

No todo es acoso sexual

Claudio Palavecino Cáceres.

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

Introducción

El movimiento feminista alcanzó gran relevancia mediática el año pasado a partir de una denuncia por acoso sexual en el ámbito de la universidad pública. Un efecto positivo del estrés social generado fue volver a visibilizar el acoso sexual (y otras formas de abuso o discriminación contra las mujeres) como conductas ciertamente reprobables, pero todavía presentes en determinados contextos de interacción de los géneros, como es el trabajo o la misma universidad.

La inquietud no se agotó en la protesta airada, sino que cuajó en una agenda que vino a reimpulsar la prevención del acoso en el ámbito de las organizaciones públicas y privadas, a través de la elaboración de protocolos de comportamiento, denuncia e investigación y el anuncio de una política de “tolerancia cero”.

Como en todo fenómeno social, hay también efectos perniciosos. Uno de ellos ha sido la superposición de lo que podríamos denominar una comprensión vulgar o mediática, amplia, del acoso sexual y la definición legal, mucho más estricta. Más allá de la caza de brujas (o en este caso, de brujos) a la que son tan proclives los medios y las redes sociales, que es de suyo preocupante, me inquieta que esa superposición permee la inteligencia de quienes dentro de las organizaciones o fuera de ellas (cuando el problema se judicializa), deben tomar decisiones sobre casos y personas concretas.

En un artículo de 2006 analicé la figura del acoso sexual en el trabajo¹. Ya entonces advertí sobre los

¹Palavecino Cáceres, Claudio. (2006). EL NUEVO ILÍCITO DE ACOSO SEXUAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO: the new form of illegality in Chilean labour law. *Revista de derecho (Valdivia)*, 19(1), 105-123. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000100005>

errores en que venía incurriendo la dogmática nacional al realizar la descripción y, luego, la valoración político-laboral del nuevo ilícito -especialmente respecto de la extensión del tipo legal- inducida por una inadvertida superposición entre el concepto material y el concepto legal del fenómeno.

En este breve ensayo quiero insistir sobre la importancia de respetar la definición legal y profundizar sobre dos elementos del tipo: la necesidad de comprobar una conducta libidinosa del agresor y el rechazo de la misma por la víctima.

La tipicidad como garantía

El despido por la causal de *acoso sexual*, como todas las del artículo 160 del Código del Trabajo, corresponde al ejercicio de facultades disciplinarias del empleador. Desde el Derecho comparado se ha venido imponiendo la denominación de “despido disciplinario”. Es un despido-sanción.

El poder disciplinario del empleador es una expresión de autotutela, la cual rara vez permite a los privados el sistema jurídico y que, precisamente por su excepcionalidad, debe someterse de modo estricto a la ley.

Por tanto, el despido disciplinario se encuentra sometido al principio de tipicidad legal en cuanto a la forma y oportunidad del mismo y especialmente en relación con la causal o tipo legal que habilita su ejercicio. En efecto, “el despido disciplinario [...] procede por la comisión de una falta laboral previamente tipificada por la legislación laboral...”².

Por otra parte, las causales del despido disciplinario deben utilizarse con cuidado y extrema seriedad por el empleador, puesto que, desde la sola lectura de las fórmulas legales que las consagran, aparece de manifiesto que se trata de conductas desdorosas para el trabajador y, además, porque, por su propia naturaleza,

²Fernández Toledo, Raúl (2016): *El poder disciplinario del empleador*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, p. 166.



todas ellas se fundamentarán por el empleador mediante la imputación de hechos que pondrán en cuestión la buena fe, la diligencia profesional y/o la idoneidad moral del dependiente.

En el caso del acoso sexual tal prevención cobra mayor importancia todavía, habida cuenta del severo reproche social que alcanzó esta conducta en el último tiempo en la sociedad chilena, de modo tal que la imputación torpe, descuidada o malintencionada de conductas de tal naturaleza pueden arruinar la vida familiar y la carrera profesional y la reputación del trabajador denunciado.

En tal sentido, la aplicación rigurosa del tipo legal se configura como una garantía para la empresa, en cuanto traza una frontera objetiva entre el uso legítimo y el uso abusivo del despido disciplinario; pero, es sobre todo garantía para el trabajador denunciado en cuanto delimita el alcance de la falta que se le imputa y focaliza la defensa sobre parámetros claros, en lugar de basarla en especulaciones y conjeturas a partir de figuras difusas o conceptos “abiertos”.

Para el juez la aplicación rigurosa del tipo legal se configura como deber que emana del principio de legalidad que enmarca el ejercicio de la función jurisdiccional; de la fidelidad republicana y democrática a las determinaciones normativas de los órganos deliberativos; y también desde el principio *pro operario* puesto que se juzga el comportamiento del trabajador sobre hechos muy graves.

Requerimientos de carácter sexual

El tipo legal de acoso sexual está definido en el artículo 2° inciso segundo del Código del Trabajo como:

“...el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.”

El núcleo del tipo legal de acoso sexual es la formulación de **“requerimientos de carácter sexual”**.

¿Qué debe entenderse por tales? Conforme al Diccionario de la RAE requerimiento es:

“1. m. Acción y efecto de requerir.”

