

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título:

Las máximas de la experiencia con perspectiva de género en el procedimiento laboral. El caso chileno

Alumno/a: Liliana Luisa Ledezma Miranda

Tutor/a: Dra. Flavia Carbonell Bellolio.

Convocatoria: marzo 2024 – abril 2025

RESUMEN

El procedimiento laboral chileno ha incorporado recientemente como principio normativo la *perspectiva de género*, aplicable a todos sus intervinientes. Ello implica considerar, en el razonamiento probatorio, la desigualdad estructural entre géneros en contextos caracterizados por la subordinación y poder. Corresponde a la judicatura asumir este principio en cada uno de los momentos probatorios, sin embargo, en la valoración de la prueba, es especialmente relevante detenerse en los enlaces que vinculan los hechos a probar con los elementos probatorios disponibles, específicamente las máximas de la experiencia, las que, por su rol esencial, exigen ser conscientes en su construcción. De lo contrario, pueden enmascarar estereotipos espurios que solo distorsionan los fines epistémicos del proceso. Frente a ello, se propone una metodología que considere diversos criterios epistémicos, entre ellos la validez empírica y la calidad de la información individual, y normativos, como la igualdad y no discriminación.

PALABRAS CLAVES:

Perspectiva de género; subordinación, máximas de la experiencia, apoyo estadístico.

SUMMARY

The Chilean labor procedure has recently incorporated the *gender perspective* as a normative principle applicable to all parties involved. This implies considering, in the reasoning of evidence, the structural inequality between genders in contexts characterized by subordination and power. It is incumbent upon the judiciary to apply this principle at every stage of the evidentiary process. However, when evaluating the evidence, it is particularly important to focus on the links between the facts to be proven and the available evidence, specifically the maxims of experience, which, due to their essential role, must be taken into account when constructing the case. Otherwise, they may mask spurious stereotypes that only distort the epistemic aims of the process. In view of this, a methodology is proposed that considers various epistemic criteria, including empirical validity and the quality of individual information, and normative criteria, such as equality and non-discrimination.

KEYWORDS:

Gender perspective; subordination, maxims of experience, statistical support.

Introducción

El presente estudio tiene como objetivo examinar la incorporación del concepto *perspectiva de género* en el Código del Trabajo de Chile, a la luz de la reciente modificación legal introducida por la Ley N.º 21.643, acotándolo a un ámbito específico del razonamiento probatorio. Se trata de explorar si las máximas de la experiencia en el momento de la valoración de la prueba deben considerar con carácter vinculante la perspectiva de género.

El enfoque de género en el ámbito laboral cobra especial relevancia, puesto que la subordinación es de la esencia de las relaciones laborales. Esta subordinación supone una marcada asimetría de poder, característica que a su turno es compartida en el género, como forma primaria de relaciones significantes de poder.

En este marco, el desafío radica en dotar de contenido y alcance concreto a la *perspectiva de género* como principio normativo en el derecho laboral, que debe fundar *siempre* las relaciones laborales, que impone al juez, con carácter categórico, la obligación de interpretarlo y velar por su aplicación.

Dado que la *perspectiva de género* puede desarrollarse desde prácticamente todos los ámbitos de razonamiento probatorio, su análisis estará dedicado a un aspecto específico: al examen del deber del juez del trabajo de incorporar la perspectiva de género en la construcción de inferencias probatorias, específicamente, en el uso de máximas de la experiencia en el momento de la valoración de la prueba.

¿Por qué las máximas de la experiencia? Supóngase que una mujer es empleada mediante un contrato a plazo fijo como vendedora en una tienda de vestuario. Se trata de una empresa que siempre ha utilizado esta forma de contratación previo a una contratación definitiva. La mujer se embaraza durante dicho periodo, lo que motiva al empleador a solicitar autorización al tribunal para desaforarla invocando el vencimiento del plazo convenido en el contrato, pues el empleador señala que se le contrató solo por los meses estivales. Con esta escasa información debemos formular una inferencia acerca de si es o no procedente el desafuero de la trabajadora.

