

MINUTA DE TRABAJO
H. SENADOR RODRIGO GALILEA VIAL
COMENTARIOS TÉCNICOS ACERCA DEL DICTAMEN ORD. 362/19 SOBRE APLICACIÓN DE
LA LEY 21.643

Departamento Jurídico. Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

S/K (984) 2024

ORD. N°362/19

MAT.: Ley N°21.643; acoso sexual; acoso laboral; violencia en el trabajo; protocolo de prevención; procedimientos de investigación y sanciones.

RDIC.: Fija sentido y alcance de las modificaciones introducidas por la Ley N°21.643 al Código del Trabajo.

ANTS.:

1) Instrucciones de 06.06.2024, Jefa Departamento Jurídico (S);

2) Instrucciones Jefe Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho (S), de 22.05.2024.

FUENTES: Ley N°21.643 que modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales, en materia de prevención, investigación y sanción del acoso laboral, sexual y violencia en el trabajo; artículo 153, 154 y 184 del Código del Trabajo; artículo 67 de la Ley N°16.744; artículo 15 del D.S. N°40 de 1969 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

CONCORDANCIA: Ordinarios N°844 de 10.03.2021, N°6437 de 19.12.2019 y N°1301, de 17.10.2023. Dictámenes N°1133/36 de 21.03.2005; N°2210/035 de 05.06.2009; N°3519/034 de 09.08.2012.

SANTIAGO, 07.06.2024

DE: DIRECTOR NACIONAL DEL TRABAJO

A: JEFE DEL DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN (S)

Por razones de buen servicio, se ha estimado necesario fijar el sentido y alcance de las disposiciones contenidas en la Ley N°21.643, que "Modifica el Código del Trabajo y Otros Cuerpos Legales, en Materia de Prevención, Investigación y Sanción del Acoso Laboral, Sexual o de Violencia en el Trabajo", del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, sin perjuicio del análisis concreto que se realice por parte de esta Dirección tras su entrada en vigencia, que guarden relación con las consultas específicas o concretas que se sometan al conocimiento y resolución de este Servicio.

1) CONSIDERACIONES PREVIAS

La Ley N°21.643, publicada en el Diario Oficial el 15.01.2024, tiene por objeto incorporar a nuestro ordenamiento jurídico laboral diversas normas contenidas en el Convenio N°190, Sobre la Violencia y el Acoso, de la Organización Internacional del Trabajo, recientemente ratificado por el Estado de Chile.

Considerando el contenido del referido instrumento internacional, la nueva ley introduce diversas disposiciones contra la violencia y acoso en las relaciones laborales, modificando e incorporando conceptos al Código del Trabajo, debiendo destacar además la regulación de medidas especiales de prevención y resguardo y el fortalecimiento de los procedimientos de investigación, lo anterior con el objeto de avanzar en lugares de trabajo libres de violencia.

Precisado lo anterior, cabe tener presente que, en materia laboral, por parte de nuestro legislador ha existido una constante preocupación por mejorar las condiciones en que se desempeñan las y los trabajadores, como lo indican los artículos que a continuación se transcriben.

En este sentido, el artículo 153 del Código del Trabajo, en su inciso 2°, al referirse al Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad, señala lo siguiente:

"Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores.". Por su parte, el Dictamen N°2210/035 de 05.06.2009, se refirió al concepto de dignidad humana, determinando que:

"Llevado al ámbito del contrato de trabajo, como afirma Cristina Mangarelli, en éste "el empleador está obligado a respetar la dignidad del trabajador, a tratarlo con respeto", encontrándose obligado a asegurar que el trabajador sea respetado por los jefes o superiores jerárquicos, y también por sus compañeros de trabajo. En este sentido se ha señalado por Américo Plá, que el empleador debe asegurar la moralidad del ambiente; no sólo es responsable de sus actos y de los actos de sus representantes, sino también de los que realicen otros trabajadores en la medida que no son cortados o sancionados por el empleador"."

Esta opinión, por cierto respetable, alude a una obligación calificada por el resultado, es decir, que el empleador deba garantizar o asegurar que el trabajador sea respetado. El tenor de la ley y el principio ordenador de nuestra legislación es que el empleador no puede responder por actos de terceros, por lo que sus obligaciones se objetivizan en un deber de hacer, como se señala en el texto siguiente: "...deberá tomar las medidas..." (subrayado).

Es por ello que, los convenios de la OIT incluido el C.190, siempre aluden a que las recomendaciones y normas que de ellos emanan se deben observar a partir de la práctica interna de cada país y sus modalidades.

En este sentido, es necesario tener claro que el principio de asignación de responsabilidad al empleador, se basa en las facultades de control que éste tiene y en la imposibilidad de responder por situaciones sobre las que no se tiene el control o bien por actos de terceros.

Eso no obsta a que se tomen las medidas de prevención que objetivamente la ley señala para, en caso de su infracción, dar lugar a procedimientos de investigación y sanción.

A su vez, el artículo 184 del Código del Trabajo, establece la obligación del empleador de "tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales". Lo anterior se traduce en el deber de protección del empleador respecto de sus trabajadores, sobre la cual este Servicio señaló en el Ordinario N°1301 de 17.10.2023, lo siguiente:

"En virtud de este deber de protección, el empleador es el primer responsable de la "prevención", conforme ha señalado esta Dirección en su reiterada jurisprudencia, contenida en los Dictámenes N°4.443/262, de 25.08.1993 y N°2284/93, de 17.04.1996, al indicar que es indudable que la prestación del servicio a que el trabajador se obliga debe efectuarse en condiciones que salvaguarden su integridad y salud."

Conforme a lo expuesto, el Convenio N°190 de la Organización Internacional del Trabajo y la legislación laboral en general mantienen un horizonte común en torno al resguardo de la dignidad humana y el rol que asiste al empleador como garante de dicha condición en los espacios de trabajo, esfuerzo en el que también se enmarca la promulgación de la Ley N°21.643, que será revisada continuación, en lo que se refiere a las modificaciones realizadas al Código del Trabajo.

2)MODIFICACIONES INCORPORADAS AL ARTÍCULO 2º DEL CÓDIGO DELTRABAJO

La Ley N°21.643 en su artículo 1, numeral 1, modifica el inciso segundo del artículo 2 del Código del Trabajo, contenido en su título preliminar, que señala:

"Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato libre de violencia, compatible con la dignidad de la persona y con perspectiva de género, lo que, para efectos de este Código, implica la adopción de medidas tendientes a promover la igualdad y a erradicar la discriminación basada en dicho motivo. (...)".

La nueva normativa incorpora a nuestro ordenamiento jurídico dos principios relevantes, por un lado, el mandato que las relaciones laborales deben fundarse siempre en un trato "libre de violencia"; y, por otro, la incorporación de la "perspectiva de género".

Esto se condice con lo señalado en el Convenio N°190 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile y que entrará en vigor el 12.06.2024 que, en su preámbulo reconoce "el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso por razón de género.". Asimismo, dicho Convenio indica, dentro de sus principios, que todo Estado miembro debe adoptar "un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo".

Respecto al primer elemento, es decir, que las relaciones laborales deben fundarse siempre en un trato "libre de violencia", el instrumento internacional, en su artículo 1º, N°1, letra a), indica que, "«violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género", debiendo analizarse estas conductas a la luz de esta definición.

Ahora bien, respecto de la perspectiva de género, resulta útil tener a la vista la definición aportada desde la academia, que ha señalado que:

"el enfoque de género da cuenta de la presencia de una estructura de poder asimétrica que asigna valores, posiciones, hábitos, diferenciales a cada uno de los sexos y por ende estructura un sistema de relaciones de poder conforme a ello, el cual se ha conformado como una lógica cultural, social, económica y política omnipresente en todas las esferas de las relaciones sociales."

El dictamen de la DT parece omitir que la propia ley establece una definición de perspectiva de género, siendo absolutamente improcedente invocar otra definición de este concepto que venga de la academia, a efectos de interpretar la norma legal.

