a tipología del acoso laboral, podríamos hablar aquí de *acoso vertical estratégico*, que es el que proviene de la jerarquía y tiene como propósito conminar al asalariado a marcharse de la empresa, a renunciar, y evitarse así los procedimientos (y, sobre todo, los costes) del despido.

Se entiende por despido indirecto:

“un acto del empresario por el cual se crean condiciones que imposibilitan la continuidad de la prestación de los servicios. El patrono no declara la rescisión contrac-

tual; pero al violar sus deberes legales y contractuales, coloca al trabajador en situación tal, que este no puede continuar trabajando en la empresa, so pena de perjuicios morales y económicos”.

El acto unilateral rescisorio es imputable al empresario. Así, el motivo que determina la rescisión aparece como una causa que imposibilita la prosecución normal del contrato de trabajo, y que se debe precisamente al empresario. Cuando el trabajador rescinde su contrato por hecho imputable al patrono, los efectos de la denuncia contractual son los mismos que los que se producen cuando la decisión se debe a un acto unilateral del empresario. El trabajador ante la situación planteada, se considera como despedido, de manera que su denuncia justificada del contrato surte igual eficacia que la disolución sin justa causa por parte de empresario⁸.

Frente a este intento del empleador de esquivar el régimen causal de terminación de contrato, el ordenamiento jurídico reacciona, reconduciéndolo a dicho régimen para evitar que satisfaga su torcida intención.

3.1.1 *Despido indirecto por acoso horizontal*

El artículo 171 CdTch contempla también la causal residual de “*incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato*”. En mi opinión esta norma permite al trabajador poner término a su contrato de trabajo también por el acoso horizontal, vale decir, aquel que procede de sus compañeros de trabajo, aunque este último no sea instigado “desde arriba” cuando lo denunció formalmente al empleador y este adoptó medidas al respecto.

El acoso horizontal será imputable al empleador cuando él o sus representantes no hagan una investigación seria de la denuncia o, comprobada que sea, no adopten medidas para ponerle fin. E incluso por no prevenir que se produzca.

En efecto, el empleador no solo debe abstenerse de acosar, sino que tiene que tomar medidas para prevenir el acoso dentro del lugar de trabajo o bien para frenarlo y sancionarlo cuando se produce, porque en virtud del contrato de trabajo el empleador asumirá la obligación legal de “tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores” (artículo 184 inciso 1º CdTch). La legislación coloca al empleador en una posición de garante de la vida y de la salud de los trabajadores ante los riesgos laborales. De esta obligación general del empleador es posible derivar la obligación específica de mantener un ambiente libre de acoso laboral en los lugares de trabajo. Si no lo hace, incumple gravemente sus obligaciones y el trabajador puede autodespedirse y cobrar judicialmente las indemnizaciones legales. Y es que, como observa la doctrina comparada, el ambiente laboral es fuente de riesgo no solo para la integridad física del trabajador, sino que tiende a afectar el derecho a la salud en su globalidad. Y, sobre todo, son los riesgos “psicosociales” los que se configuran hoy como los principales riesgos emergentes en las nuevas formas de organización laboral.

⁸ CABANELLAS, G. *Contrato de Trabajo*. Argentina, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba Editores Libreros, 1964, Parte General, volumen III, p. 405.

El empleador *debe* pues contribuir a la prevención del acoso dentro del ámbito en que ejerce sus facultades de organización y dirección. Y además puede hacerlo ya que la legislación le otorga algunos instrumentos idóneos para tal efecto. De acuerdo con el artículo 153 CdTch, toda empresa con diez o más trabajadores permanentes debe confeccionar obligatoriamente un reglamento interno de orden, higiene y seguridad “*que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento*”. La ley agrega que “especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”. En este reglamento, el empleador debería establecer, del mismo modo que respecto del acoso sexual, la prohibición y sanción de los actos de hostigamiento y unas reglas mínimas de procedimiento, de carácter práctico e inmediato, para la denuncia, investigación y aplicación de sanciones de dichos actos.

Además la ley 20.607 incorporó expresamente como causal de despido disciplinario las *conductas de acoso laboral* del trabajador (artículo 160 letra f CdTch).