Ejemplos de estas generalizaciones son: “las mujeres que se embarazan al inicio de una relación laboral buscan mantener la fuente de empleo”; “cuando los empleadores descubren que una trabajadora recientemente contratada está embarazada, a menudo procuran dar por terminada la relación laboral”; “el embarazo de una mujer es considerado un problema para el empleador, pues aquello incidirá en la menor productividad de aquella en las labores para las que fue contratada.”

¿Existe justificación tras dichos enunciados?, ¿Qué tipo de justificación?, ¿Cómo puede escogerse entre unas u otras? ¿Qué criterios de racionalidad se habrán de considerar en dicha elección?

Las máximas de la experiencia como criterio general de racionalidad epistémica desempeñan un rol fascinante y esencial en la argumentación judicial. No en vano, Schum (1984: 82) las ha descrito como el "pegamento" que otorga coherencia y unidad a la argumentación. Su rol es conciliador, pues permiten establecer conexiones entre los hechos a probar y los elementos probatorios disponibles, con el objetivo de que las conclusiones probatorias se aproximen a la verdad.

Sin embargo, varios autores, reconociendo su necesidad, se refieren a ellas, como *peligrosas*, por tratarse de los puntos más débiles de un argumento¹ (Anderson, Schum y Twining, 2015: 321).

Cuando las máximas de la experiencia carecen de respaldo empírico pueden derivar en generalizaciones infundadas y en la reproducción de estereotipos de género enquistados en la sociedad. Incluso cuando dichas generalizaciones se sustentan en estereotipos con respaldo estadístico, corresponde cuestionarse si éstas deben ser utilizadas. Pero, ¿qué ocurre con la información referida al caso concreto disponible en el proceso judicial? ¿Debe primar sobre las máximas de la experiencia? ¿Cómo una generalización puede invisibilizar las características particulares y relevantes de un caso a considerar?

En la búsqueda de estas respuestas, se ha propuesto por la doctrina nacional la construcción de una abstracción de la "mujer razonable", a propósito de una sentencia norteamericana que así lo plantea. ¿Es esta una buena herramienta de aproximación a la racionalidad?

Para resolver estas interrogantes, la investigación se estructura en tres capítulos. En el primero de ellos se abordará el concepto de perspectiva de género y su incorporación en el Código del Trabajo de Chile. Se analizarán principios fundamentales como la igualdad y la no discriminación, así como la relevancia de la subordinación en materia de género. En el capítulo tres se explorará el papel de las máximas de la experiencia en el derecho laboral. Se explicará su función en el razonamiento jurídico, evaluando cuáles de estas máximas son válidas en el razonamiento probatorio y cómo los estereotipos pueden distorsionar su aplicación, convirtiéndose en atajos problemáticos en la interpretación de los hechos. Por último, en el cuarto capítulo, se propondrá una revisión crítica de las máximas de la experiencia desde una mirada de género. Se cuestionará la figura de la "mujer razonable" y se presentará un esquema metodológico para aplicar la perspectiva de género en las máximas de la experiencia en el derecho laboral.

¹ Vid. nota 22.

1. ¿Qué es la perspectiva de género?

El concepto de género² se refiere a las construcciones sociales, culturales y psicológicas asociadas a las categorías de "masculino" y "femenino" (o identidades fuera de esta dicotomía), que aborda las expectativas, roles y comportamientos atribuidos a las personas según su identidad o expresión. Se diferencian del sexo biológico, por basarse este último en características físicas como los genitales o los cromosomas. Se suele citar, por su elocuencia y como punto de partida en los trabajos que tratan del género, la frase de Simone de Beauvoir “no se nace mujer, se llega a serlo” (2016: 207).

Sexo y género suelen ser utilizados como sinónimos, pese a su diferencia. “El sexo, como parámetro para crear categorías, distingue entre hombres y mujeres, entre machos y hembras de la especie humana. “Género” se refiere, sin embargo, a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo, diferencias por tanto de origen social, educativo, cultural, etc. En síntesis, se podría definir como la construcción socio-cultural de esa diferencia. Los atributos de género son, entonces, femeninos o masculinos.” (Ricoy, 2015: 463).