De lo anterior, es posible señalar que la perspectiva de género permite analizar una situación determinada, reconociendo la existencia de un impacto del género en las oportunidades, roles o interacciones sociales de las personas, considerando las relaciones de poder en la sociedad. Se debe destacar que la norma en análisis consagra que "para efectos de este Código, implica la adopción de medidas tendientes a promover la igualdad y a erradicar la discriminación basada en dicho motivo. (...)", por lo tanto, el legislador parte del supuesto de la existencia de una situación de disparidad que debe ser superada, cuyas consecuencias afectan en mayor medida a las mujeres, e igualmente a aquellas personas que no se ajustan o que desafían el rol que la sociedad les ha asignado dentro de un estereotipo de género.

Este último razonamiento no es efectivo: el objeto de la norma fue acotar el concepto de perspectiva de género a fin de objetivar las obligaciones que de esto se derivan para el empleador. Estas

obligaciones, según el tenor literal de la norma consiste en adoptar medidas... y no necesariamente recoger los criterios de disparidad histórica a que se alude.

Cuando la ley define un concepto, el intérprete debe atenerse a dicha definición, no pudiendo extenderla a otros supuestos que el intérprete arbitrariamente le asigna al legislador.

La DT intenta en todo el texto ampliar los márgenes de responsabilidad del empleador a criterios subjetivos, en circunstancias que las indicaciones acordadas tuvieron como orientación objetivar dicha responsabilidad, principalmente porque los actos de acoso sexual o laboral entre pares, implican al empleador responder por actos de terceros.

Ahora bien, tanto respecto del deber de un trato libre de violencia como de la perspectiva de género, es importante destacar que son incorporados al referirse al fundamento de las relaciones laborales, por lo que deben ser considerados como principios que irradian la totalidad de la normativa laboral, tanto para su aplicación como para su interpretación.

En este sentido, configuran un mandato para el empleador, que debe ser tenido a la vista para efectos de ejercer las facultades que detenta como tal, siendo su obligación velar por un espacio de trabajo en que prime el respeto y la no discriminación, particularmente en materia de género, lo que conlleva el deber de prevenir y generar políticas internas que permitan concretar una cultura organizacional libre de violencia, en todas sus expresiones.

Finalmente, el inciso 2° del artículo 2° del Código del Trabajo, identifica como comportamientos contrarios al respeto a las personas y su dignidad, afectando el cumplimiento de los principios referidos, entre otras conductas, el acoso sexual, el acoso laboral y la violencia en el trabajo ejercida por terceros, materias que serán tratadas detalladamente a continuación.

a) Acoso sexual

Cabe hacer presente que, la Ley N°21.643 en su artículo 1, numeral 1, mantiene la definición existente en el artículo 2° del Código del Trabajo en, indicando:

"a) El acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice, en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo."

Sobre lo expuesto, resulta aplicable la jurisprudencia del Servicio contenida en los Dictámenes N°1133/36 de 21.03.2005 y N°2210/35 de 05.06.2009, entre otros, que indican: "De este modo, existe acoso sexual, según lo dispuesto por la norma legal recién citada, cuando una persona, ya sea el empleador u otro trabajador, efectúa o solicita requerimientos de naturaleza sexual al afectado(a), no consentidos por éste, amenazándolo en su situación y entorno laboral o perjudicándolo en sus oportunidades en el empleo.

En ese sentido, cabe precisar que las conductas constitutivas de acoso no se encuentran limitadas a acercamientos o contactos físicos, sino que incluye cualquier acción del acosador sobre la víctima que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido, tal como lo pone expresamente de manifiesto el concepto legal recién transcrito, cuando señala que el acoso sexual puede producirse "por cualquier medio", incluyendo en ese sentido, propuestas verbales, correos electrónicos, cartas o misivas personales, etc.

La ley ha entendido, al utilizar la expresión "amenacen o perjudiquen su situación laboral", que se configura la conducta de acoso sexual no sólo cuando la persona afectada sufre un perjuicio o daño laboral directo en su situación al interior de la empresa, sino que también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo de trabajo, se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo."

Esta conclusión es errada; la amenaza o peligro en la situación laboral debe ser la consecuencia directa e indubitada de las acciones o requerimientos sexuales del acosador, y no producto de las opiniones que merezcan los defectos de un ambiente de trabajo.

El daño debe ser directo y consecuencia directa de las acciones de acoso sufridas por el trabajador, y no por otros trabajadores.

No puede situarse en el mismo nivel el acoso directo sobre un trabajador, que un ambiente cuyos márgenes de respeto puedan ser discutibles; no se puede sobre ambos sentar las bases de una acción que haga responsable al empleador. Si fuese así, siempre el acoso entre pares terminaría siendo responsabilidad del empleador.

Lo que en realidad hace la norma señalada es obligar al empleador a intentar mantener un ambiente laboral de respeto, puesto que de lo contrario es mucho más posible que se den conductas de acoso en un ambiente de irrespeto. Pero, mal podrí a alguien denunciar acoso simplemente por un ambiente que a su juicio está inadecuadamente controlado.

Lo anterior debe ser complementado a la luz de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2 del Código del Trabajo, estableciendo que, además de ser una conducta ilícita pluriofensiva, en cuanto a que puede afectar diversos derechos fundamentales, tales como la integridad física y psíquica, la intimidad, la honra y la no discriminación, necesariamente debe ser reconocida como conducta de violencia de género dentro ámbito laboral.

De esta forma, y bajo la perspectiva de género como eje rector de la interpretación de la normativa, este aspecto debe ser tenido a la vista especialmente al evaluar el alcance de la definición, permitiendo determinar si una situación queda comprendida en esta categoría, considerando, a modo de ejemplo, que los mismos hechos podrán tener un impacto distinto o variar su intensidad según quien sea la persona afectada o quien ejerce la conducta, en relación con su contexto, siendo el elemento de género determinante en esta materia.

Esta conclusión es antojadiza e invade severamente las facultades jurisdiccionales para calificar la gravedad de un acto de acoso y sus impactos en el empleo de un trabajador o en sus oportunidades de empleo.

No es la dirección del trabajo la que está llamada a determinar si la conducta afecta a unos más que a otros.

b) Acoso laboral

Respecto a esta materia, la ley en análisis, en su artículo 1, numeral 1, que modifica el inciso 2º del artículo 2 del Código del Trabajo, señala lo siguiente: "b) El acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, ya sea que se manifieste una

sola vez o de manera reiterada, 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."

Sobre este concepto la principal modificación consiste en eliminación del requisito de que la conducta de agresión u hostigamiento debía tener el carácter de reiterada. Sin perjuicio de lo señalado, y para efectos de la definición del acoso laboral, resulta aplicable parte de la jurisprudencia administrativa contenida en el Dictamen N°3519/034, de 09.08.2012, que indica que:

"Ahora bien, con el objeto de precisar el sentido y alcance del concepto de acoso laboral introducido por la ley en comento, resulta necesario, primeramente, desentrañar el significado de los términos "agresión" y "hostigamiento", "menoscabo", "maltrato" y "humillación", utilizados por el legislador para determinar la verificación de las conductas asociadas a la acción que pretende sancionar.

Para ello cabe recurrir a las normas de interpretación previstas en el Código Civil, específicamente, aquella contenida en el primer párrafo del inciso 1º del artículo 20, según el cual, "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras;"

Al respecto, la reiterada y uniforme jurisprudencia de este Servicio ha sostenido que el sentido natural y obvio de las palabras es aquel que les otorga el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, según el cual la expresión "agresión" es el "Acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño", definida también como "acto contrario al derecho de otra persona".

A su turno, la expresión "hostigamiento" es la "Acción y efecto de hostigar" y entre las acepciones de su infinitivo "hostigar", se cuentan las siguientes: "Molestar a alguien o burlarse de él insistentemente" e "Incitar con insistencia a alguien para que haga algo".

El mismo repertorio léxico define la palabra "menoscabo" como "efecto de menoscabar" y, a su vez, respecto de "menoscabar" contempla, entre otras acepciones "Causar mengua o descrédito en la honra o en la fama". A su turno, el concepto "maltrato" como "Acción y efecto de maltratar", en tanto que su infinitivo "maltratar" está definido como "tratar mal a alguien de palabra u obra" y también "Menoscabar, echar a perder".

Esto no es así; el menoscabo es un concepto definido en la ley laboral e implica el perjuicio a un trabajador en su remuneración o bien en su posición dentro de la empresa. Por ello se encuentra separado de las otras circunstancias en la norma.

Puede haber maltrato o humillación, pero las consecuencias jurídicas de estas figuras y del menoscabo son enteramente diferentes.