La posibilidad que la ley otorga al trabajador acosado de poner término inmediato y unilateral al contrato, parece ser la solución adecuada cuando la situación de acoso se ha consolidado, considerando que a esas alturas el clima laboral puede estar deteriorado irremisiblemente de suerte que resultará imposible una convivencia ulterior normal y/o la víctima haber resultado tan dañada emocionalmente que la continuidad de la relación laboral resulte pernicioso para su salud o impida su restablecimiento.

Pero, por otro lado, me interesa destacar que este mecanismo no tiene como finalidad reparar, o compensar de algún modo, el daño causado a la vida o a la integridad física o psíquica del trabajador o a cualquier otro de sus derechos fundamentales que haya resultado lesionado. Como quedó dicho más arriba, lo que se pretende con la norma contenida en el artículo 171 CdTch es castigar el despido indirecto, obligando al empleador al pago de las indemnizaciones por término de contrato que pretendía eludir provocando la renuncia voluntaria del trabajador. Las mal llamadas indemnizaciones por término de contrato de trabajo no son tales, porque no tienen por objeto reparar ningún daño, sino reforzar el régimen causal de terminación⁹.

3.2 ACCESO AL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales del sujeto afectado, el acoso psíquico es un comportamiento pluriofensivo. Y es que, en verdad, cuesta encontrar otras conductas que, en sede laboral, signifiquen la violación, en muchos casos simultánea, de tantos derechos fundamentales. Esos derechos son inmediatas proyecciones de la dignidad de la persona humana, de manera que el acoso psíquico configura en última instancia un agravio contra el valor supremo del orden político y moral de nuestra sociedad. Así lo reconoce expresamente la ley al señalar que “es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral” (art. 2º, inciso 2º, CdTch).

⁹ Vid. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *op. cit.* (n. 5), p. 24.

Si el acoso sexual lesiona los derechos de mayor rango dentro del ordenamiento jurídico chileno, a saber, “*los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*” y teniendo presente, además, que la propia CPR impone a los órganos del Estado un doble deber de respeto y de promoción de aquellos derechos, surge, como una consecuencia particular y obligada de tales premisas, el deber de los órganos públicos de garantizar a las personas protección contra el acoso laboral.

La acción constitucional de protección o “recurso” de protección (amparo constitucional en el Derecho comparado), que es la acción de tutela por excelencia de las libertades constitucionales en Chile, si bien resultó útil en algún caso de acoso laboral, no operó, en la práctica, como cauce masivo para la pretensión de tutela frente a dicha conducta, ni tampoco de otras lesivas de derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de la empresa. La doctrina constató con desaliento que esta acción constitucional no ofreció auténtica protección a los derechos fundamentales del trabajador ante lesiones producidas con ocasión de las relaciones laborales.

Esto hizo necesario, de acuerdo a la opinión mayoritaria de la doctrina iuslaboralista, el diseño por el legislador de un instrumento específico que permitiera dotar de real eficacia tales derechos en el ámbito de las relaciones laborales y así fue como la reforma a la jurisdicción laboral efectuada por la ley 20.087 introdujo un “procedimiento de tutela laboral” el cual instrumentan los artículos 485 y siguientes del CdTch. A través de este procedimiento, la víctima puede solicitar al tribunal, por vía de tutela anticipada, “la suspensión de los efectos del acto impugnado” (artículo 492 del CdTch) y como pronunciamiento de fondo, el “cese inmediato” del “comportamiento antijurídico”; la “reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de los derechos fundamentales (...) incluidas las indemnizaciones que procedieran”, como así también la reposición “al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada” (artículo 495 CdTch).

En el caso específico del acoso que culmina con un despido arbitrario (injustificado, indebido, improcedente o sin causa legal) el trabajador podrá solicitar al tribunal, dentro del procedimiento de tutela, el pago de las indemnizaciones propias del despido arbitrario, esto es, la indemnización sustitutiva del preaviso y la indemnización por años de servicio, recargada esta última en los respectivos porcentajes que señala el artículo 168 del CdTch y, adicionalmente, si se constatare lesión de derechos fundamentales, “una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual” (artículo 489 inciso 3° CdTch). Si el juez determina que el despido fue discriminatorio y grave, puede decretar la reincorporación del trabajador a la empresa o las indemnizaciones ya señaladas, a elección del trabajador (artículo 489 inciso 4° CdTch).