En las teorías feministas, el concepto de género abarca desde perspectivas biológicas y estructurales hasta enfoques críticos y deconstructivos. El núcleo de la definición reposa sobre una conexión integral entre dos proposiciones: de acuerdo con la primera, el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos; la segunda afirma que el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder.

Es, por tanto, un concepto multidimensional cuyo denominador común busca aportar herramientas para entender cómo se construyen y perpetúan las relaciones de poder basadas en el género, para cuestionar los sistemas actuales de desigualdad y para proyectar cómo estos pueden transformarse para avanzar hacia sociedades más inclusivas y justas.

El concepto *Gender mainstreaming*, traducido al español como “perspectiva de género”, se incluyó por primera vez en el discurso de la Organización de Naciones Unidas en 1975, en relación con las políticas de ayuda al desarrollo de las mujeres, al levantar la crítica referida a que unas políticas aparentemente neutrales podían tener como efecto la profundización de las desigualdades de género. Desde allí, en las cuatro Conferencias mundiales sobre las mujeres entre 1975 y 1995, la igualdad de las mujeres y su contribución al desarrollo y la paz de las naciones se convirtió en un tema central. Finalmente, el concepto *perspectiva de género* se consolida en la Conferencia de Beijing en el año 1995 (Poyatos, 2019: 1).

Se trata de “un concepto y una herramienta surgida y construida desde el feminismo para identificar, develar y corregir las diferentes situaciones y contextos de opresión y de discriminación hacia las mujeres y

² El concepto de género se introdujo en la teorización feminista en los años setenta (1970), aunque sexólogos, psicólogos y médicos americanos ya lo habían utilizado en los años cincuenta (1950) con la intención de distinguir el sexo anatómico del género social, y solucionar así las dificultades conceptuales y terminológicas que planteaban los intersexos, transexuales y homosexuales cuyo sexo biológico era ambiguo al nacimiento, o no coincidía con su identidad sexual deseada u orientación sexual (Ricoy, 2015: 464).

personas LGTTTBIQ” (Gama, 2019: 288). Para Carbonell (2024: 15), la perspectiva de género en el proceso judicial es “una herramienta que permite cumplir con el deber de fallar conforme a derecho, tanto en la interpretación de este como en la valoración de la prueba, respetando el derecho a la igualdad y no discriminación, toda vez que ilumina contextos y operaciones que, de otra manera escoden prácticas discriminatorias”.

La perspectiva de género, desde su transversalidad, debe impregnar todos los ámbitos de la sociedad y en lo que respecta al derecho y el razonamiento probatorio la función más ostensible es una epistémica, al facilitar la identificación y develación de máximas espurias y estereotipos de género. No obstante, su contribución es mucho más amplia, pues prácticamente todas las cuestiones probatorias pueden ser analizadas considerando esta herramienta.³

En el ámbito del razonamiento judicial, juzgar con perspectiva de género puede ser definido como una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género (Poyatos, 2019: 7 y 8).

2.1 La perspectiva de género y su incorporación en el Código del Trabajo de Chile

En materia laboral la *perspectiva de género*, hasta antes de la dictación de las leyes a las que me referiré, encontraba principalmente sustento normativo en una triple fuente: primero, en las normas internacionales que obligan al Estado a actuar con la debida diligencia en la adopción de medidas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar cualquier forma de violencia contra la mujer, incluyendo el ejercicio de la función jurisdiccional: Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belem Do Para”⁴; segundo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; tercero, el principio constitucional de no discriminación en materia de trabajo, consagrado en el artículo 19 N° 16 inciso 3°, que obliga al Estado en su conjunto, incluyendo la función jurisdiccional de la aplicación del derecho, a respetar y promocionar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el espacio laboral.

La Constitución Política de la República de Chile, consagra, además, el principio de igualdad, en el artículo 19 N° 2:

“En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

³ Gama enumera, a modo ejemplar, los diversos ámbitos probatorios que pueden ser abordados mediante la perspectiva de género (Gama, 2019: 290).

⁴ Ratificada por Chile el 24 de octubre de 1996.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

El artículo 19 N°16 inciso 3° menciona:

“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.”

