

DOCTRINA

Acoso sexual en la universidad: Relaciones de poder y ámbito de aplicación. Comentario de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4.129-2020

José Ángel Fernández Cruz 

Universidad Austral de Chile

Introducción

El presente fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago presenta dos cuestiones de relevancia en la aplicación de los protocolos universitarios contra el acoso, la violencia y la discriminación. La primera versa sobre la necesidad de que el acoso sexual se produzca dentro del contexto de una relación de poder o sumisión. La segunda cuestión trata la competencia de los órganos disciplinarios universitarios para conocer casos de acoso, violencia y discriminación acaecidos fuera de las instalaciones universitarias o del contexto de actividades académicas.

Doctrina

La Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago conoció de un recurso de protección contra una resolución disciplinaria de la Universidad Santo Tomás,¹ que calificó como un acto de acoso sexual el envío reiterado de correos electrónicos con «propuestas de contenido sexual» a un profesor (director de carrera) de parte de una

1. Comisión Nacional de Apelación de la UST 5-2019, 18 de diciembre de 2019. La normativa interna de la Universidad Santo Tomás es la siguiente: en primer lugar, el acoso sexual se encuentra descrito en el Manual de Buen Trato, Orientaciones y Recomendaciones para la Prevención de Acoso Sexual, Violencia de Género y Discriminación Arbitraria y Protocolo para Atención de Denuncias de Acoso y Discriminación Arbitraria, Universidad Santo Tomás, 2018, disponible en <https://bit.ly/3epmiYz>.

EN segundo lugar, las sanciones y el procedimiento se encuentran regulados en el Reglamento de Convivencia y Responsabilidad Disciplinaria de la Comunidad Académica de la Universidad Santo Tomás, Universidad Santo Tomás, Dirección General de Postgrados, 31 de diciembre de 2016, disponible en <https://bit.ly/313cZuu>.

estudiante, «adjuntando algunas fotografías en ropa interior, conducta que se habría repetido en una oportunidad en el año 2016». El hecho fue calificado como una falta grave² con la concurrencia de una circunstancia atenuante, y la sanción aplicada fue la suspensión de toda actividad académica por el lapso de un semestre académico.³

La estudiante, a la hora de exculpar su conducta, manifestó que «envió los correos sin medir las consecuencias que podían generar, agregando que al momento de enviarlos se encontraba bajo los efectos del alcohol». Además, la parte recurrente entendió que los hechos que se le imputan no son constitutivos de la infracción de acoso sexual, «ya que esta sanción disciplinaria vulnera las garantías fundamentales del artículo 19 números 1, 3 y 24 de la Constitución Política de la República».

En concreto, los fundamentos del recurso de protección los podemos resumir en los siguientes. En primer lugar, sostuvo que la conducta resulta atípica de acuerdo con el Manual de Buen Trato. De acuerdo con la definición de acoso sexual establecida en el epígrafe 3.1.1. del Manual de Buen Trato,⁴ «la recurrente entiende que no concurre como elemento constitutivo la existencia de una posición de poder o subordinación entre la estudiante y el director de escuela».⁵ De manera subsidiaria, entendió que nos

2. El artículo 12 letra m) del Reglamento de Convivencia considera como infracción grave «cometer, colaborar, incentivar o encubrir actos de discriminación arbitraria, de acoso moral o sexual, respecto de cualquier integrante o grupo perteneciente a la comunidad académica y terceros con quienes pueda interactuar en razón de su calidad de miembro de esta».

3. Artículo 18, letra c.i) del Reglamento de Convivencia.

4. El citado epígrafe establece: «El acoso sexual es una manifestación de violencia de género y expresa la desigualdad de poder y el abuso hacia quien es considerado de menor valor o sujeto de dominación por parte de otro. Puede darse en el marco de relaciones jerárquicas, entre pares y entre personas del mismo o distinto sexo, entre conocidas/os o desconocidas/os, y entre quienes tienen o no un vínculo amoroso; tanto en las dependencias de la institución como fuera de ella, independientemente de la circunstancia u ocasión en que estas conductas se realicen (Unidad de Equidad de Género, Mineduc, 2016). El acoso sexual constituye un agravio a la intimidad y dignidad de la víctima, y al mismo tiempo restringe su libertad de decisión. Puede expresarse en manifestaciones no verbales presenciales o en manifestaciones verbales presenciales; extorsiones, amenazas u ofrecimientos, manifestaciones por medios digitales o físicas u otras más graves tales como la obligación a presenciar exhibicionismo y/o abuso sexual. Son constitutivas de acoso sexual, entre otras, el contacto físico impropio y no consentido, hostigamiento de connotación sexual a través de llamadas telefónicas, mensajes, correos electrónicos, redes sociales, Whatsapp o cualquier otro medio virtual, no consentido por el destinatario o requerimientos sexuales a cambio de ofrecimientos que comporten algún tipo de “beneficio” a la persona acosada. Frente a la duda de la existencia de consentimiento (el que debe ser explícitamente expresado), la actitud es no realizar una conducta determinada. No se puede deducir de la falta de resistencia o silencio de la víctima un supuesto consentimiento, porque en las relaciones de desigualdad de poder, las personas pueden sentirse coartadas a expresar su incomodidad o molestia, como, por ejemplo, estudiantes frente a profesores o profesoras, o personas del cuerpo administrativo frente a sus superiores».