Por último, la expresión humillación está definida por el citado diccionario como "Acción y efecto de humillar o humillarse y el infinitivo "humillar", por su parte, como "herir el amor propio o la dignidad de alguien" y "Dicho de una persona: pasar por una situación en la que su dignidad sufra algún menoscabo".

De esto se desprende que, para que una conducta se considere como constitutiva de acoso laboral deben encontrarse los siguientes elementos:

i. Que consista una agresión física o ser de aquellas que afectan moralmente a la persona trabajadora;

- ii. Haberse producido una vez o en forma reiterada;
 - iii. Ser realizada por cualquier medio;
- IIII) Debe ocasionar menoscabo, maltrato o humillación.

Para esto, se entenderá que genera menoscabo, maltrato o humillación cualquier acto que cause descrédito en la honra o fama de la persona afectada, o el acto implique tratar mal de palabra u obra o que los hiera en su amor propio o en su dignidad, o bien, que amenacen o perjudiquen la situación laboral o las oportunidades de empleo de dichos afectados.

Este último aspecto será especialmente relevante para identificar cuando nos encontramos frente a una conducta de acoso laboral, toda vez que la conducta que se busca erradicar y sancionar es aquella que genera un efecto específico en las personas afectadas, a saber, el menoscabo, maltrato o humillación o amenace o perjudique la situación laboral o las oportunidades de empleo.

A lo anterior cabe agregar que, al utilizar la expresión "... o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo", el legislador ha entendido que la conducta de acoso laboral se configura no sólo cuando se ocasiona un perjuicio o daño laboral directo en la situación de la persona al interior de la empresa, sino también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo del trabajo, se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo.

La misma observación que merece el acápite respecto a acoso sexual, se repite en estas consideraciones; la ley es clara al determinar que el daño debe ser recibido directamente por el trabajador, puesto que es él quien como afectado puede impetrar las acciones tendientes a reparar el daño que se le ha producido.

No parece posible que la interpretación del servicio tenga en vista la legitimidad de la interposición de cualquier acción por mal ambiente laboral, en circunstancias que la figura es calificada por el resultado (amenace su empleo), y este resultado se verifica como resultado de la acción directa sobre el trabajador y no como resultado de una mal ambiente.

En concordancia con lo sostenido en este último párrafo, y bajo la óptica de la perspectiva de género como principio fundante de las relaciones laborales, debe considerarse dentro del acoso laboral aquellas conductas "cuyo sentido o resultado es la generación de un ambiente laboral hostil y ofensivo, a través del desprecio hacia una o más personas en razón a su género", es decir, lo que se ha denominado acoso sexista.

Las relaciones laborales no se fundan en una óptica de género.
Esta conclusión es absolutamente contra ley; lo que hace es adjetivar el acoso y señalar un ilícito sobre esta adjetivación (acoso sexista) que no se encuentra tipificada en la ley.

a)Violencia en el trabajo ejercida por terceros ajenos a la relación laboral

Este concepto es incorporado por la Ley N°21.643, en su artículo en su artículo 1, numeral 1, agregando al inciso 2° del artículo 2 del Código del Trabajo lo siguiente:

"c) La violencia en el trabajo ejercida por terceros ajenos a la relación laboral, entendiéndose por tal aquellas conductas que afecten a las trabajadoras y a los trabajadores, con ocasión de la prestación de servicios, por parte de clientes, proveedores o usuarios, entre otros."

Sobre este punto, es importante precisar que, si bien, en general, dentro de la Ley N°21.643 se alude simplemente al concepto "violencia en el trabajo", lo cierto es que en la letra c), recién citada, lo definido es la "violencia en el trabajo ejercida por terceros ajenos a la relación laboral", es decir, un acto lesivo proveniente de personas externas a la empresa. Lo anterior es relevante, puesto que no se pretende con esta definición establecer que la única forma de violencia en el trabajo es la ejercida por terceros ajenos a la relación laboral, sino que el objeto es identificar este tipo de violencia dentro de las conductas contrarias a la dignidad de la persona, y otorgar de forma expresa herramientas a las y los trabajadores que les permitan ejercer su derecho a una relación laboral libre de violencia, obligando al empleador a tomar medidas para protegerlas.

De esta forma, el legislador indica expresamente que las y los trabajadores no sólo están expuestos a tratos de violencia ejercidos por quienes participan del proceso productivo, sino que también por terceros pueden afectar sus derechos con ocasión de la prestación de los servicios, sin que esté limitada su ocurrencia al lugar de trabajo. Como terceros se consideró, a modo ejemplar, a aquellas personas que se relacionan con los y las trabajadoras, como clientes, proveedores, usuarios, u otros, dejando una categoría abierta respecto a sujetos no mencionados en la norma.

Por último, cabe destacar que la definición utiliza de forma genérica el concepto violencia, sin hacer diferencia entre aquella ejercida de forma física o psicológica, por lo que ambas deben entenderse comprendidas dentro de la definición, lo que se encuentra en consonancia con el alcance de la doctrina institucional respecto del deber de protección establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo.

De esta manera, en la norma en análisis se establece que estas conductas atentan contra la dignidad de las personas y que, particularmente, pone en riesgo su integridad física y psíquica, por lo que el empleador tiene la obligación de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de las y los trabajadores, proveyendo, mediante la elaboración e implementación de protocolos de prevención, un espacio seguro, en que, ante una amenaza externa, los trabajadores tengan conocimiento de los pasos a seguir para contar con las medidas de resguardo que debe proporcionar el empleador, quien deberá hacerse a cargo del control de la situación y ejercer acciones concretas con el objeto de mitigar el daño producido, toda vez que esa exposición se debe al rol asignado al trabajador que desarrolla en la empresa.

b) Modificación en la definición de actos de discriminación.

La modificación incorporada al inciso 4° del artículo 2° del Código del Trabajo consiste en sustituir la frase "u origen social" por la frase "origen social o cualquier otro motivo".

Al respecto, se hace presente que, si bien la jurisprudencia administrativa ya había señalado que debía interpretarse que la enumeración de los motivos discriminatorios señalados en el artículo 2° del Código del Trabajo no era taxativa, la incorporación de la frase "o cualquier otro motivo", establece de forma expresa dicha situación. Considerando lo anterior, resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el Dictamen N°2210/035 de 05.06.2009, en cuanto a que precisa que, si bien el derecho a no ser discriminado está estrechamente vinculado con el concepto de igualdad, estos no son equivalentes. En este sentido, se indica, haciendo referencia a lo sostenido por Eduardo Caamaño que:

"la discriminación es un concepto valórico determinado, que importa la idea de un tratamiento desigual injustificado, que carece de fundamentación objetiva y razonable que permita entender el porqué y la finalidad de la desigualdad. Así, la discriminación es una conducta que implica distinguir a dos personas a base de un criterio elegido por el agente y que es calificado como injustificado o arbitrario".

Luego, dicho Dictamen señala:

"De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico (constitucional y legal) también reconoce, de forma autónoma y con substantividad propia pero evidentemente imbricada al mandato general de igualdad la noción de prohibición de discriminación, no siendo esta última una mera especificación de aquel sino una valoración singular de la necesidad de una protección especial y reforzada de ciertas situaciones de desigualdad consideradas particularmente nocivas."

En este sentido, cabe destacar que se mantiene dentro de la definición legal que el acto constitutivo de discriminación debe tener por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, lo que debe ser evaluado para efectos de determinar si un acto debe ser considerado como tal.

Sin perjuicio de lo expuesto, se debe precisar que el artículo 2 del Código del Trabajo establece categorías sospechosas de discriminación en forma expresa y, además, como consecuencia de la modificación legal, se permite la incorporación de otras categorías que no han sido consagradas explícitamente. En este sentido el Tribunal Constitucional ha considerado que existe clasificación sospechosa cuando se cierne sobre un grupo que históricamente ha tenido una penetrante discriminación en contra de su clase, cuando ha sido estigmatizada por efecto de la clasificación, cuando la clasificación está basada en un estatus inmutable o basada en condiciones que al persona no puede controlar o cuando la discriminación construye un efecto que asila a las personas discriminadas generando un debilitamiento de sus derechos civiles y fundamentales.