3.2.1 Derechos fundamentales susceptibles de lesión por el acoso laboral

Presupuesto básico de la acción de tutela laboral es que resulten lesionados los derechos fundamentales del trabajador:

“entendiéndose por estos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que sus vulneración sea con-

secuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador” (artículo 485 inciso primero CdTch).

Conviene, pues, detenerse a examinar qué derechos fundamentales del catálogo del art. 485 CdTch suelen resultar lesionados por el acoso laboral y de qué manera se configura la lesión.

El acoso psíquico laboral afecta, ante todo, “*el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*” (artículo 19 N° 1° CPR). Según una sentencia medieval, “la fuerte encina no cae nunca con los primeros golpes”. La consecuencia implícita que podemos sacar es que, si la golpeamos con insistencia, tarde o temprano terminará cayendo. Y esta es una metáfora que ilustra muy bien el hecho, clínicamente comprobado, de que los efectos del acoso están más vinculados a la intensidad y la duración de la agresión que a la estructura psíquica de la víctima¹⁰. De modo que, independientemente de su “perfil psicológico” o –volviendo al símil de la encina– de la madera de que esté hecho un individuo, cualquiera puede caer víctima del acoso moral¹¹.

Según informa Hirigoyen, la sintomatología es bastante típica: cuando el acoso es incipiente los síntomas de la víctima son parecidos al estrés (cansancio, nerviosismo, insomnio, jaquecas, trastornos digestivos, lumbalgias, etc.) con una peculiaridad: el sentimiento de impotencia, de humillación y la idea de que “no es normal”¹².

Si el acoso continúa y se intensifica la persona acosada puede caer en un estado depresivo mayor, caracterizado por sentimientos de tristeza, baja autoestima, culpa y abulia, incluso con riesgo suicida¹³.

A lo anterior se añade una gran diversidad de trastornos psicosomáticos que se van agravando en la medida que el acoso progresa: la víctima adelgaza o engorda mucho y rápidamente, sufre problemas digestivos (gastralgias, colitis, úlceras gástricas) o endocrinos (alteraciones de la tiroides, desarreglos menstruales), hipertensión arterial incontrolable, vértigos, enfermedades de la piel, etc.¹⁴.

Si el acoso se prolonga durante varios meses o años deja huellas indelebles en la personalidad del acosado, que pueden ir desde el estrés postraumático a modificaciones psíquicas severas. La persona puede desarrollar una neurosis traumática o incluso llegar a la psicosis¹⁵.

Pero las posibilidades ofensivas del acoso moral no se agotan con la lesión de la integridad psíquica y física.

¹⁰ Vid. HIRIGOYEN, Marie France, *op. cit.* (n. 1), p. 137.

¹¹ *Ibid.*, p. 192.

¹² *Ibid.*, p. 139.

¹³ *Ibid.*, p. 140

¹⁴ *Ibid.*, p. 141.

¹⁵ *Ibid.*, pp.145 y ss.

Cuando se usa como método de acoso el ataque contra la dignidad profesional o personal del trabajador, también puede verse lesionado su derecho a la honra (artículo 19 Nº 4.º CPR).

O bien, cuando el acoso laboral se materializa mediante “distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”, el acoso laboral puede constituir un acto de discriminación contra la víctima (artículo 2º inciso 4º CdTch); una intromisión ilegítima en aspectos relativos a su vida privada (artículo 19 Nº 4.º CPR); un atentado contra su libertad de conciencia (art. 19 Nº 6.º CPR); contra su libertad de trabajo (artículo 19 Nº 16.º CPR) o una práctica antisindical.

Como observa la doctrina comparada “...cualquiera que sea la modalidad de acoso psicológico verificada en una determinada organización de trabajo, para tenerse como tal jurídicamente, siempre hay un derecho fundamental concreto afectado, sin que la antijuridicidad se limite a una genérica lesión de la “dignidad de la persona”, pues la intensidad, gravedad y reiteración y forma de ejercicio de aquella forma de violencia psicológica y de “aniquilación” relacional de la persona hace impensable en la práctica una situación que no pueda ser reconducida al ámbito de algún derecho fundamental¹⁶.