En cumplimiento a los compromisos internacionales alcanzados por nuestro país, se han elaborado una serie de herramientas jurídicas que buscan incorporar el enfoque de género en las decisiones de los tribunales de justicia, las que han sido, en gran medida, elaborados por la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial.⁵ Sin embargo, tal y como los títulos de dichos documentos lo indican, se trata de “guías”, “políticas”, “buenas prácticas”, cuyos criterios son meramente orientadores, pues carecen de carácter vinculante, y que, como tal, gozan de adeptos y detractores entre sus destinatarios.

Recientemente entró en vigencia la Ley 21.643⁶ 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, así como la Ley 21.675⁷ que estatuye medidas para prevenir sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres en razón de su género. La novedad que presentan estas leyes es que son las primeras normas internas en nuestro país que disponen considerar la *perspectiva de género*, con carácter explícito e imperativo, otorgando incluso una definición de aquella.

En el ámbito laboral, el artículo 2° inciso segundo del Código del Trabajo, señala, a partir de la dictación de la Ley 21.643, lo siguiente:

“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”.⁸

La norma agrega que son contrarias a este objetivo, entre otras conductas, el acoso sexual, el acoso laboral, y la violencia en el trabajo ejercida por terceros ajenos a la relación laboral, hipótesis respecto de las cuales otorga una definición, para luego referirse a los actos de discriminación.

Asimismo, desde el 12 de junio de 2024, entró en vigor en Chile, el Convenio 190 sobre la violencia y el acoso de la Organización Internacional del Trabajo, el que incluye expresamente “la violencia y el acoso por razón de género”.

2.1.1 La *perspectiva de género* como principio

⁵ Entre dichas herramientas destacar los documentos denominados “Política de Igualdad de Género y No Discriminación”, “Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias”, “Guía Ley N° 21.120”.

⁶ Publicada el día 15 de enero de 2024, pero diferida su entrada en vigor para el día 1° de agosto de 2024, conforme al artículo 1° transitorio de la misma ley.

⁷ Vigente desde el 14 de junio de 2024.

⁸ La cursiva es nuestra.

El artículo 2° del Código del Trabajo modificado, que incorpora la *perspectiva de género en las relaciones laborales*, está dirigida a empleadores y trabajadores que se rigen por las normas del Código del Trabajo⁹, pero además y como cuestión esencial, está dirigida a la judicatura, que conoce y aplica el derecho.

La ubicación dentro del Código del Trabajo y la definición que otorga, permiten concluir que este artículo consagra un principio explícito¹⁰, de carácter *fundamental*, al otorgar justificación axiológica (ético-política) a otras normas, pero a la vez *fundamental* por cuanto no requieren de fundamento axiológico alguno, ya que son percibidas en la cultura jurídica existente como normas evidentemente “justas” o “correctas”, con un contenido *indeterminado* (característica no exclusiva de los principios) por tratarse de una norma genérica, que exige la formulación de otras normas que faciliten su ejecución, pero que además puede ser concretada de muchos modos distintos (Guastini, 2014: 186-189).

La norma se sitúa en el título preliminar del Código del Trabajo, a continuación del precepto que establece el alcance de la normativa laboral. Esta disposición hace también referencia a otros principios que gozan de rango constitucional, como la libertad de trabajo y su protección del artículo 19 N° 16; la dignidad de las personas del artículo 1° y la igualdad y no discriminación del artículo 19 N° 2 todas de la Constitución Política de la República. Esta posición no es baladí, pues se trata de principios que deben regir y permear todo el orden laboral.

Pero ¿por qué surge la necesidad de establecer normativamente la *perspectiva de género*, si antes de esta modificación legal, el artículo 2° ya recogía entre los actos de discriminación como categorías sospechosas, el sexo, género, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, entre otras y además regulaba y sancionaba los actos de acoso sexual y laboral?