1)DERECHOS Y OBLIGACIONES INCORPORADOS POR LA LEY N°21.643 EN MATERIA DE ACOSO SEXUAL, LABORAL Y VIOLENCIA EN EL TRABAJO. Cabe hacer presente que, si bien el legislador ya contemplaba reglas generales que imponían a las y los empleadores obligaciones dirigidas a velar por la vida y salud de las y los trabajadores, así como también la obligación de garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto, según se ha señalado previamente, mediante la Ley N°21.643 se establece de forma expresa el derecho de los trabajadores a exigir la adopción e implementación de medidas destinadas a prevenir, investigar y sancionar las conductas de acoso sexual, laboral y la violencia en el lugar de trabajo, lo que se refleja en el inciso primero del nuevo artículo 211-A del Código del Trabajo.

A partir de este derecho, se establece la obligación correlativa de los empleadores de prevenir, investigar y sancionar las conductas mencionadas, dándose instrucciones para tal efecto. Al respecto, cabe destacar que el legislador exige al empleador asumir un rol activo a través del deber de prevención, y un rol reactivo, mediante de la obligación investigar y, según el resultado de este procedimiento, tomar medidas correctivas y sancionar las conductas señaladas, lo que será analizado a continuación.

2)OBLIGACIÓN DE PREVENIR

Para efectos de dar cumplimiento a esta obligación, el nuevo artículo 211-A del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N°21.643 en su artículo 1°, numeral 6, ordena a los empleadores la elaboración de un protocolo de prevención del acoso sexual, laboral y violencia en el trabajo, a través de los organismos administradores de la Ley N°16.744, según las directrices que imparta la Superintendencia de Seguridad Social, según se señaló previamente. Junto a este mandato, se señala expresamente el contenido mínimo de este, disponiendo lo siguiente:

a)La identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos psicosociales asociados con el acoso sexual, laboral y violencia en el trabajo, con perspectiva de género.

De acuerdo con lo mandatado, el empleador debe incorporar en el protocolo la identificación y evaluación de los peligros y riesgos con perspectiva de género, lo que implica considerar como el género repercute en las interacciones en el mundo del trabajo, incluyendo la relación con otras personas dependientes del empleador, clientes, usuarios y etcétera.

Si posteriormente el empleador detecta un nuevo peligro, por ejemplo, en el desarrollo de una investigación, este debe ser incorporado a los peligros identificados, evaluar los riesgos e informar de estos a los trabajadores, y se debe dar cumplimiento a las obligaciones restantes de este artículo.

b) Las medidas para prevenir y controlar tales riesgos, con objetivos medibles, para controlar la eficacia de dichas medidas y velar por su mejoramiento y corrección continua.

De la lectura de este punto, se desprende que, el legislador ha tenido por objeto que la prevención conlleve -por parte del empleador- un actuar continuo, cíclico y no finito, es decir, a implementar las medidas para prevenir los riesgos, las que deben tener objetivos medibles, y deben ser evaluadas permanentemente en el tiempo, para su eventual mejoramiento y corrección.

Esto no es así.

El sentido de la ley acordada fue objetivar el contenido de las obligaciones del empleador a fin de poder hacerlas exigibles.

Bajo la óptica de la DT, entonces, cabría demandar al empleador si finalmente ocurre un acto de acoso entre pares, puesto que el empleador habría incumplido su obligación de verificar su cumplimiento “en forma cíclica, en un actuar continuo, y no finito” y que sus objetivos medibles fallaron. Entonces sería responsable aunque no haya participado en el acto de acoso.

Esta extensión de la responsabilidad es inadmisibile.

c) Las medidas para informar y capacitar adecuadamente a los trabajadores y a las trabajadoras sobre los riesgos identificados y evaluados, así como de las medidas de prevención y protección que deban adoptarse, con inclusión de los derechos y responsabilidades de los trabajadores y las trabajadoras y los de la propia empresa.

Una vez que se han identificado los riesgos y las medidas necesarias de prevención y protección, estas deben ser difundidas entre las y los trabajadores, teniendo el empleador que cumplir no sólo con la mera entrega de información, sino que, además, debe cumplir un rol pedagógico, realizando capacitaciones que permitan garantizar su adecuada comprensión y ejecución, lo anterior implica necesariamente la debida sensibilización acerca del fenómeno del acoso sexual, laboral y de la violencia en el trabajo.

d) Las medidas para prevenir el acoso sexual, laboral y violencia en el trabajo, conforme a la naturaleza de los servicios prestados y al funcionamiento del establecimiento o empresa.

Conforme a lo prescrito en la letra transcrita en el párrafo anterior, es posible colegir que, estas medidas de prevención que debe adoptar el empleador son aquellas que se adapten en atención a la realidad particular de cada establecimiento o empresa, teniendo en cuenta, para esta adopción de medidas, los factores que inciden en el proceso productivo, y las relaciones que pueden existir entre quienes pertenecen a ella y terceros ajenos que se involucran con este espacio.

e) Las medidas de resguardo de la privacidad y la honra de todos los involucrados en los procedimientos de investigación de acoso sexual o laboral, y las medidas frente a denuncias inconsistentes en estas materias. Asimismo, deberá contener mecanismos de prevención, formación, educación y protección destinados a resguardar la debida actuación de las trabajadoras y de los trabajadores, independiente del resultado de la investigación en estos procedimientos.

En este punto se indican tres obligaciones distintas que deben ser cumplidas por el empleador:

i.- Incorporación de las medidas de resguardo de la privacidad y la honra de los involucrados.

Son aquellas medidas que tiene por objeto proteger a privacidad y la honra de todas personas involucradas, en una denuncia por acoso sexual, laboral o violencia en el trabajo, lo que no dice relación con un proceso de investigación necesariamente en curso, sino de evitar la exposición de hechos pasados que, además, puedan revictimizar a las personas afectadas.

De esta forma, se trata de medidas dirigidas a la totalidad de los y las trabajadoras de la empresa que buscan generar la debida comprensión sobre el impacto de la difusión de la información sobre estas materias.

ii.- Incorporación de medidas frente a denuncias inconsistentes.

Las denuncias inconsistentes, son aquellas que carecen de elementos suficientes para su adecuada comprensión, o integralidad, es decir, existe una deficiencia de información que requiere ser subsanada, no refiriéndose a un juicio de valor sobre el contenido de la denuncia formulada, en el sentido de su veracidad o falsedad.

No es así; la tramitación de la iniciativa demuestra que la norma es atingente a la protección de un trabajador frente a denuncias injustificadas, falsas o no veraces. No es un concepto neutro o solo que adolezca de información.

Es decir, el protocolo podrá efectivamente contener normas sobre sanciones ante denuncias falsas, reparaciones al afectado, y requisitos para que la denuncia cumpla estándares mínimos.

Efectivamente el protocolo se debe hacer cargo del juicio de valor que adquiere para el afectado por una denuncia inconsistente, establecer las sanciones por ello y las reparaciones a la víctima.

En el marco del protocolo de prevención las medidas a tomar frente a denuncias inconsistentes son aquellas conducentes a que las personas trabajadoras conozcan claramente los elementos que permiten configurar una conducta constitutiva de acoso sexual, laboral y violencia en el trabajo, lo que permite que las denuncias que formulen contengan los mayores elementos posibles, de manera de facilitar el correcto desarrollo del procedimiento.

iii.- Mecanismos de prevención, formación, educación y protección destinados a resguardar la debida actuación de los trabajadores y trabajadoras

Estos son mecanismos que tienen por objeto resguardar el comportamiento de la totalidad de los trabajadores y trabajadoras, en el contexto de una eventual denuncia, indistintamente si participan o no en una potencial investigación o la calidad en que lo realicen.

Este tipo de medidas preventivas permitirán generar una cultura organizacional tendiente a la debida colaboración de las personas en una eventual investigación y una actuación que evite entorpecer el resultado de esta, siendo para ello relevante que tengan conocimiento general de cómo funciona la normativa asociada a los procedimientos de investigación, las etapas reguladas en el respectivo reglamento interno, entre otras materias.

Dicho todo lo anterior, se hace presente que lo indicado en el nuevo artículo 211-A es un contenido mínimo, por lo que no hay inconveniente en que los empleadores incorporen otros elementos congruentes con el objeto de la Ley N°21.643 o el Convenio 190 de la OIT.