Con todo, la posibilidad de accionar dentro del procedimiento de tutela con ocasión del acoso laboral queda limitada a mi entender a las conductas en que incurra directamente el empleador o sus representantes dentro de la empresa, esto es, al acoso vertical, excluyendo en cambio el acoso horizontal. Me mueve a tal conclusión la citada norma del artículo 485 inciso primero CdTch que, al delimitar los presupuestos operativos del procedimiento de tutela, indica que la vulneración de los derechos debe tener su origen en *actos* o en el *ejercicio de las facultades del empleador*, quedando fuera de tal delimitación la lesión de derechos fundamentales causada por los pares de la víctima incluso cuando pudiera ser imputable al empleador por su responsabilidad *in eligendo vel vigilando*.

3.2.2 Medidas reparatorias

El procedimiento de tutela laboral no solo ofrece al trabajador víctima de una lesión de sus derechos fundamentales la necesaria tutela inhibitoria (cese inmediato del comportamiento antijurídico), sino también la tutela reparatoria. Así el juez en la sentencia deberá indicar concretamente “las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales [] incluidas las indemnizaciones que procedan”. El legislador impuso además al juez el deber de “velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada” y le prohibió “autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales” (artículo 495 inciso segundo CdTch).

¹⁶ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *op. cit.* (n. 5), pp. 18 y 19.

5.2.2.1 *El acoso moral como fuente de responsabilidad civil*

Las indemnizaciones tasadas del despido arbitrario y la adicional que contempla el procedimiento de tutela tienen el inconveniente de que en ciertos casos pueden incumplir el derecho del trabajador a la reparación íntegra del daño sufrido. Existe la tentación conceptual de pensar que en demandas laborales solo cabe exigir las indemnizaciones contempladas en la legislación laboral y no las ponderadas conforme al sistema de daños y perjuicios¹⁷. Como veremos se trata de una concepción errada.

a) *Compatibilidad de indemnizaciones laborales y civiles en el autodespido*

En este punto voy a retomar la cuestión de la compatibilidad entre las indemnizaciones tarifadas del CdTch, previstas para el ejercicio por el trabajador de la acción resolutoria del art. 171 CdTch (indemnizaciones por despido indirecto) y la indemnización de perjuicios del derecho común, no tarifadas.

Sostengo que ambos tipos de indemnizaciones son acumulables porque su naturaleza y los bienes jurídicos que protegen son distintos. Esto se comprueba fácilmente analizando los elementos estructurales que caracterizan a la indemnización de perjuicios.

Tras las “indemnizaciones” por término del contrato de trabajo no se vislumbra un propósito resarcitorio de un daño concreto, originado de un acto imputable a una persona determinada, que son las notas esenciales de la indemnización de perjuicios.

Es cierto que ese dinero puede servir, colateralmente, como compensación o paliativo de los perjuicios que ocasione la cesación, pero su función dentro del ordenamiento jurídico no es esa. La única finalidad o función que se puede inducir a partir de los supuestos legales que hacen exigible estas prestaciones pecuniarias es la de reforzar el régimen de terminación causal del contrato de trabajo.

En cambio, su procedencia no está subordinada a la existencia de un daño o perjuicio ocasionado al trabajador, puesto que se deben hasta en ocasiones donde no se advierten perjuicios (por ejemplo, cuando el trabajador encuentra inmediatamente una nueva colocación); y se pagan incluso cuando el despido es del todo lícito y no se ha infringido deber alguno que el contrato o la ley exigieran del empleador (caso del desahucio de ciertos trabajadores y de la aplicación de la causal “necesidades de la empresa, establecimiento o faena”).

Pero, aunque no se acepte esta tesis, y se sostenga, como lo hace la Excma. Corte Suprema, “que estas indemnizaciones que son propias del derecho laboral, constituyen de por sí un resarcimiento”¹⁸, resulta, empero, indiscutible la insuficiencia o inadecuación de las indemnizaciones tasadas frente a la mayoría de los casos. El monto de las indemnizaciones tarifadas nunca coincidirá con la valoración económica del daño real sufrido por la víctima, puesto que el importe de la indemnización, tal como está fijado por nuestra ley, no tiene en cuenta ni siquiera presuntivamente la magnitud del daño sufrido por el trabajador despedido. Lo mismo puede decirse de la indemnización adicional del procedimiento de tutela.

¹⁷ SEMPERE, Antonio y SAN MARTÍN, Carolina. *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. España, Navarra: Thomson Aranzadi, 2003, p.18.

¹⁸ Sentencia de 21 de agosto de 2002, Rol Nº 226-02.