5. Añade que esta posición de dominio y poder es también exigida por el Ministerio de Educación en el documento «Protocolos contra el acoso sexual en educación superior: Sugerencias para su elaboración», Ministerio de Educación, disponible en <https://bit.ly/3FvPTeW>.

encontramos ante una infracción leve que el Reglamento de Convivencia sanciona con una amonestación verbal o escrita.

La comisión de la universidad que conoció del hecho, por el contrario, entendió que la posición jerárquica constituye solo una modalidad a modo de ejemplo, a partir de la expresión: «Puede darse en el marco de las relaciones jerárquicas». Así, sostuvo que los elementos constitutivos serían: i) una conducta de contenido sexual o cualquier otra conducta basada en el sexo que no sea bienvenida por la persona a quien está dirigida; ii) y que esté directa o indirectamente vinculada con decisiones que afecten sus oportunidades de educación o se «traduzca en un ambiente educativo hostil, ofensivo o intimidante para la víctima». Además, los correos electrónicos enviados generaron «un temor en el docente, al complejizar su relación como director de carrera con la estudiante, y un agravio a su intimidad y dignidad».

La Comisión de Apelación de la citada universidad se hizo cargo de dicho argumento, sosteniendo que, si bien es cierto que la alumna no se encuentra en una situación de poder respecto del docente, sí es posible que la conducta cause en este último «el legítimo temor de verse involucrado en una situación de connotación sexual, inadecuada para una relación alumno-docente, y que la falta de consentimiento del destinatario resulta vital al momento de juzgar la conducta».

Por el contrario, la parte recurrente entendió que esta interpretación supone «extender las figuras de acoso a situaciones hipotéticas que la norma no ha contemplado, como sería el caso de una persona en inferior posición jerárquica, permitiendo con ello la existencia de disposiciones reglamentarias en blanco, que pueden ser complementadas o llenadas con posterioridad por las autoridades, según su “buen criterio”, lo que repugna al principio de legalidad». Con posterioridad, concluye que esta sanción «conculca la garantía del debido proceso, al aplicar una sanción por una conducta que no estaba previamente definida en el Reglamento, ni en el Manual referido».⁶

En segundo lugar, la parte recurrente sostuvo que «el procedimiento sumarial tiene un defecto de origen, porque se ha aplicado a una conducta realizada fuera del ámbito institucional, a través de un correo electrónico, ajena a cualquier contexto académico, pese a que el artículo 1 del Reglamento de Convivencia señala que el mismo se aplicará en los recintos académicos y campos clínicos y excepcionalmente fuera de ellos, cuando se efectúen salidas a terreno o realicen actividades de cualquier índole fuera de la institución, estando estas aprobadas por la autoridad académica correspondiente, lo que no ocurre en el caso».

En cambio, la parte recurrida justificó su competencia para conocer de este caso en el principio de autonomía universitaria, reconocido en artículo 2 de la Ley 21.091 sobre Educación Superior que, entre otras competencias, reconoce «la potestad para

6. Véase que aquí la parte recurrente acude a una concepción material del debido proceso, en la que se incluye el mandato de irretroactividad de las sanciones disciplinarias.

determinar y conducir sus fines y proyectos institucionales en la dimensión académica, económica y administrativa, dentro de los marcos establecidos por la Constitución y la Ley». A lo anterior, añadió que la recurrente envió los mensajes al correo electrónico institucional del docente, «el que para todos los efectos se considera “recinto académico” a la luz de lo dispuesto en los artículos 1 inciso final del citado Reglamento y los artículos 75, 77, 81 y 82 del Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad de Santo Tomás».

En cuanto a los fundamentos de la Corte de Apelaciones de Santiago, debemos destacar dos.

En cuanto a los supuestos que comprende la definición de acoso sexual del Manual, acoge la postura de la universidad, sosteniendo que «si bien es cierto que la alumna no se encuentra en una situación de poder respecto del docente, sí es posible que la conducta cause en este último el legítimo temor de verse involucrado en una situación de connotación sexual, inadecuada para una relación alumno-docente, y que la falta de consentimiento del destinatario resulta vital al momento de juzgar la conducta» (considerando quinto).

Respecto del ámbito de aplicación de estos protocolos a hechos acaecidos fuera de las instalaciones universitarias o del contexto de actividades académicas, la Corte de Apelaciones manifiesta lo siguiente en su considerando séptimo:

Que, al respecto, se debe tener presente que las antedichas normas fueron dictadas y aplicadas de conformidad a la Ley 21.091 sobre Educación Superior y en virtud del principio de autonomía en que este cuerpo normativo se inspira y confiere a las universidades, la que en su artículo 2 letra a), dispone: «a) Autonomía. El Sistema reconoce y garantiza la autonomía de las instituciones de educación superior, entendida esta como la potestad para determinar y conducir sus fines y proyectos institucionales en la dimensión académica, económica y administrativa, dentro del marco establecido por la Constitución y la ley. Asimismo, las instituciones de educación superior deben ser independientes de limitaciones a la libertad académica y de cátedra, en el marco de cada proyecto educativo, orientando su ejercicio al cumplimiento de los fines y demás principios de la educación superior, *buscando la consecución del bien común y el desarrollo del país y sus regiones*» (el destacado es nuestro).