Ahora bien, es importante destacar que el empleador no sólo tiene la obligación de contar con un protocolo, sino que debe aplicar el mismo dando cumplimiento a su deber general de protección establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo. Dicho esto, es insuficiente la mera acreditación del cumplimiento formal mantener un protocolo, puesto que el objetivo de la norma, que se desprende del tenor del contenido mínimo fijado por el legislador, establece medidas que se traducen en acciones concretas del empleador.

No es así.

El empleador se encuentra obligado única y exclusivamente a lo que señala la ley.

Debe contar con un protocolo, realizar capacitación y entregar información. Bien. Pero extender la responsabilidad de la forma en que este dictamen lo hace, significa dar un grado de subjetividad inaceptable e incompatible el principio de legalidad de las obligaciones laborales.

En cuanto a la difusión de información, mediante el inciso cuarto del artículo 211-A, el legislador introdujo expresamente el deber de las empleadoras y empleadores de informar semestralmente los canales que mantiene la empresa para la recepción de denuncias sobre incumplimientos relativos a la prevención, investigación y sanción del acoso sexual, así como también las instancias estatales para denunciar cualquier incumplimiento laboral y acceder a las prestaciones en materia de seguridad social.

Lo anterior implica, a lo menos, en el caso de entidades distintas al empleador, la identificación clara de las instituciones, su competencia y los canales que mantiene a disposición del público para realizar denuncias, siendo relevante además informar, en el caso de la ley N°16.744, el organismo administrador al que se encuentra adherido el empleador dado que este puede variar.

Al respecto, se hace presente que la periodicidad establecida para la entrega de información es un piso mínimo, por lo que bien podría realizarse en periodos más acotados.

1) OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR

La obligación de investigar, propiamente tal, surge ante la denuncia de un hecho que puede ser constitutivo de acoso sexual, laboral o violencia en el trabajo.

Esta, sin embargo, exige el cumplimiento de una obligación previa, que consiste en incluir dentro del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, conforme a la modificación incorporada en el artículo 154 N°12, al que ya hicimos referencia, el procedimiento de investigación, que debe ajustarse a

lo dispuesto en los artículos 211-B, 211-B bis y 211-C, incorporado por la Ley N°21.643 en su artículo 1°, numeral 8, 9 y 10, que serán revisados a continuación.

Se debe precisar que el análisis que se realiza en el presente oficio se limita a lo dispuesto en la Ley N°21.643, estando pendiente la dictación del Reglamento del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que contendrá las directrices que además deberán ser consideradas para llevar a cabo las investigaciones correspondientes, tanto por parte de las empresas como las Inspecciones del Trabajo.

A) Principios.

El artículo 211-B indica lo siguiente:

"Los procedimientos de investigación regulados en este párrafo deberán sujetarse a los principios de confidencialidad, imparcialidad, celeridad y perspectiva de género.

Un Reglamento dictado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, previo informe de la Dirección del Trabajo, establecerá las directrices a las que deberán ajustarse las investigaciones."

Estos principios son aplicables a todo procedimiento de investigación regulado en este párrafo, esto es, a los procedimientos surgidos ante la existencia de hechos constitutivos de acoso sexual, laboral y violencia en el trabajo, así como también a los procedimientos que lleve a cabo la parte empleadora o la Inspección del Trabajo. Siendo esenciales para el procedimiento de investigación, se deberá considerar tanto para su definición como para su alcance y aplicación, lo que disponga el Reglamento que elaborará el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, conforme a lo dispuesto en el nuevo artículo 211-B del Código del Trabajo.

Establecido lo anterior, es importante destacar que, estos principios se han establecido como un piso mínimo, y que, adicionalmente, deben considerarse reglas básicas que permiten llevar a cabo un procedimiento de naturaleza investigativo y sancionador, que otorgue garantías esenciales de un debido proceso a las personas involucradas, en el contexto de garantizar ambientes laborales dignos y de mutuo respeto, resguardando siempre la dignidad de los trabajadores, contemplando el siguiente mínimo procedimental, y que se desprenden de la Ley N°21.643 y de lo dispuesto en el Convenio 190 de la OIT:

1. Deberá constar por escrito.
2. Debe garantizar que ambas partes sean oídas y puedan fundamentar sus dichos.
3. Se deben tomar medidas para proteger a la víctima y los testigos, para efectos de prevenir o evitar cualquier tipo de represalia.

b) Presupuestos mínimos para el procedimiento de investigación de una denuncia de acoso sexual, laboral o violencia en el trabajo

Sin perjuicio de que el nuevo artículo 211-B del Código del Trabajo, ya mencionado, mandata al Ministerio del Trabajo y Previsión Social a elaborar un Reglamento, el artículo 211-B bis incluye ciertos elementos mínimos que deben ser tenidos a la vista al momento de elaborar el procedimiento correspondiente y llevar a cabo la investigación, las que serán revisadas a continuación.

i. Presentación de la denuncia

Para tal efecto, el inciso 1° del artículo 211-B bis dispone:

"En caso de acoso sexual, laboral o violencia en el trabajo, la persona afectada deberá hacer llegar su denuncia por escrito o de manera verbal a la empresa, establecimiento o servicio, o a la respectiva Inspección del Trabajo. Si la denuncia es realizada verbalmente, la persona que la reciba deberá levantar un acta, la que será firmada por la persona denunciante. Una copia de ella deberá entregarse a la persona denunciante."

De la norma transcrita se desprende que el legislador modifica la forma en que puede ser presentada una denuncia, permitiendo que esta pueda ser por escrito o de forma verbal, debiendo levantarse un acta en caso de que se escoja la segunda vía.

Esto confiere mayor flexibilidad en su interposición, exigiéndose un mecanismo de registro de esta, lo que permite que la persona denunciante cuente con un respaldo de la gestión realizada y mantener un registro del antecedente que da inicio al procedimiento. A su vez, tiene por objeto evitar que la persona afectada se vea expuesta a reiterar su relato de forma innecesaria.

Luego, se destaca que la persona interesada puede optar por presentar la denuncia ante el empleador, o directamente ante la Inspección del Trabajo, independientemente de las características del hecho que se debe investigar, lo que debe ser informado semestralmente a todos los trabajadores en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 211-A del Código del Trabajo.

ii. Adopción de medidas de resguardo

Sobre esta materia, el inciso 2° y 3° del artículo 211-B bis señala:

"Recibida la denuncia, el empleador deberá adoptar de manera inmediata las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados. Para ello deberá considerar la gravedad de los hechos imputados, la seguridad de la persona denunciante y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo. Entre otras, las medidas a adoptar considerarán la separación de los espacios físicos, la redistribución del tiempo de la jornada y proporcionar a la persona denunciante atención psicológica temprana, a través de los programas que dispone el organismo administrador respectivo de la ley N°16.744.

Si la denuncia es realizada ante la Inspección del Trabajo, ésta solicitará al empleador la adopción de una o más medidas de resguardo de las señaladas en el inciso anterior, en el plazo máximo de dos días hábiles, las que se deberán adoptar de manera inmediata, una vez que se notifiquen de conformidad con el artículo 508."

Las medidas de resguardo son aquellas de carácter cautelar, que tienen por objeto proteger a los intervinientes, especialmente a la víctima del hecho denunciado, evitando profundizar daño causado o la ocurrencia de un nuevo hecho lesivo durante el procedimiento, todo esto en armonía con lo dispuesto en el artículo 184 del Código del Trabajo que mandata al empleador a adoptar todas las medidas tendientes a resguardar, eficazmente, la integridad de sus dependientes, evitando aquellos riesgos que le son conocidos o aquellos que debe conocer.

A modo ejemplar, el nuevo artículo 211-B bis del Código del Trabajo indica algunas de las medidas que pueden ser adoptadas, entre las que se encuentran la separación de espacios físicos, la redistribución del tiempo de la jornada y la proporción a la persona denunciante de atención psicológica temprana, a

través del organismo administrador respectivo de la Ley N°16.744. Teniendo en cuenta las materias tratadas en la Ley N°21.643, es de suma relevancia la consideración de esta última medida, como medida privilegiada de prevención y mitigación, en atención a la eventual afectación a la salud mental de los intervinientes, especialmente de la víctima, la que debe ser adoptada conforme a las directrices que señale la Superintendencia de Seguridad Social; y el deber del empleador de implementar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de las y los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 184 del Código del Trabajo.