A su vez, el verbo requerir significa en su cuarta acepción que es la pertinente:

“4. tr. Dicho de una persona: Solicitar, pretender, explicar su deseo o pasión amorosa.”

Ahora bien, de acuerdo al tipo legal no todo requerimiento, no toda solicitud o pretensión de deseo o pasión amorosa configura el ilícito, pues el deseo o pasión amorosa, para que sea típico, debe ser *“de carácter sexual”*. Conforme a la misma fuente “sexual” es un adjetivo que significa: *“Del sexo o la sexualidad o relativo a ellos”*.

Por su parte, sexo, en las acepciones tercera y cuarta pertinentes significa:

“3. m. Órganos sexuales.

4. m. Actividad sexual.”

Y, asimismo, conforme al diccionario de la RAE “sexualidad” significa:

“1. f. Conjunto de condiciones anatómicas y fisiológicas que caracterizan a cada sexo.

“2. f. Apetito sexual, propensión al placer carnal.”

A partir de la literalidad de los términos utilizados por el legislador se concluye, claramente, que para que se pueda configurar el acoso sexual el agente debe pretender y exteriorizar un deseo o pasión amorosa, más no de cualquiera clase, sino focalizado en:

- i) Los órganos sexuales;
- ii) La actividad sexual; o
- iii) El placer carnal;

Vale decir, para que se configure el tipo legal de acoso sexual el agente debe pretender satisfacer en la víctima un apetito sexual o deseo libidinoso y ese apetito o deseo debe ser exteriorizado por el agente, quien debe solicitar (“requerir”) a la víctima su satisfacción.

En otras palabras, el agente acosador debe formular, por cualquier medio, solicitudes reiteradas e insistentes a la víctima en orden a satisfacer deseos libidinosos, por ejemplo acceso carnal o acceso a otras zonas erógenas del cuerpo.

El tipo se dirige únicamente a la protección del bien jurídico de la libertad sexual, entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo. A esta conclusión lleva, por una parte, el que la acción típica consista en realizar “*requerimientos de carácter sexual*”, vale decir, solicitar favores de tal naturaleza y, por otra, la exigencia que tales requerimientos no sean consentidos por su destinatario.

Tal como está redactado, el tipo aparece estructurado claramente como un atentado contra un bien jurídico específico: la libertad sexual de la víctima, pero no es una figura que esté diseñada para impedir el surgimiento de sentimientos de cariño o incluso amor, pues tal cosa está fuera de las posibilidades de la ley.

En efecto, la ley no prohíbe un comportamiento amistoso o incluso una actitud amorosa por parte del agente, pues ambos sentimientos no llevan consigo necesariamente situaciones vejatorias u ofensivas, sino al contrario, expresiones de afecto e intimidad perfectamente admisibles entre seres humanos normales. El acto reprochable ha de ser una manifestación de claro contenido sexual o libidinoso, ya sea en forma física (vías de hecho) o de palabra, directa o a través de insinuaciones que persigan aquella finalidad.

El rechazo

Para que pueda configurarse el acoso sexual no es suficiente que se produzcan requerimientos de carácter sexual, sino que resulta necesario, además, que frente a ellos surja un claro rechazo del sujeto pasivo y que pese a ese rechazo se persista en la conducta o agresión, hasta hacer difícil o insostenible la convivencia en el ámbito laboral.

Los pensamientos y las pulsiones sexuales, los sentimientos amorosos, forman parte innegable del complejo mundo psíquico de toda persona y determinan una parte relevante de las conductas humanas. El ímpetu biológico de lo sexual se ve potenciado, en nuestros días, por un pansexualismo cultural del que los medios de comunicación y las redes sociales proporcionan múltiples

ejemplos que, por evidentes, resulta innecesario citar. En este contexto, es prácticamente imposible extirpar todo componente erótico de las relaciones laborales, que son, al fin y al cabo, relaciones humanas que imponen convivencias prolongadas entre las partes.

Dado que no es posible -ni natural- extirpar el “flirteo”, cortejo o galanteo en las relaciones humanas, surge la necesidad de un elemento que permita distinguir la conducta interpersonal de connotación sexual socialmente aceptable del acoso sexual: El elemento que permite tal diferenciación es la indeseabilidad de la conducta sexual para el afectado. La persistencia en el comportamiento sexual después que la persona objeto de ella ha manifestado que le resulta indeseable es lo que transforma dicha conducta en acoso.

De aquí que la persona destinataria de la sollicitación deba formular una negativa clara, terminante e inmediata a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto de la conducta del agente.

Conclusión

Por consiguiente, para que se configure el tipo de acoso sexual la investigación debe acreditar:

- (i) Que se haya requerido por cualquier medio a la víctima para la realización de actos de contenido sexual (libidinoso); o
- (ii) Que se haya producido insinuaciones o proposiciones que puedan interpretarse inequívocamente como de “carácter sexual”; o
- (iii) Que haya habido algún tipo aproximación física entre agresor y víctima con ánimo libidinoso;

y que en cualquiera de los tres casos:

- (iv) La víctima manifieste inequívocamente su rechazo y el agresor persista.

Sin perjuicio de los demás elementos del tipo legal.

No todo es acoso sexual.