Más allá del origen histórico de esta Ley¹¹, en nuestro ordenamiento jurídico el hostigamiento laboral puede afectar a cualquier trabajador, independientemente de su sexo. No obstante, presenta particularidades en su manifestación, cuando se dirige contra mujeres trabajadoras, pues las diversas formas de violencia en el ámbito laboral se entrelazan con la discriminación de género (Casas, 2023: 165). Estas formas de violencia pueden manifestarse como violencia física, psicológica, mobbing, amenazas, abuso verbal, acoso sexual, violencia criminal, violencia de pareja en el lugar de trabajo, violencia económica, violencia tecnológica y violencia sistémica (Lippel, 2016: 8-14). En nuestra legislación, tales conductas pueden subsumirse dentro de las categorías de hostigamiento, acoso sexual y/o discriminación, que son conocidas mediante el procedimiento de *tutela laboral*. Sin embargo, y pese a que estos fenómenos suelen tener causas más

⁹ El artículo 1° se refiere al ámbito de aplicación, excluyendo a los órganos de la administración del Estado, sin embargo, debe tenerse en consideración que la ley 21643 también incorpora en leyes específicas la perspectiva de género para el personal de dichos órganos.

¹⁰ Los principios son normas que, según quienes se refieren a ello en estos términos, revisten una especial “importancia” o se presentan como normas “características” del ordenamiento o de una parte del mismo, esenciales para su identidad o fisonomía axiológica (Guastini, 2014: 186).

¹¹ El origen legislativo, surge a propósito del caso de la trabajadora Karin Salgado, quien se suicida, dejando una serie de notas dando cuenta de diversos actos de hostigamientos vivenciados por ella en el espacio laboral. De allí que esta ley se le conoce como “Ley Karin”.

profundas, la doctrina y jurisprudencia nacional tienden a abordarlos principalmente en el caso del acoso laboral, desde una perspectiva unifocal, que se centra en la psicologización del acoso, como vulneratorio a la garantía constitucional de la protección a la vida y la integridad psíquica. No obstante, deja en un segundo plano el análisis de sus causas estructurales, las que debiesen examinarse desde una perspectiva integral, que considere la vulneración que importa el o los actos particulares no solo a la garantía constitucional de la integridad física y psíquica, sino que además a otras garantías fundamentales, como la afectación a la vida privada o a la honra. Así las cosas, deben analizarse todos estos actos particulares desde la garantía general de igualdad y no discriminación, de la que la perspectiva de género forma parte. (Casas, 2023: p. 181).

Esta mirada unifocal es precisamente lo que se busca corregir, y que ahora constituye una exigencia categórica para jueces del trabajo.

Surge, por tanto, la necesidad y desafío de aproximarse al contenido de este principio normativo, que requiere considerar los enunciados referidos *promover la igualdad y erradicar la discriminación* que señala la norma, respecto de los cuales solo haremos una aproximación contextual.

2.1.2 Igualdad y no discriminación

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la “igualdad y la no discriminación” tiene tres dimensiones que, en su particular visión, han ingresado incluso al dominio del *ius cogens*: la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley, y la no discriminación¹²

El artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos es explícito en este sentido, al declarar la existencia de una relación lógica entre la igualdad *ante* la ley y la igual *protección* de la ley: para ser iguales ante la ley, tenemos derecho, sin discriminación, a ser igualmente protegidos por la ley (Coddou, 2021: 249).

En la legislación constitucional nacional, el artículo 19 N°2 de la Constitución establece que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer distinciones arbitrarias”, lo que se ha interpretado como una prohibición constitucional de discriminación arbitraria, aunque no especifica categorías protegidas. A partir de una interpretación *a contrario sensu* del artículo 19 N° 16, de la constitución (“Se prohíbe cualquier discriminación que no se va a hacer la capacidad o idoneidad personal [...]), es posible entender que la constitución se abre a reconocer diversos tipos de categorías protegidas¹³ (Coddou, 2021: 272).

A diferencia de algunas posturas que se enfocan de manera aislada a las bases de la institucionalidad, una lectura interpretativa más integral lleva a desarrollar una dogmática constitucional que incorpora tanto la prohibición de la discriminación, las desigualdades de estatus, así como la preocupación por los grupos desaventajados, asumiendo una concepción sustantiva de la igualdad que obliga a que las normas jurídicas

¹² Señala la Corte Interamericana de derechos Humanos, en opinión consultiva acerca de la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados “...este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenecen al *ius cogens*, puesto que sobre el descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y su principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico...” (2003: párra.101).