Lo anterior, debe entenderse además en el marco de las exigencias legales de carácter general que ya tiene el empleador en esta materia, a saber, el deber de denunciar al organismo administrador a todo trabajador o trabajadora que haya sufrido un accidente o enfermedad que le pueda ocasionar incapacidad para el trabajo o la muerte, obligaciones que se encuentran dispuestas expresamente en la Ley N°16.744, que "Establece Normas Sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales" del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Por lo tanto, a propósito de la medida de atención psicológica temprana, el empleador debe considerar que en caso de denuncias de hechos constitutivos de acoso sexual, acoso laboral o violencia en el trabajo, mantiene de todas formas un deber general a la luz de lo señalado precedentemente, pudiendo constituir la referida medida de resguardo una vía de ingreso al seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, en conformidad a lo que disponga la Superintendencia de Seguridad Social.

Cabe señalar que, la enumeración de medidas establecidas en la normativa en ningún caso pretende ser taxativa, no existiendo inconveniente que el empleador considere otras que sean congruentes con el objeto de la Ley N°21.643 y estén dentro del marco de la normativa laboral, las que deben ser incorporadas al Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad.

Ahora bien, lo anteriormente expuesto no solo da cuenta de la existencia de una obligación para el empleador, sino también de un derecho de las personas trabajadoras a propósito de lo dispuesto en el artículo 184, por lo tanto, pueden exigir que el empleador tome medidas de resguardo, lo que, a la luz de los mínimos procedimentales señalados precedentemente, deberá registrarse siempre por escrito, consignándose además la decisión del empleador y su fundamentación.

Ahora bien, en cuanto al momento y la determinación de las medidas, de lo dispuesto en el artículo 211-B bis, se desprende que el legislador distingue si la denuncia ha sido presentada ante el empleador o ante el organismo administrativo.

En caso de que la denuncia sea presentada ante el empleador, éste deberá adoptar de manera inmediata las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados. Cabe precisar que al utilizar el concepto "deberá", se impone al empleador una obligación de actuar y no una facultad, es decir, el empleador no puede simplemente omitir esta obligación, sino que debe realizar un análisis que le permita determinar cuál es la medida necesaria para el caso determinado. Para esto, señala el legislador que se debe considerar la gravedad de los hechos imputados, la seguridad de la persona denunciante y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo, dando cuenta de los elementos que debe dar cuenta el empleador para justificar su decisión.

En cuanto al momento para tomar la medida, se exige que esta sea de forma inmediata, esto es, conforme a la definición de la Real Academia de la Lengua Española, "que sucede enseguida, sin

tardanza", estableciéndose un plazo que mandata al empleador a tomar la medida a la brevedad posible, es decir, en cuanto sea posible hacerlo.

Sobre este punto, se hace presente además que, considerando que el nuevo artículo 211-C exige que la investigación que lleve a cabo la empresa conste por escrito, debe dejarse registro de la medida que se estima pertinente tomar, su oportunidad y su fundamentación.

Asimismo, conforme al deber referido nada obsta que, en caso de que sea necesario resguardar la salud y seguridad de las personas afectadas, se puedan adoptar medidas de resguardo durante el procedimiento por el empleador en tanto se consignen en el Reglamento Interno respectivo.

iii. Desarrollo de la investigación

Para efectos de revisar lo dispuesto por el legislador para esta etapa, se debe tener a la vista lo dispuesto en el nuevo artículo 211-C, que en su inciso primero y segundo dispone:

"Si la denuncia es presentada en la empresa, establecimiento o servicio, el empleador dispondrá la realización de una investigación interna de los hechos o, en el plazo de tres días, remitirá los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva.

En cualquier caso, la investigación deberá concluirse en el plazo de treinta días."

De lo anterior se desprende que, ante la recepción de una denuncia por parte de una empresa, esta puede optar por realizar la investigación interna o por remitir los antecedentes a la Inspección del Trabajo correspondiente, dentro del plazo de tres días, para que lleve a cabo la investigación.

Ahora bien, tanto si la investigación es realizada por la empresa o si la lleva a cabo la Inspección, el procedimiento debe concluirse en el plazo de 30 días. Este plazo debe ser considerando desde que la empresa recibe la denuncia, si es que opta por realizar el procedimiento de forma interna. Luego, el inciso 3º del artículo 211-C señala:

"Si se opta por una investigación interna, ésta deberá constar por escrito, ser llevada en estricta reserva y garantizar que ambas partes sean oídas y puedan fundamentar sus dichos. Una vez finalizada será remitida junto a las conclusiones a la Inspección del Trabajo respectiva, la cual tendrá un plazo de treinta días para pronunciarse sobre ésta. En caso de cumplirse el plazo referido y de no existir tal pronunciamiento, se considerarán válidas las conclusiones del informe, especialmente para efectos de adoptar medidas respecto de las personas afectadas."

De este inciso se desprende que el empleador que decida llevar internamente la investigación tiene la obligación de que esta conste por escrito, es decir, debe existir un registro de esta.

Además, debe ser llevada en estricta reserva, lo que tiene por objeto resguardar los derechos de los intervinientes y evitar que exista un desincentivo a denunciar o a participar de un procedimiento en calidad de testigo. Lo anterior, no obsta a que se garantice el conocimiento del estado del procedimiento a la persona denunciante y denunciada, considerando el debido resguardo los demás intervinientes, según ya se señaló al hacer referencia al principio de confidencialidad.

Asimismo, se establece como presupuesto mínimo del procedimiento, la obligación de garantizar que ambas partes sean oídas y puedan fundamentar sus dichos, todo esto respondiendo la exigencia de un debido proceso.

Es importante precisar que, si bien las denuncias serán recibidas conforme a la materia que indique la persona denunciante, si se recibe una denuncia por acoso sexual, y al realizar la investigación se verifica que lo constatado no es constitutivo de dicha conducta, pero sí se configuran los hechos para tipificarlo como acoso laboral, acoso sexista u otro, el empleador deberá continuar el procedimiento, dejando constancia de tales circunstancias en el respectivo informe, y, deberá proponer medidas y sanciones acorde a la conducta realmente constatada.

Se hace presente que el inciso final del artículo 211-C, reitera la instrucción de que toda investigación debe ceñirse a lo dispuesto en el Reglamento dictado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, agregando además que, para efectos de aquellas investigaciones que sean realizadas por la empresa, esta debe designar de preferencia, como persona a cargo del procedimiento, a un trabajador o trabajadora que tenga formación en materias de acoso, género o derechos fundamentales.

Lo anterior implica que, en caso de existir personas que al interior de la empresa tengan la debida formación, el empleador deberá preferir designarlas para el desarrollo de las investigaciones versus otras que no cuenten con conocimientos en el área, los que podrán acreditarse a través de certificaciones emitidas por entidades educativas reconocidas por el Estado.

Una vez terminada la investigación, se dispone la obligación de la empresa de remitir a la Inspección del Trabajo la investigación junto a las conclusiones, teniendo este servicio un plazo de 30 días para pronunciarse sobre esta, señalando que en caso de que la Inspección no se pronuncie dentro de dicho plazo se considerarán válidas las conclusiones del informe.

Precisamente. En los párrafos siguientes, en una interpretación contra ley, se señala que en ningún caso el silencio de la DT implica avalar las conclusiones del informe o dar por acreditados los hechos en que se basa el despido por acoso.

Es decir, el estado le dice al empleador:

“Usted tiene el deber de prevenir”

“Si aún así alguien sufre acoso usted debe investigar”

“Si investiga y condena, yo debo visar sus conclusiones”

“Pero si usted despide al acosador, como es su deber, no puede decir que yo no impugné las conclusiones”

Entonces, la interpretación de la DT nuevamente es contra ley, dado que la norma legal señala expresamente que “En caso de cumplirse el plazo referido y de no existir tal pronunciamiento, se considerarán válidas las conclusiones del informe, especialmente para efectos de adoptar medidas respecto de las personas afectadas.”