Y no existe ninguna argumentación plausible, legal ni constitucionalmente, que impida a ese trabajador reclamar la reparación de *todos* los perjuicios que injustamente le haya causado el actuar negligente o malicioso de su empleador. Antes al contrario, el artículo 2.329 CCch establece que *todo daño* que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, *debe ser reparado* por esta. Y la Constitución asegura a *todas las personas la igual protección de la ley* en el ejercicio de sus derechos (art. 19 N° 3.º, inc., 1º CPR), lo que no puede ser de otro modo puesto que también asegura a todas las personas *la igualdad ante la ley*, agregando que “*en Chile no hay persona ni grupo privilegiados*” (art. 19 N° 2.º, inc. 1º CPR). Por ende, toda interpretación legal que tuviese como resultado excluir a los trabajadores del derecho a reclamar la reparación íntegra resultaría inadmisiblemente constitucionalmente. Asimismo se ha observado en el Derecho español “lo insólita que resulta la pretensión de que en toda una parcela de relaciones sociales se excepcione la técnica reparatoria”¹⁹.

De modo que el trabajador que es o ha sido víctima de acoso psíquico en su entorno laboral no tiene por qué contentarse con las exiguas indemnizaciones tarifadas por la ley laboral y debería siempre poder exigir una satisfacción total de los perjuicios sufridos, tanto en su ser como en su tener, como cualquier persona puede hacerlo, por lo demás, cuando sufre un daño injusto en otro ámbito de sus relaciones intersubjetivas y como además parece desprenderse del deber que el artículo 495 CdTch impone al juez en materia de reparación.

b) *Naturaleza de los daños*

El acoso psíquico laboral puede ser fuente de daño patrimonial (la víctima necesitará normalmente de terapia y tendrá que incurrir en gastos para costear su tratamiento, o bien puede quedar incapacitada temporal o definitivamente para el trabajo y con ello disminuida, o incluso destruida, su capacidad de ganancia; como consecuencia de la “estrategia” de acoso puede terminar arruinada la reputación profesional del trabajador y, por ende, notablemente perjudicada su “cotización” en el mercado de trabajo, etc.).

Por otra parte, si, como ha observado Hirigoyen en su práctica clínica, “lo que singulariza los cuadros de acoso en relación con otras formas de sufrimiento en el trabajo es el predominio de la vergüenza y la humillación”²⁰, ordinariamente el acoso ocasionará además un importante daño moral al trabajador.

c) *Ámbito de la responsabilidad*

La responsabilidad que el trabajador puede exigir del empleador por estos daños es indudablemente de carácter contractual, en cuanto deriva de la inejecución por este de una obligación preexistente entre las partes que emana del contrato de trabajo:

“Esta vinculación al contrato de trabajo se observa desde una perspectiva amplia y extensiva, comprendiendo no solo la transgresión de deberes expresamente contemplados en el negocio jurídico individual (a veces entendido como documento, más que

¹⁹ SEMPERE, Antonio y SAN MARTÍN, Carolina, *op. cit.* (n. 17), p. 18.

²⁰ *Ibid.*, p. 151.

como institución) sino que también los que se prevén en sus normas reguladoras (...) dado que la razón de las mismas sigue siendo el contrato de trabajo”²¹.

En efecto, en la mayor parte de los casos los daños patrimoniales y morales que provoca el acoso pueden ser vinculados al incumplimiento, ya por acción, ya por omisión, ya dolosa, ya culposa, de la obligación que pesa sobre el empleador de proteger eficazmente la vida y la salud de sus trabajadores (art.184, inc.1º, CdTch) y, en un sentido más amplio, de la obligación de respetar las garantías constitucionales del trabajador (art. 5.º inc. 1º, CdTch) u omisión de la de estipular en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad las normas que se deban observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores (art. 153 CdTch).