Además, la Corte de Apelaciones llega a la conclusión, de acuerdo con el artículo 12, letra m) del Reglamento de Convivencia, que la Universidad Santo Tomás puede conocer de actos de acoso sexual respecto de «cualquier integrante o grupo perteneciente a la Comunidad» (considerando sexto).

Por último, la Corte de Apelaciones, respecto a la vulneración del principio de legalidad, concluye:

Que en cuanto a la alegación de la falta de tipificación, y sin perjuicio de lo que se ha manifestado en forma previa, es del caso considerar que, del tenor de las normas

antes transcritas, se evidencia que la conducta de acoso sexual es comprensiva de cualquier acto de dicha connotación efectuado respecto de cualquier integrante o grupo perteneciente a la comunidad académica y terceros, por lo que el entendimiento que la entidad recurrida ha hecho de la misma no puede ser estimado como arbitrario» (considerando noveno).

Comentario

Como se puede apreciar, dos son las principales cuestiones que tratan el recurso de protección y el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago: las relaciones de poder como condición necesaria en el acoso sexual y la posibilidad de que los protocolos contra el acoso la violencia y la discriminación se apliquen a casos acaecidos fuera de las instalaciones universitarias o del contexto de actividades académicas. No obstante, este comentario también abordará de manera resumida otras cuestiones que este caso suscita.

Acoso sexual, relaciones de poder y el principio del daño

Este fallo resulta interesante porque pone sobre el tapete la cuestión de si la existencia de una relación de poder constituye una condición necesaria a la hora de configurar el acoso sexual. Sin duda, el poder constituye un elemento clave en la teoría y el movimiento feminista. Para comprender mejor este aspecto sustancial de la teoría de género aplicado a los sistemas sancionatorios, penales o —como en este caso— disciplinarios, resulta necesario presentar una breve referencia a las diferentes concepciones de poder desarrolladas o utilizadas por la teoría de género.

Sin duda, en la literatura referida al acoso sexual y en general a la violencia de género, las relaciones de poder constituyen uno de los tópicos sobre el que existe un mayor consenso; sin embargo, a la hora de conceptualizarlo, este desaparece. A grandes rasgos, podemos establecer cuatro concepciones de poder (Allen, 2016), las que, a la vez, pueden reconstruirse desde una perspectiva empírica o normativa.

En primer lugar, encontramos el poder como *control, sumisión, desigualdad o abuso (power over)*.⁷ En la teoría de género, cobra relevancia desde un punto de vista empírico o victimológico, es decir, como una forma de visibilizar una determinada relación de poder.

En segundo lugar, tenemos el poder como un *recurso que debe ser distribuido*. Esta

7. Aquí, pareciera que la definición adoptada por el Manual de Buen Trato se aproxima a una concepción radical feminista, en la que el poder es visto no como un bien social que debe ser redistribuido de manera igualitaria (feminismo liberal) o como una tensión entre transcendencia e immanencia (feminismo fenomenológico), sino como una relación de dominación, similar a la establecida entre señores y esclavos (Allen, 2016).

concepción esencialmente normativa es mantenida por las aproximaciones liberales progresistas o bienestaristas, es decir, como un bien social que debe ser redistribuido, en principio, de forma igualitaria (Okin, 1989: 136). Así, en el ámbito penal y sancionador, cuando se tipifica una conducta de los poderosos, como sucede normalmente en el acoso sexual, se aplica de manera más igualitaria el derecho penal como medio de control social.

En tercer lugar, tenemos el poder como *transformación social* (*power to*). Aquí puede reconstruirse como la constatación de un cambio social producido por una acción, estado de cosas, normas, etcétera (perspectiva empírica). Pero también puede entenderse como una propuesta política o normativa, en el sentido de que el poder de la ciudadanía, asociaciones e instituciones deben contribuir a una determinada agenda política. En el caso que nos ocupa, cuando se tipifica el acoso sexual como una infracción grave, se hace referencia a una concepción de poder dirigida a una determinada finalidad social (sancionar y prevenir estas conductas), es decir, aquí el poder es entendido como transformación de la sociedad a través de los fines preventivos de la sanción.⁸

Por último, tenemos el poder como *empoderamiento*. Aquí el poder es entendido como la capacidad de producir un cambio (Miller, 1992: 241), que puede verse desde una perspectiva empírica —es decir, la constatación de cómo una persona o grupo de personas adquieren y aplican el poder— o, desde una perspectiva normativa, como una propuesta política de tomar y ejercerlo. En este sentido, debemos recordar que la promulgación de estos protocolos en las universidades chilenas se debió fundamentalmente a la acción (empoderamiento) de las agrupaciones feministas.

En cualquier caso, y con independencia de las concepciones de poder que hemos señalado, este no puede verse de una forma estática, sino desde una perspectiva foucaultiana, es decir, como una forma de relación que se encuentra en constante cambio (Starhawk, 1990: 268). Así, el poder no constituye algo tangible, sino solo una acción o un proceso de interacción, por lo que, en determinados contextos, una persona o grupo de personas normalmente sometidas a un tipo de dominación puede ejercerla sobre otra persona o grupo de personas. En otras palabras, el poder no puede siempre ser reconstruido a través de la opresión y dominación entendida de manera estática o estructural (Young, 1990: 32-33).