Sobre esto último, resulta del todo relevante precisar, que la revisión que debe llevar a cabo el Servicio, dice relación con verificar que el empleador haya dado cumplimiento a las instrucciones procesales impuestas en el Reglamento que dicte el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, conforme a lo dispuesto en el artículo 211-B, modificado por la Ley N°21.643, verificando que exista una congruencia entre el informe y las conclusiones, sin que pueda exigirse un pronunciamiento de fondo de parte de la Inspección, toda vez que no ha sido parte del procedimiento, por lo tanto no le es posible constatar la

efectividad de los hechos expuestos en el informe, ni tampoco cotejar el desarrollo del procedimiento. Dicho esto, de existir un pronunciamiento sin observaciones de parte del Servicio, el empleador puede continuar el procedimiento, adoptando las medidas indicadas en las conclusiones de su informe. Lo mismo ocurrirá en caso de que transcurra el plazo de 30 días sin que exista un pronunciamiento de parte de la Inspección.

En este sentido, al momento de revisar el informe la actuación de la Dirección del Trabajo tampoco generará presunción legal alguna respecto de los hechos investigados, toda vez que conforme al artículo 23 del D.F.L N°2 de 1967, que dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo, este se encuentra reservado a los hechos directamente constatados por los Inspectores del Trabajo, lo que no es posible a través de la revisión del referido informe.

Asimismo, es importante destacar que la norma limita el efecto de la falta de pronunciamiento a la validez a las conclusiones del informe y no a otro elemento, indicándose luego que esto será especialmente para efectos de adoptar medidas respecto de las personas afectadas, sin señalar que estas últimas serán válidas. Lo anterior es concordante, por ejemplo, con la posibilidad que tiene la persona denunciada, que puede verse afectada por las medidas que estime el empleador, para posteriormente reclamar judicialmente contra éstas.

Así las cosas, en caso alguno puede estimarse que el objeto de esta norma es dar una presunción de veracidad al informe emitido por el empleador, quien es un interviniente interesado en el procedimiento, o confirmar que las medidas tomadas se ajustan a derecho, sino que tiene por objeto dar continuidad al procedimiento y atender al principio de celeridad, lo que significa una garantía tanto para la persona denunciante como denunciada, en cuanto a que el procedimiento se desarrollará en un periodo de tiempo acotado, pudiendo, luego de este, continuar con las acciones que estimen pertinentes.

Razonar en sentido contrario, considerando que ante la falta de pronunciamiento lo pretendido es darle un valor probatorio adicional al informe del empleador o una aprobación al fondo de la investigación o a las medidas tomadas, implicaría estimar que el legislador transfirió las consecuencias de un reproche al actuar tardío de la Inspección a los intervinientes, lo que no resulta sostenible a la luz de los principios del derecho del trabajo o de un debido proceso.

Ahora bien, debe destacar que si al revisar el informe emitido por la empresa, la Inspección del Trabajo detecta la existencia de antecedentes que podrían indicios de una vulneración de derechos fundamentales, se encuentra obligada a iniciar la investigación correspondiente por los hechos denunciados y por la conducta del empleador del caso concreto.

iv.- Apoyo de parte de terceros expertos en la investigación.

Cabe hacer presente que previamente este Servicio se ha pronunciado sobre la posibilidad de que el empleador o empleadora utilice los servicios de una empresa externa especializada en materia de acoso sexual, con la finalidad de contar con apoyo y asistencia técnica que garantice un procedimiento imparcial y objetivo para las partes involucradas.

Al respecto este Servicio ha señalado, que no existe razón para excluir del procedimiento de acoso sexual la intervención técnica de un tercero especializado, en la medida que dicha asistencia permita dar debido cumplimiento a todos y cada uno de los requisitos y obligaciones que la ley impone al empleador, lo que resulta plenamente aplicable a los procedimientos establecidos mediante la Ley N°21.643, particularmente considerando su complejidad de las materias.

Es importante precisar dicha intervención debe cumplir con el estándar de idoneidad exigible ante casos de la envergadura de estas denuncias, siendo, entonces, primordial que se trate de una asistencia apropiada y funcional a los fines perseguidos; y que permita cumplir a cabalidad todos los requisitos que prescribe la ley respecto estos procedimientos.

Finalmente, debe reiterarse lo señalado en el Ord. N°6437 de 02.10.2018, en cuanto a que la utilización de asesoría de un experto por parte del empleador y el detalle de esta intervención en estos procedimientos de investigación, estos deben estar suficientemente regulados en el respectivo Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad o en el Reglamento Interno de Seguridad e Higiene en el trabajo, según corresponda. Asimismo, se destaca que la participación de esta entidad externa de modo alguno modifica, excluye o aminora la responsabilidad de la empresa empleadora en el cumplimiento de los deberes que, en la materia, le impone la ley, relativa a que es el empleador el directo y exclusivo encargado de los procedimientos de acoso sexual, acoso laboral y violencia en el trabajo.

6)MEDIDAS CORRECTIVAS

El inciso 4° del artículo 211-C, se refiere particularmente a las conclusiones referidas a las investigaciones de denuncias por violencia en el trabajo, señalando que:

"En el caso de las conductas establecidas en la letra c) del inciso segundo del artículo 2, las conclusiones contendrán las medidas correctivas que adoptará el empleador en relación con la causa que generó la denuncia."

Tales medidas estarán dirigidas a la no reiteración de la conducta constatada y la prevención de vulneraciones posteriores, por lo que dentro de estas medidas se pueden incorporar aquellas que permiten corregir, ajustar o reforzar del Protocolo de Prevención.

Se debe precisar que, si bien las medidas correctivas se establecen como requisito de las conclusiones ante una denuncia de violencia en el trabajo, esto dice relación con que, en tal caso, esta será la respuesta exigida al empleador ya que no está facultado para sancionar a un tercero, ajeno a la relación laboral. Sin embargo, esto no significa que, ante la constatación de una situación de acoso sexual o laboral, no deban tomarse medidas correctivas, adicionales a las sanciones que se exigen imponer, si es que estas son necesarias para efectos de reparar íntegramente las consecuencias del hecho constatado.

Cabe señalar, además, que las medidas correctivas no sólo dicen relación con la víctima del hecho lesivo, sino que también con los demás trabajadores y trabajadoras de la empresa, debiendo ser evaluadas aquellas medidas dirigidas a evitar la repetición del hecho en futuro, en atención al deber de prevención, al que nos referimos previamente.

7)OBLIGACIÓN DE SANCIONAR

En conformidad al mérito del informe de investigación en los casos de acoso sexual y laboral, el empleador deberá disponer y aplicar las medidas o sanciones que correspondan, dentro de los siguientes quince días hábiles judiciales contados desde su recepción, esto es, desde que es notificado por la Inspección del Trabajo. Las medidas o sanciones adoptadas serán informadas dentro del plazo anteriormente referido, tanto a la persona denunciante como a la denunciada.

En cuanto a las sanciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 154 N°10 del Código del Trabajo, estas podrán consistir en amonestaciones verbales, amonestaciones escritas o multas, las que serán aplicadas según la gravedad de la conducta. Además, en los casos que corresponda, esto es, cuando se verifiquen "conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas", conforme a lo dispuesto en el enunciado del artículo 160 del Código del Trabajo, el empleador podrá aplicar las sanciones establecidas en el N°1 de dicho artículo en sus letras b) o f) de dicho artículo.

Ahora bien, el legislador adicionalmente especifica que, al referirse al acoso laboral, el empleador deberá evaluar la gravedad de los hechos investigados. Lo anterior debe ser comprendido a la luz de la modificación hecha al concepto de acoso laboral, que, al eliminarse el requisito de reiteración, necesariamente convoca a evaluar la gravedad de la conducta para efectos de su sanción, lo que debe ser consignado en el informe.

Ahora bien, sin perjuicio del contenido del informe y su conclusión, si el empleador opta por dar término a la relación laboral, deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 162 del Código del Trabajo, particularmente respecto comunicar el despido por escrito a la persona trabajadora, expresando en este documento la o las causales invocadas y los hechos en que se funda, tratándose de un derecho de las personas trabajadoras al momento del término de la relación laboral. Asimismo, se hace presente que la Ley N°21.643 no contempla modificación alguna a lo dispuesto en el artículo 454 N°1 del Código del Trabajo, debiendo el empleador acreditar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido, siendo especialmente relevante su consignación en dicha comunicación, que tendrá efectos legales relevantes al momento de concluir el vínculo laboral.

Esto es exactamente al contrario; la ley es expresa al señalar que será el trabajador quien deberá probar que los hechos en que se funda la inculpación por el acoso y consecuentemente el despido, no son verídicos o son inconsistentes.