Lo anterior tiene una consecuencia procesal importante. Y es que al ser una responsabilidad contractual de carácter laboral, se evita al trabajador el arduo e interminable calvario procesal de incoar distintos procedimientos ante jueces diferentes para reunir los retazos indemnizatorios y de ese modo alcanzar la reparación completa del daño. Habida cuenta de que el reclamo indemnizatorio del trabajador se fundamenta en el incumplimiento por parte del empleador de unas normas laborales específicas (arts. 5º y/o 184 y/o 153 CdTch), la controversia queda comprendida dentro de la esfera de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo ya por aplicación de la letra a) del art 420 CdTch o bien, dependiendo del caso, de conformidad con las letras c) o f) del mismo artículo y debe tramitarse con arreglo al procedimiento laboral (art. 425 CdTch).

d) La imputabilidad del empleador

El sistema de responsabilidad de nuestro ordenamiento jurídico tiene una impronta subjetivista, en el sentido de que exige dolo o culpa en el autor del daño para que surja su obligación de reparar. Por consiguiente, el empleador tiene que haber obrado intencionada o, cuando menos, negligentemente en relación con el acoso para que se le puedan imputar los daños causados al trabajador y obligarle a indemnizarlos.

Sin embargo, lo usual será que los actos de hostigamiento no provengan directamente de quien es formalmente empleador, por lo general una persona jurídica, sino de sus agentes o representantes, o de simples dependientes. Esto no es un obstáculo para perseguir la responsabilidad civil del empleador porque el propio sistema contempla supuestos de responsabilidad por hecho ajeno.

Aquí cobra interés la clasificación entre el acoso vertical y horizontal. Cuando el acoso procede de simples dependientes, compañeros de trabajo de la víctima, sin que el empleador o sus colaboradores inmediatos participen en él ya como autores materiales, instigadores o cómplices, operan las normas del Código Civil que establecen la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes²². Con todo, no se trata de casos de responsabilidad sin culpa u objetiva pues, como advierte Alessandri:

²¹ *Ibid.*, pp. 24-25.

²² De acuerdo con el art. 2320, inc. 4º, CCch: “Toda persona es responsable no solo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado [...] Así los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso”. A su vez,

“...el fundamento de esta responsabilidad es la culpa del empresario, la falta de vigilancia en que se presume ha incurrido. Obligado a velar porque sus dependientes no causen daño y a tomar, por lo mismo, las medidas necesarias al efecto, puesto que se hallan bajo sus órdenes y dirección, es natural presumir que si alguno se produce, es porque esa vigilancia no se ejerció en debida forma o las medidas adoptadas fueron insuficientes”²³.

Es por eso que el empleador tiene siempre abierta la posibilidad de eximirse de toda responsabilidad probando que no pudo impedir el hecho, es decir, que fue plenamente diligente en la elección, control y vigilancia de sus empleados²⁴.

Empero, en el ámbito de las relaciones de trabajo, el empleador solo podrá hacer valer esta excepción en casos de acoso horizontal, puesto que para situaciones de acoso vertical descendente, rige lo dispuesto en el inciso primero del art. 4º CdTch. Dicho precepto establece presume de derecho que representa al empleador “y que en tal carácter obliga a este con los trabajadores (...) la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica”. Por tanto, cuando el acoso proviene de sus directivos o administradores el empleador queda privado de la prueba liberatoria que le concede el derecho común.

e) *La carga de la prueba y el problema de la prueba indiciaria*

Este tema comprende dos aspectos: el primero se refiere a la existencia de la conducta antijurídica, esto es, del acoso laboral y la segunda, a la existencia de daños causados por tal comportamiento. Aunque en los hechos están muy entrelazados.

Corresponderá al trabajador probar que sufre o ha sufrido acoso. Esta prueba puede llegar a ser una verdadera *probatio diabollica* pues, como observa Molina, se trata de “un comportamiento que tiende a difuminarse y a articularse a través de actuaciones no inmediatamente perceptibles, intransparentes, indirectas, difusas, no materializadas en actos con relevancia jurídica-negocial inmediata”²⁵. Por tanto, se trata de hacer una valoración global de estas actuaciones, procurando desvelar su unidad de sentido y fin.

En este punto pueden llegar a conectar los dos problemas probatorios, siempre y cuando el acoso provoque consecuencias negativas sobre la salud psicofísica del trabajador ya que a partir de ellas un médico especializado podría inferir una situación de acoso. En efecto, según Hirigoyen, las sintomatologías que presentan las víctimas de acoso son tan estereotipadas que “el personal clínico con una vasta experiencia en este tipo de situaciones advierta el acoso moral únicamente a partir de sus consecuencias sobre la salud de las personas y consiga así distinguirla de las denuncias abusivas”²⁶.

el artículo 2322 CCch, dispone que: “Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista”.