A la vista de los casos de acoso sexual que diariamente ocurren en las universidades y en la sociedad en general, subyace una relación de poder de carácter estructural, pero esto no significa que este deba constituir una condición necesaria que deba incorporarse en su descripción típica. Al igual que ocurre en el delito de femicidio,

8. No obstante, parte de la doctrina entiende que el poder como transformación social se diferencia del poder como dominación, cuando aquel, precisamente, genera una posibilidad de cambio sin la existencia de relaciones de dominación (Mathie, Cameron y Gibson, 2017: 5).

en el que es posible que un hombre mate una mujer sin que concurra una relación de poder, en el acoso sexual la víctima puede pertenecer a un grupo que estructuralmente ha ejercido y ejerce el poder como dominación sobre otro grupo de personas. Este es precisamente el caso que parece darse en este fallo: que una estudiante acose sexualmente a un profesor, pero en la que no existe una relación de poder o abuso.⁹

En el Estado de derecho, en el que el ejercicio de las penas y sanciones se justifica en hechos concretos, no es posible convertir en una regla jurídica un fenómeno social estructural —concorre en la mayoría de las ocasiones, debido a relaciones sociales asentadas en el tiempo—, ya que supone una discriminación arbitraria.

La cuestión es que el feminismo como ciencia empírica (victimología) no puede trasladar sin más una determinada conclusión fáctica (la sociedad patriarcal de dominación es la que explica de mejor manera el acoso sexual) a una norma,¹⁰ ya que existen principios valorativos que limitan la incorporación de conclusiones criminológicas. Uno de los límites de carácter normativo que debe informar toda norma de sanción (penal, administrativa o disciplinaria) es el denominado *principio del daño*. Efectivamente, la teoría y ciencias sociales han conseguido explicar a través de conceptos como el patriarcado cierto tipo de violencias estructurales, pero lo que interesa a la hora de sancionar una conducta es el daño que produce a los ciudadanos en particular y a la sociedad en general.

Establecido que este tipo de conclusiones empíricas deberían limitarse normativamente, podemos afrontar ahora si el Manual de Buenas Prácticas establece o no como condición necesaria una relación de sumisión. Recordemos que la definición de *acoso sexual* que contempla este protocolo manifiesta, por una parte, que este «expresa la desigualdad de poder y el abuso hacia quien es considerado de menor valor o sujeto de dominación por parte de otro» y, por otra, que este «puede darse en el marco de relaciones jerárquicas, *entre pares* y entre personas del mismo o distinto sexo, entre conocidas/os o desconocidas/os, y entre quienes tienen o no un vínculo amoroso».

Pareciese que esta definición entiende el poder como una relación de sumisión, aunque también considera que el acoso sexual se pueda dar entre pares. Esta antinomia se puede superar si se entiende que en esta relación formalmente horizontal se produce en el caso concreto una situación de dominación.

Como hemos manifestado, los principios de igualdad y del daño no permiten que una mera conclusión establecida en las ciencias sociales tenga el estatus de condición

9. Ahora bien, desde la concepción dinámica del poder a la que nos adherimos, es posible que, en el caso concreto, un estudiante o grupo de estudiantes *de facto* ejerzan poder o dominación sobre un profesor.

10. Respecto de los límites a la hora de incorporar las conclusiones criminológicas a las propuestas político-criminales, véase Serrano (2009: 60-64).

de aplicación autónoma de la norma, ya que lo que debe sancionarse principalmente no es la mera relación de poder y subordinación, sino la lesión o daño a un determinado bien o interés merecedor de protección. Por lo tanto, lo que debe determinarse es qué clase de daños produce el acoso sexual que, normalmente, se da en relaciones de poder o subordinación. En otras palabras, una definición de acoso que no respete el denominado principio del daño, y solo contemple una relación de poder o subordinación, supondría una infracción meramente formal. En cambio, establecida la lesión, esta infracción sí podría justificar una agravación de la conducta o, incluso, restringir el acoso sexual a casos en que aparezca una relación de poder o subordinación, siempre y cuando se constate un daño o lesión o puesta en peligro efectiva del bien jurídico protegido.¹¹

A la vista del epígrafe 3.1.1 del Manual, resulta posible interpretar esta disposición normativa de tal manera que cumpla con los principios de igualdad y del daño. Así, en primer lugar, establece la lesión a los bienes jurídicos protegidos: «El acoso sexual constituye un agravio a la intimidad y dignidad de la víctima, y al mismo tiempo restringe su libertad de decisión». Esto significa que cualquier conducta que pretenda sancionarse como acoso sexual en este manual debe lesionar algunos de estos bienes jurídicos.

La relación de poder y abuso entre la víctima y el victimario, como hemos visto, es entendida por la parte recurrente como una condición necesaria de aplicación, pero también puede considerarse que estamos ante una suerte de *ratio legis* o una parte expositiva que, a lo sumo, puede orientar la interpretación.¹² En otras palabras, estaríamos ante una parte expositiva que no se encuentra en la exposición de motivos, sino en un enunciado lingüístico que contiene, además, normas jurídicas.