Nuevamente la interpretación de la DT es antojadiza y sin sustento legal. El texto legal es el siguiente:

"El trabajador despedido o la trabajadora despedida podrá impugnar dicha decisión ante el tribunal competente. Para ello deberá rendir en juicio las pruebas necesarias para desvirtuar los hechos o antecedentes contenidos en el informe del empleador o de la Inspección del Trabajo que motivaron el despido." (Art. 211-E inciso 4°).

Finalmente, el artículo 211-E, incorporado por la Ley N°21.643 en su artículo 1°, numeral 12, establece la obligación del empleador de entregar la información a la persona denunciante referida a los canales de denuncia de los hechos que puedan constituir eventuales delitos, en el contexto del acoso sexual, laboral o violencia en el trabajo,

8) OBLIGACIÓN DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO DE DENUNCIAR

Esta obligación, establecida en el nuevo artículo 211-D, incorporado por la Ley N°21.643 en su artículo 1°, numeral 11, ordena lo siguiente:

"Con todo, si la Inspección del Trabajo competente en el ejercicio de sus facultades toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 486, con excepción de lo consagrado en el inciso sexto respecto a las conductas establecidas en la letra a) del artículo 2°."

De lo anterior se desprende que, en caso de que la Inspección del Trabajo competente, en el ejercicio de sus funciones, tome conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, tendrá la obligación de denunciar los hechos al tribunal correspondiente, acompañando el informe respectivo, lo que tiene por objeto reforzar lo dispuesto en el artículo 486 del Código del Trabajo.

Cabe señalar que, conforme a este artículo, previo a interponer la denuncia respectiva, la Inspección deberá llevar a cabo una mediación entre las partes, a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas. Esta etapa no se realizará en los casos de acoso sexual, en atención al mandato expreso del legislador, que tiene por objeto, entre otras cosas, evitar la revictimización de la persona afectada.

9)CONTENIDO MÍNIMO DE LOS REGLAMENTOS INTERNOS: INCORPORACIÓN DEL PROTOCOLO DE PREVENCIÓN, PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN Y SANCIONES

Modificación de artículo 154 del Código del Trabajo

El artículo 154 del Código del Trabajo indica las disposiciones mínimas que debe contener el Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad exigido a toda empresa que cuente con 10 o más trabajadores permanentes, conforme a lo dispuesto en artículo 153 del mismo cuerpo legal. Atendiendo al objeto de la Ley N°21.643, ya citado, se modifica el artículo 154 sustituyendo el primer párrafo del N°12, indicando que el Reglamento debe contener:

"12. El protocolo de prevención respecto del acoso sexual, laboral y la violencia en el trabajo, y el procedimiento al que se someterán las trabajadoras y los trabajadores, en conformidad a lo dispuesto en el Título IV del Libro II, el que considerará las medidas de resguardo que se adopten respecto de los involucrados y las sanciones que se aplicarán.". Mediante estas modificaciones, se incorpora la obligación de las empresas de:

- i.- Contar con un protocolo de prevención del acoso sexual, laboral y violencia en el trabajo; y
- ii.- Contar con un procedimiento de investigación de dichas conductas, incluyendo las medidas de resguardo que se adopten y las sanciones a aplicar, tratadas previamente en este informe.

Incorporación de artículo 154 bis

La Ley N°21.643 en su artículo 1°, numeral 3, incorpora el artículo 154 bis al Código del Trabajo, que dispone:

"Artículo 154 bis.- El empleador que no se encuentre obligado a confeccionar el Reglamento Interno al que se refiere el presente Capítulo deberá poner en conocimiento de las trabajadoras y de los trabajadores el protocolo de prevención respecto del acoso sexual, laboral y la violencia en el trabajo y el procedimiento de investigación y sanción al que se someterán dichas conductas, al momento de la suscripción del contrato de trabajo, en conformidad a lo dispuesto en el Título IV del Libro II, el que considerará las medidas de resguardo que se adopten respecto de los involucrados y las sanciones que se aplicarán. Lo anterior deberá constar por escrito y se incorporará en el Reglamento a que se refiere el artículo 67 de la ley N°16.744. Para efectos de la elaboración del procedimiento de investigación y sanción, el empleador podrá contar con la asistencia técnica del organismo administrador de la ley referida al que se encuentre afiliado."

De la redacción del artículo transcrito es posible colegir que se extiende la obligación de contar con un protocolo de prevención ante el acoso sexual, laboral y la violencia en el trabajo y del procedimiento de

investigación y sanción al que se someterán dichas conductas, a todas aquellas empresas no obligadas a contar con un Reglamento Interno contemplado en el artículo 153 del Código del Trabajo, por contar con menos de 10 trabajadores.

La norma transcrita, además, establece que el procedimiento de investigación debe contener las medidas de resguardo que se deberán adoptar, así como también las sanciones que se podrán aplicar, de esta manera el protocolo de prevención y el procedimiento de investigación y sanción se deberán incorporar por escrito en el Reglamento de Seguridad e Higiene en el trabajo, exigido por el artículo 67 de la Ley N°16.744.

Considerando que la obligación conlleva la modificación del mencionado Reglamento, este deberá ser puesto en conocimiento de las y los trabajadores de la empresa. Asimismo, se exige expresamente al empleador que este protocolo sea puesto a disposición de todos los trabajadores al momento de la suscripción del contrato de trabajo, puesto que contiene derechos y obligaciones que los afectan. Finalmente, se debe recordar que, para la elaboración de estos protocolos, los empleadores podrán contar con la asistencia técnica del organismo administrador de la Ley N°16.744 al que se encuentre afiliado, el que deberá considerar las directrices que emita la Superintendencia de Seguridad Social, mediante una norma de carácter general, de acuerdo con el mandato que le otorga la Ley N°21.643, mediante el inciso final del nuevo artículo 211-A.

Asimismo, para efectos de la elaboración del procedimiento de investigación y sanción, tratándose de empleadores que no se encuentren obligados a confeccionar el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, ellos podrán contar con la asistencia técnica del organismo administrador de la Ley N°16.744 al que se encuentre afiliado, de conformidad al nuevo artículo 154 bis, parte final.

10)VIGENCIA DE LA LEY N°21.643

Finalmente, la Ley N°21.643, en su artículo primero transitorio, primera parte, indica lo siguiente:

"La presente ley entrará en vigencia el primer día del sexto mes subsiguiente a su publicación en el Diario Oficial"

Establecido lo anterior y en consideración que la Ley en análisis fue publicada 15.01.2024, esta entrará en vigor el día 01.08.2024. Ahora bien, el artículo segundo transitorio indica que:

"Los procesos o investigaciones sobre acoso sexual, laboral o de violencia en el trabajo, iniciados antes de la vigencia de la presente ley, se regirán por las normas vigentes a la fecha de la presentación de la respectiva denuncia."

Por lo tanto, de los preceptos legales transcritos, es posible colegir que los procedimientos de investigación originados por denuncias presentadas a partir del 01.08.2024 se regirán por las normas de la Ley N°21.643.

En este sentido, para la aplicación de la ley los empleadores deberán adecuar sus reglamentos internos en conformidad a la normativa general observando los plazos legales establecidos al efecto. En caso que, conforme lo dispuesto en el artículo 156 del Código del Trabajo, estos no comiencen a regir a la fecha indicada precedentemente, corresponderá que los procedimientos de investigación los desarrolle la Dirección del Trabajo conforme a lo establecido en el artículo segundo transitorio, aplicando el

Servicio directamente las normas de la ley en análisis y del reglamento establecido en el artículo 211-B del Código del Trabajo, el que debe dictarse en forma previa a la entrada en vigencia de la ley.

En consecuencia, en mérito de las consideraciones antes expuestas y disposiciones legales y doctrina administrativa citadas cumpla con informar a Ud. que mediante el presente oficio se fija el sentido y alcance de la Ley N°21.643 que "Modifica el Código del Trabajo y Otros Cuerpos Legales, en Materia de Prevención, Investigación y Sanción del Acoso Laboral, Sexual o de Violencia en el Trabajo".

Saluda atentamente a Uds.,

PABLO ZENTENO MUÑOZ
ABOGADO
DIRECTOR NACIONAL DEL TRABAJO