²³ ALESSANDRI, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Tomo II. –2ª edición–. Santiago, Chile: Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, 1983, p. 361.

²⁴ Así lo establecen expresamente los arts. 2320 y 2322, inciso final, CCch.

²⁵ ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 23), p. 47.

²⁶ *Ibid.*, p. 137.

Los daños patrimoniales y los daños sobre la salud psicofísica y su relación causal con el acoso deberán ser probados por el trabajador.

En lo que toca al daño moral, este debería presumirse como una consecuencia inherente a la lesión de la salud psicofísica de la víctima o de otro derecho de la personalidad.

En el procedimiento de tutela laboral, si de los antecedentes aportados conjuntamente con la denuncia resultan *indicios suficientes* de la vulneración alegada “corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad” (Art. 493 CdTCh).

Se ha celebrado esta innovación como “un cambio trascendental para asegurar la efectividad de un proceso de tutela de los derechos fundamentales”²⁷; “una manifestación más del efecto corrector de las relaciones jurídicas [...] que producen las normas sobre derechos humanos”²⁸; “una de las mayores fortalezas de la reforma procesal laboral en materia de derechos fundamentales”²⁹.

La misma doctrina ha repetido insistentemente que el art. 493 CdTCh no invierte la carga de la prueba. Sin embargo, otro sector doctrinario previene que estaríamos ante la derogación, en sede procesal laboral, de la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico conforme a la cual corresponde probar la existencia de la obligación o su extinción al que alega aquella o esta³⁰.

Por mi parte, considero que el legislador no estableció la *inmediata* inversión del peso de la prueba pero la comprensión errada de la expresión “indicios” podría dar lugar al fenómeno de las cargas probatorias dinámicas, esto es, a la posibilidad que se abre al juez de flexibilizar la regla legal e imponer la carga de la prueba a la parte que se encuentra en mejor posición de probar hechos que dificultosamente pueden ser demostrados por quien los alegó³¹.

En efecto, algunos piensan que los “indicios” del art. 493 CdTCh son “algo” más que mera alegación pero menos que prueba, un “principio de prueba”, “hechos que han de generar en el juzgador al menos la sospecha fundada de que ha existido la lesión de derechos fundamentales”³².

El problema es que la tan alabada “carga probatoria dinámica” solo genera incertidumbre y amplio margen al decisionismo judicial. Porque no sabemos qué definirá cada juez como “principio de prueba” o “indicio suficiente”.

²⁷ CAAMAÑO, Eduardo. “La tutela jurisdiccional del derecho fundamental a la no discriminación por razones de sexo”. En: VVAA. *Derechos Fundamentales*. Santiago, Chile: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, p. 232.

²⁸ AGUILAR, Gonzalo y CONTRERAS, C. “El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile”, en: *Ius et Praxis*, vol. 13 n°1, Talca, Chile 2007, pp. 205-243.

²⁹ UGARTE, José Luis. “La prueba en la tutela laboral de los derechos fundamentales”, en: *La Semana Jurídica*, n° 378, Santiago, Chile, 2008, p. 3.

³⁰ THAYER, William. “El nuevo procedimiento laboral”, en: *Actualidad Jurídica*, año 9, n° 18, julio 2008, Santiago, Chile, p. 534.

³¹ GARCÍA GRANDE, Maximiliano. *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*. Argentina, Rosario, Editorial Juris, 2005, p. 43.

³² UGARTE, José Luis. *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. Santiago, Chile: LegalPublishing, 2009, p. 46.

Todavía más grave es la indeterminación del momento procesal en que el tribunal debería ponderar y declarar la suficiencia o insuficiencia de aquellos indicios. Nada dice la ley. Tampoco establece el deber del juez de advertir al demandado, con la debida antelación, que debe aportar prueba que justifique la razonabilidad y proporcionalidad de la medida impugnada. Entonces, puede ocurrir que el empleador se entere, recién, al momento de leer la sentencia, que “le tocaba probar”. A esas alturas habrá perdido el pleito. Esto ya ha ocurrido en la práctica³³.

En mi opinión, la problemática de las cargas probatorias dinámicas puede sortearse si se entiende la expresión “indicio” como base de “presunción judicial”. En tal caso, no habrá flexibilización por el juez de la regla legal del art. 1.698 CCch. En efecto, si concordamos el art. 493 CdTCh con el art. al art. 1712 CCch, resulta que para que el empleador reciba la carga de probar *los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad* el trabajador ha debido probar la lesión mediante presunciones graves, precisas y concordantes o, conforme al art. 426 del CPCCh, mediante una sola presunción si, a juicio del tribunal, tiene caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.