Pero también, es posible entender la oración «expresa la desigualdad de poder [y] puede darse en el marco de relaciones jerárquicas, entre pares» como una norma que confiere poder a los aplicadores del Manual. Las normas que confieren poderes normativos constituyen una de las cuestiones más debatidas entre los teóricos del derecho. Aquí tomamos la posición de Atienza y Ruiz Manero (1996: 45-76), quienes consideran que las normas que confieren poder no contienen ningún operador deóntico. Son normas que producen un resultado institucional y, producido este, se aplica una norma deóntica (prohíbe, obliga o permite). De esta manera, caben tres

11. Desde una comprensión analítica del feminismo, Cudd (2006: 21-22) establece cuatro condiciones que caracterizan a la opresión: i) la condición de grupo, que circunscribe los sujetos que son sometidos a un tratamiento injusto debido a su filiación a un grupo social; ii) la *condición del daño*, que estipula la forma en que estos sujetos son sistemáticamente afectados como consecuencia de la pertenencia a un grupo social; iii) la *condición de coerción*, que especifica aquellos daños que son ocasionados por las conductas coercitivas inherentes a la opresión; y iv) la condición de privilegio de aquellos que ejercen la opresión.

12. Véase por todos y doctrina citada en Santaolalla López (1991: 48).

posibilidades, recordemos, siempre y cuando se lesione los bienes jurídicos protegidos (intimidación, dignidad y libertad).

Primero, una *interpretación cerrada*: la necesidad de que el hecho exprese una relación de poder y abuso y que, además, solo se dé en algunos de los casos descritos. Aquí el término *puede* hace referencia a un grupo de casos cerrados. Esta posibilidad presentaría una antinomia, en el sentido de que sí es posible que concorra una relación de desigualdad y abuso fuera de una relación jerárquica, es decir, que se den relaciones de poder y desigualdad en el que el inferior jerárquico sea el que ejerza el poder.¹³

Segundo, una *interpretación semiabierta*: la necesidad de que el acoso sexual debe siempre expresar una relación de poder y abuso, pero los casos descritos constituyen solo ejemplos paradigmáticos. Esto significa que este enunciado confiere un poder limitado a los aplicadores del Manual. Ahora bien, dado el ámbito de aplicación que abarcan esos ejemplos, resulta difícil encontrar un supuesto concreto de acoso sexual fuera de estos casos paradigmáticos.

Tercero, una *interpretación abierta*: que tanto la relación de poder y abuso como los casos paradigmáticos descritos no recogen todos los casos posibles, es decir, puede concurrir un acto de acoso sin que exista una relación de poder, ni se encuadre en algunos de los casos paradigmáticos señalados. Aquí el enunciado otorga un mayor poder a los aplicadores del derecho. Véase que el término «expresa desigualdad de poder», debería entenderse como «generalmente expresa una desigualdad de poder».

Ámbito de aplicación de los protocolos contra el acoso, la violencia y la discriminación

La cuestión dogmática más relevante es la interpretación sistemática de la Corte de Apelaciones de Santiago entre el Manual y la Ley de Educación sobre su ámbito de aplicación. Aquí solo vamos a tratar algunas cuestiones.¹⁴

La aplicación de los protocolos universitarios contra el acoso, la violencia y la discriminación ha generado un interesante debate en los tribunales de justicia chilenos a la hora de delimitar su competencia. En concreto, se discute si estos protocolos pueden aplicarse a aquellos supuestos de acoso, violencia y discriminación que concurren fuera de las instalaciones universitarias o del contexto de actividades académicas.

Existe una línea jurisprudencial que entiende que las universidades solo tienen

13. Efectivamente, el poder debe entenderse desde un punto de vista dinámico, es decir, en un determinado contexto un sujeto ejerce poder y en otro se encuentra sometido a este.

14. La complejidad de esta cuestión no puede ser tratada en el presente comentario. Véase un estudio más detallado en Fernández Cruz (inédito).

competencia para aplicar estos protocolos internos si los hechos acontecen dentro de las instalaciones universitarias o fuera de estas, siempre y cuando se produzcan con ocasión de una actividad académica. La Corte Suprema, sostiene que «los tribunales de justicia han reconocido con carácter general, de acuerdo con la letra a) del artículo 2 de la Ley 21.091 sobre Educación Superior, la autonomía de las universidades para regular mediante su regulación interna este tipo de actividades, siempre que esta potestad disciplinaria *se oriente a sus fines y proyectos institucionales*».¹⁵ La Corte Suprema entiende que esta vinculación funcional se circunscribe exclusivamente al «contexto de actividades académicas».¹⁶

Además, tenemos otra corriente jurisprudencial que, si bien niega la aplicación de las garantías derivada del debido proceso en los procedimientos disciplinarios universitarios, ha aplicado de manera indirecta alguna de ellas a través de la prohibición de ser juzgado por una comisión especial. De este modo, esta prohibición concurre cuando, además del caso de que un tribunal no se haya constituido con anterioridad por la ley, cualquiera que *de facto* se atribuye el ejercicio de la jurisdicción.

Sin embargo, encontramos otros fallos más recientes de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones que reconocen expresa o tácitamente reglas de competencia territorial más amplias que las circunscritas a las instalaciones universitarias y al contexto académico.¹⁷ El fallo de este comentario es uno de los más relevantes.

La Corte de Apelaciones de Santiago cuestiona esta interpretación restrictiva a

15. El destacado es nuestro. En este sentido, los tribunales chilenos consideran como parte de la autonomía de las universidades el sancionar conductas, no tanto respecto de la infracción de un deber jurídico, sino acorde con sus principios institucionales. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 530-2013, recurso de protección, 2 de abril de 2013, considerandos cuarto y noveno. Confirmado por la Corte Suprema, rol 3.116-2013, recurso de protección, 22 de mayo de 2013. Jurisprudencia citada por Rodrigo (2020: 204, n. 108).

16. Corte Suprema, rol 5.453-2019, recurso de protección, 1 de julio de 2019, considerando séptimo. La Corte Suprema concluye que la aplicación de esta regla excepcional de competencia sobrepasa «los márgenes académicos, por hechos propios de la competencia común de los tribunales establecidos por la ley, con lo cual la recurrida se ha constituido, desde este ángulo, en una comisión especial, como quiera que carece de origen legal» (considerando undécimo). Véanse en el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 1.480-2019, recurso de protección, 26 de julio de 2019, considerando séptimo; Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 1.677-2019, recurso de protección, 13 de agosto de 2019, considerando séptimo; Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 813-2020, recurso de protección, 15 de julio de 2020, considerando cuarto.

17. Corte de Apelaciones de Concepción, rol 56.356-2019, recurso de protección, 8 de agosto de 2019; Corte de Apelaciones de la Serena, rol 3.620-2019, recurso de protección, 8 de enero de 2019; Corte Suprema, rol 33.389-2019, recurso de protección, 22 de mayo de 2019, considerandos segundos, sexto y séptimo. Respecto de este último fallo, la Corte Suprema, así como la Corte de Apelaciones de Santiago en primera instancia no entraron a dilucidar si la universidad tenía competencia territorial para conocer este caso, a pesar de que fue aducido por la recurrente, pero sí afirmó que un hecho que puede ser constitutivo de delito no impide que pueda ser sancionado disciplinariamente.

partir, precisamente, de una interpretación sistemática de la Ley 21.091. En el considerando séptimo reproducido al inicio de este comentario, entiende que el ejercicio del cumplimiento de «sus fines y demás principios de la educación superior» deben orientarse a «la consecución del bien común y el desarrollo del país y sus regiones». A partir de esta consideración, la Corte de Apelaciones concluye que la extensión del ámbito de aplicación las conductas de acoso acaecidas fuera de las instalaciones universitarias y del contexto de actividades académicas favorecen el bien común y el desarrollo del país. No obstante, el fallo no se hace cargo de una cuestión previa: ¿la prevención y sanción del acoso fuera de las instalaciones universitarias y del contexto académico constituye uno de los fines de las universidades? No hay duda de que la prevención y sanción del acoso en las instalaciones universitarias y el contexto de las actividades académicas contribuyen al bien común y al desarrollo del país, pero la cuestión previa es si institucionalmente las universidades deben intervenir fuera de estos casos.

Por tanto, debemos preguntarnos si existen otras finalidades más allá de las estrictamente académicas.¹⁸ En efecto, las universidades no tienen como única función institucional las diferentes manifestaciones de la actividad académica, sino que, como actores sociales, persiguen otras funciones, como es, precisamente, prevenir y sancionar conductas de acoso, violencia y discriminación en las que, de alguna manera, estas se vean involucradas.¹⁹ Pero, además, se puede entender que la prevención y sanción de estas conductas constituyen un presupuesto para que las universidades puedan llevar a cabo sus tareas académicas. Así, resulta difícil que, por ejemplo, una víctima de acoso en el contexto de una relación de pareja con otro estudiante o de una actividad lúdica pueda desarrollar sus actividades académicas de manera adecuada si debe convivir con el agresor en las instalaciones universitarias.²⁰ En otras palabras, estas reglas de competencia garantizan, en último término, una igualdad material en la educación (Chmielewski, 2013: 165-167).

Otra cuestión relacionada con el ámbito de aplicación de los protocolos es el tratamiento del acoso realizado a través de vías telemáticas y redes sociales. La aplicación de la interpretación restrictiva de la línea jurisprudencial acogida por la Corte Su-

18. El siguiente fundamento tiene como referencia Fernández Cruz (inédito).

19. En el caso de la Universidad Austral de Chile, esta cuenta con una «Política de prevención y sanción del acoso, la violencia y discriminación en la comunidad universitaria» que expresamente declara como contrarios a los principios y valores de la Corporación «todo fenómeno de acoso, violencia y discriminación, incluidos los que ocurren en el marco de relaciones de pareja» (Decreto 76, 2015, p. 4).

20. En este sentido, resulta interesante el fallo de la Corte de Apelaciones de la Serena, en el que se indica que, si bien la mayoría de las conductas sancionadas (violencia psicológica en el ámbito de pareja) sucedieron fuera de las instalaciones de la universidad, los efectos que estas producen en la víctima afectan a su desempeño académico. Corte de Apelaciones de la Serena, rol 3.620-2019, recurso de protección, 8 de enero de 2019, considerando noveno.

prema en el rol 5.453-2019 carece de sentido y puede llevar a resultados inadmisibles en la actualidad. Si se aplicara de manera consecuente esta interpretación a los casos de acoso sexual virtuales, las universidades solo podrían intervenir si ocurren en sus instalaciones o en el contexto de actividades académicas.

Pero, incluso, si se aceptara esta interpretación restrictiva, la Universidad Santo Tomás, como hemos visto y de manera correcta, sostuvo que, debido a que estos mensajes se enviaron al correo institucional del profesor, se puede entender que el hecho ocurrió dentro de las instalaciones universitarias. Estaríamos, por tanto, ante una interpretación progresiva del término «instalaciones universitarias».