4. REFLEXIONES FINALES

Las conductas constitutivas de acoso psíquico atentan contra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; en muchos casos también atacan otros derechos fundamentales y, en última instancia, ofenden siempre la dignidad de la persona.

El legislador tipificó el acoso laboral como conducta ilícita y, por tanto, ha realizado el mandato constitucional de promoción de los derechos fundamentales en relación con una conducta tan alarmante como dañina.

Entre los medios de que actualmente se dispone en el ordenamiento jurídico chileno, considero que la indemnización del daño moral es crucial para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales vulnerados. Solo en la medida en que el sujeto pueda volver de la manera más aproximada posible a la situación de disfrute de sus derechos fundamentales, violentada por el acoso psíquico, puede predicarse de aquellos, con seriedad, que son plenamente eficaces.

La alta posición valórica de los derechos fundamentales dentro del sistema jurídico, como su íntima y entrañable vinculación con la dignidad de la persona parecen exigir con especial fuerza la integral reparación de los daños que pudiera ocasionarse a su titular mediante actos violatorios de tales derechos.

Y esa misma conexión esencial de los derechos fundamentales con la dignidad de la persona, la cual hace que los atentados contra aquellos sean atentados contra esta, permite establecer, incluso apriorísticamente, que esas agresiones son intensamente dañosas en cuanto importan un desprecio de dicha dignidad y que, por ende, las indemnizaciones tasadas legalmente no permiten una plenitud resarcitoria, vale decir, son insuficientes para restaurar

³³ Vid. Sentencia de la Itlma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol Nº 82-2010, publicada en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, vol. 1, nº2, Santiago, Chile, 2010, pp. 281-302.

a la víctima al estado de satisfacción anterior a la trasgresión de sus derechos fundamentales, de manera que resulta justo y necesario completarlas.

De otra parte, el carácter de superilícito que reviste el acoso laboral, al lesionar derechos que son fundamento del orden político y moral de nuestra sociedad, le confiere a tal conducta un plus de reprochabilidad que los tribunales deberían considerar a la hora de tasar la indemnización del daño moral, habida cuenta de que, además, gozan de amplia libertad para efectuar tal operación.

Sin embargo, el principio de la reparación íntegra en sede laboral hasta ahora permanece enturbiado por una interpretación dogmática y judicial injustificadamente restrictiva.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Gonzalo y CONTRERAS, C. “El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile”, en: *Ius et Praxis*, vol. 13 n°1, Talca, Chile 2007.
- ALESSANDRI, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Tomo II. –2ª edición–. Santiago, Chile: Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, 1983.
- CAAMAÑO, Eduardo. “La tutela jurisdiccional del derecho fundamental a la no discriminación por razones de sexo”. En: *VVAA. Derechos Fundamentales*. Santiago, Chile: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004.
- CABANELLAS, G. *Contrato de Trabajo*. Argentina, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba Editores Libreros, 1964, Parte General, volumen III.
- GARCÍA GRANDE, Maximiliano. *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*. Argentina, Rosario, Editorial Juris, 2005.
- HIRIGOYEN, Marie France. *El Acoso Moral en el Trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*. España, Barcelona: Editorial Paidós, 2001.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización”. Documento obtenido desde Internet, http://es.geocities.com/asacamt/doc/tutela_aranzadi_cmn/
- SEMPERE, Antonio y SAN MARTÍN, Carolina. *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. España, Navarra: Thomson Aranzadi, 2003.
- THAYER, William. “El nuevo procedimiento laboral”, en: *Actualidad Jurídica*, año 9, n° 18, julio 2008, Santiago, Chile.
- TOBEÑA, Adolf. *Anatomía de la agresividad humana. De la violencia infantil al belicismo*. –1ª edición–. España, Barcelona: Editorial Debolsillo, 2003.
- UGARTE, José Luis. “La prueba en la tutela laboral de los derechos fundamentales”, en: *La Semana Jurídica*, n° 378, Santiago, Chile, 2008.
- UGARTE, José Luis. *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. Santiago, Chile: LegalPublishing, 2009.