Pero la cuestión que se plantea es si las universidades tienen competencia para prevenir y sancionar conductas de acoso que se producen a través de correos electrónicos, sitios web o redes sociales, con independencia de que sean medios de comunicación institucionales. Sin perjuicio de que las universidades están aplicando los protocolos contra el acoso, la violencia y la discriminación a estos casos,²¹ carece de sentido aplicar la interpretación restrictiva de la Corte Suprema en la citada sentencia (rol 5.453-2019) a una comunidad universitaria cada vez más virtual. Además, se presentarían problemas de prueba a la hora de determinar el lugar donde se llevó a cabo la conducta y el lugar donde se recibió. Una interpretación que evitaría dejar sin protección un gran número de casos de acoso sexual y, a la vez, respetaría los límites competenciales de las universidades, consistiría en exigir que estas conductas hayan tenido como referencia un contexto universitario, académico o no. Por ejemplo, el acoso sexual que tiene como referencia fiestas universitarias informales.

Una breve referencia a otras condiciones de aplicación y a la proporcionalidad de las sanciones

Otra cuestión que plantea los hechos conocidos por esta sentencia es si es necesario en el acoso sexual una cierta habitualidad. Sin duda, hay casos en que este requisito resulta discutible como, por ejemplo, cuando nos enfrentamos ante un acoso *qui pro quo*, o amenaza condicional, en el que con un solo hecho resulta suficiente para que concurra este. En cambio, para el resto de los casos de acoso sexual que concuerdan con el lenguaje común, resulta plausible exigir una cierta habitualidad.²²

21. La Universidad de Antofagasta aplica su protocolo a hechos acontecidos fuera de las instalaciones «dentro del contexto propio de las actividades universitarias». Sin embargo, se aplica también a los producidos a través de «medios virtuales contextualizados en el marco de relaciones personales» (Decreto Exento 1.531, 13 de diciembre de 2018, artículo 3.2). La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso contempla la misma regla de competencia territorial en el Decreto Supremo 572/2018, artículo 4.

22. Así, una de las acepciones del *Diccionario de la lengua española* del acoso sexual requiere como condiciones necesarias: i) apremiar de forma insistente a alguien con ii) molestias o requerimientos de carácter sexual.

En el caso conocido por la sentencia, se constataron dos hechos: uno en el 2016 y el otro en el 2019. Como puede apreciarse, estamos ante solo dos hechos, en los que existe un espacio de tiempo considerable entre ellos. Ante esta duda, cobra relevancia una de las posibles soluciones en la etapa de admisibilidad que encontramos en otros protocolos, que consiste en aplicar una línea de acción dirigida a poner fin a la situación denunciada y evitar que se repita en el futuro.²³

Por último, este caso presenta también un claro ejemplo de desproporcionalidad de las sanciones, con la suspensión de un semestre académico. Del elenco de conductas de acoso, discriminación y violencia que se pueden dar en las universidades chilenas, sin duda, el envío de correos electrónicos de una estudiante a un profesor con un contenido de carácter sexual no puede calificarse como una de las infracciones más graves en una comunidad académica. Además, si aplicamos el test de proporcionalidad en sentido amplio, podemos llegar a la conclusión de que esta sanción no era ni idónea ni necesaria. En un caso dudoso como este, debería haberse optado por aplicar la sanción que favorezca en mayor medida la protección al derecho de la educación de la estudiante. Así, la sanción de reparación del daño (artículo 12 del Reglamento de Convivencia) es una medida más idónea para cumplir con las finalidades establecidas en estos protocolos: una ponderación entre la prevención y sanción de estas conductas y el derecho a la educación.

Relacionado con la anterior cuestión, el Manual de Buen Trato no contempla otro tipo de sanciones alternativas a la suspensión de la actividad académica. En este sentido, resulta esencial que estos protocolos contemplen un variado elenco de sanciones que permitan aplicar en el caso concreto la sanción más adecuada y proporcionada, más cuando nos encontramos ante fenómenos sociales como el acoso sexual, en los que resulta frecuente la concurrencia de casos dudosos. Así, una sanción que hubiera permitido cumplir en mayor medida con las finalidades preventivas y retributivas de estos protocolos y, a la vez, asegurar el derecho constitucional a la educación, es la suspensión condicional del procedimiento o de la sanción, en el que se incluyera, por ejemplo, la prohibición de contacto, tutorías con otro docente en el caso de que la estudiante cursara un asignatura dictada por el profesor o, incluso, solo permitiera el ingreso de esta a las instalaciones de la universidad para asistir a las clases.²⁴

Otro tema interesante, pero que no se problematiza en este fallo, es que el epígrafe 3.1.1 del Manual, el cual establece que, junto a la desigualdad de poder y el abuso,

23. Artículo 12, letra b) del Decreto 28, 22 de junio de 2016, que «Reglamenta procedimiento para el acompañamiento, investigación y sanción de conductas de acoso, discriminación y violencia entre estudiantes de la Universidad Austral de Chile».

24. Así, el artículo 22 letra d) del Decreto 28 de la Universidad Austral de Chile contempla la sanción de «matrícula sujeta al cumplimiento que fije la Comisión por un lapso entre uno y cuatro semestres académicos».

el acoso sexual «es una manifestación de la violencia de género». Por lo tanto, cabe preguntarse si, por ejemplo, un «hostigamiento de carácter sexual» que produzca un «agravio a la intimidad y dignidad de la víctima, y al mismo tiempo restringe su libertad de decisión», sin que constituya una violencia de género, puede calificarse como un acoso sexual. Si entendiéramos que constituye una condición necesaria y no una mera exposición de motivos o *ratio legis* del protocolo, posición que consideramos es la correcta, entonces debemos preguntarnos si los correos de contenido sexual que remitió la estudiante al profesor constituyen un caso de violencia de género. Desde un punto de vista teórico, la respuesta es afirmativa si vemos el género como una construcción social en la que se adjudican simbólicamente determinados roles e identidades de subordinación, es decir, de poder. Entonces, si aceptamos esta aproximación conceptual, el término delimita la expresión «desigualdad de poder y el abuso». Pero la cuestión es si, a pesar de esta visión constructivista, se requiere un requisito biológico, es decir, la violencia de género hace referencia a una relación simbólica con las mujeres. Si bien en sus inicios se entendió de esta manera, en la actualidad los roles de dominación masculina pueden reproducirse en mujeres. Por lo tanto, solo debería determinarse si los correos enviados por la estudiante reprodujeron un rol masculino de dominación de esta sobre el profesor.²⁵ Si fuera así, estaríamos ante un ejemplo de lo que has sido denominado «nuevas formas de visualizar y de concebir la masculinidad», en que se acepta que los hombres son vulnerables y que, por lo tanto, deben pedir ayuda, negociar para resolver sus conflictos de forma no violenta y expresar sus emociones sin temor a la censura. En otras palabras, aunque no sea frecuente, es posible que un profesor reciba correos de contenido sexual por parte de una estudiante y esta reproduzca un rol de género masculino como consecuencia de un determinado contexto o aprendizaje social (Rojas-Solís, 2019: 70).


Como conclusión, el caso conocido por este fallo pone en evidencia que la constatación de una efectiva lesión grave a los bienes jurídicos afectados por el fenómeno del acoso sexual resulta una condición necesaria y el elemento esencial de desvaloración. En caso contrario, la mera incorporación de conclusiones empíricas abre la puerta a la arbitrariedad y a valoraciones meramente ideológicas, morales o religiosas. De hecho, se produce una paradoja en ciertas propuestas feminista, que, si bien desde un punto de vista empírico han visibilizado nuevas formas de lesionar bienes jurídicos, estas luego no son incorporadas en sus propuestas normativas, prefiriendo descripciones abiertas que permiten la sobreinclusión. Incluso, como ocurre en este caso, puede derivar en un «efecto *boomerang*», es decir, un resultado inverso de aquel que se espera.

25. Otra cuestión relevante que subyace en este caso es el rol que desempeña la idea de masculinidad en los varones, lo que dificulta el reconocimiento de que son víctimas de violencia y su denuncia de la violencia, normalmente psicológica. A lo anterior se debe añadir la ausencia de recursos para la atención de los hombres víctimas de violencia por parte de sus parejas (Rojas-Solís, 2019: 57-70).

Referencias

- ALLEN, Amy (2016). «Feminist perspectives on power». En Edward N. Zalta (editor), *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Disponible en <https://stanford.io/3yYvs7>.
- ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz Manero (1996). *Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- CHMIELEWSKI, Amy (2013). «Defending the preponderance of the evidence standard in college adjudications of sexual assault». *Brigham Young University Education and Law Journal*, 1: 143-174. Disponible en <https://bit.ly/3Eu2RIO>.
- CUDD, Ann (2006). *Analyzing oppression*. Oxford: Oxford University Press.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel (inédito). «Los protocolos universitarios contra la violencia, el acoso y la discriminación: Una tensión entre el reconocimiento de los derechos de las víctimas y una comprensión clásica de los procedimientos disciplinarios».
- MATHIE, Alison, Jenny Cameron y Katherine Gibson (2017). «Asset-based and citizen-led development: Using a diffracted power lens to analyze the possibilities and challenges». *Progress in Development Studies*, 17 (1): 1-13. DOI: [10.1177%2F1464993416674302](https://doi.org/10.1177%2F1464993416674302).
- MILLER, Jean B. (1992). «Women and power». En Thomas Wartenberg (editor), *Rethinking power* (pp. 240-249). Nueva York: State University of New York.
- OKIN, Susan (1989). *Justice, gender, and the family*, Nueva York: Basic Books.
- RODRIGO, Pablo (2020). «Control judicial del debido proceso en las universidades: Análisis desde el derecho comparado». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 54: 183-213. DOI: [10.4067/S0718-68512020005000107](https://doi.org/10.4067/S0718-68512020005000107).
- ROJAS-SOLÍS, José Luis (2019). «La violencia hacia los hombres en la pareja heterosexual: Una revisión de revisiones». *Ciencia y Sociedad*, 44 (1): 57-70. DOI: [10.22206/cys.2019.v44i1.pp57-70](https://doi.org/10.22206/cys.2019.v44i1.pp57-70).
- SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando (1991). «Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 33: 47-64. Disponible en <https://bit.ly/3Ew6jCO>.
- SERRANO, Alfonso (2009). *Introducción a la criminología*. Madrid: Dykinson.
- STARHAWK (Miriam Simos) (1990). *Truth or dare: Encounters with power, authority, and mystery*. San Francisco: Harper.
- YOUNG, Iris M. (1990). *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press.

Sobre el autor

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ es doctor en Derecho y profesor de Derecho Penal, Criminología y Política Criminal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile. Su correo electrónico es josefernandez@uach.cl.  <https://orcid.org/0000-0002-7035-0968>.

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)