¹³ El artículo 19 N° 16 se refiere a la libertad de trabajo y su contratación.

deben no solo abstenerse de reproducir, en su contenido y aplicación, las jerarquías sociales que terminan oprimiendo a ciertos grupos, sino que en muchos casos debe activamente intervenir para prevenir que estas se produzcan o para combatir aquellas que no son fáciles de apreciar por los tradicionales operadores del derecho (Coddou, 2021: 261).¹⁴

Señala Muñoz que, a partir de la Ley N° 20.609, *Ley antidiscriminación*, se ha podido clarificar los valores establecidos en los artículos 1° y 19 N° 2 de la Constitución Política de la República de Chile. Así, esta Ley revela tres principios fundamentales del derecho antidiscriminación: el *principio epistémico*, que reconoce la existencia de una estructura social organizada en grupos, incluyendo a los grupos vulnerables, los cuales son vistos como libres e iguales en dignidad y derechos; el *principio interventor*, que establece la obligación del Estado de crear condiciones sociales que faciliten la integración y participación igualitaria de los grupos vulnerables mediante políticas o acciones positivas; y el *principio igualitario*, que garantiza la igualdad de oportunidades para todos los individuos en la vida nacional (2013: 203-204).

En lo que toca a la discriminación, se menciona que ésta no es cualquier diferenciación, en el sentido neutro de la palabra, sino que es aquélla que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres no ya diferentes sino inferiores por motivos no solo irrazonables, sino odiosos (Bilbao y Rey, 2003: p.111). De allí que la discriminación no solo afecta a individuos, sino que también impacta a grupos sociales o colectivos al que pertenece el agraviado, pues la descalificación considera categorías particularmente odiosas.

2.2 La relevancia de la subordinación en materia de género

El Código del Trabajo en Chile no otorga una definición de lo que debe entenderse por subordinación.¹⁵ Su elaboración ha quedado entregada a la doctrina y a la jurisprudencia.

Señala Supiot, que la subordinación en el contrato de trabajo fue siempre el punto de tensión entre un vínculo de pertenencia y un vínculo de obediencia, convergiendo en el criterio de la *subordinación jurídica*, “que caracteriza al asalariado por su sumisión personal a las órdenes y directivas del empleador” (2008: 72).

La relación laboral surge como un hecho social, en cuya evolución la característica que subyace ha sido una relación de poder, que se organiza en torno al mando y la obediencia (Ugarte, 2023: 73), y donde las formas que adopta el poder empresarial sobre el trabajador son múltiples.

¹⁴ Agrega que, diferentes sectores de la doctrina constitucional chilena han considerado al derecho fundamental a la igualdad ante la ley como la protección de la igualdad formal, que se resume en la fórmula aristotélica de la igualdad: tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales. Esto además se ve reforzado por un *pobre, famélico*, e incluso *tautológico*, desarrollo jurisprudencial en torno a la igualdad constitucional (Coddou, 2021: 262-263).

¹⁵ El artículo 7° del Código del Trabajo a propósito del contrato individual de trabajo señala que es “una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.”

“En primer lugar, el “poder organizacional” entendido como la administración y conducción del trabajo. La empresa tiene el poder para determinar los fines y los medios a través de los cuales se organizará la producción, sometiendo al trabajador a un sistema de producción que es ajeno... En segundo lugar, el poder normativo consistente en la facultad de la empresa de fijar las normas internas que regulan como se trabaja, determinar un orden disciplinario y fijar obligaciones e incluso sancionar a los trabajadores disidentes. Este poder será ampliamente reconocido por las diversas culturas legales, que hablarán – sin tapujos- del poder disciplinario del empleador...” (Ugarte, 2023: 78-79).

En este marco de relación de poder y consiguiente desigualdad es que se inserta la perspectiva de género en materia laboral, un espacio distintivo por la asimetría de poder entre empleador y trabajador, que subsiste junto a una legislación y judicatura proteccional, con un marco regulatorio que restringe estos poderes en aras de cautelar la dignidad y el respeto los por derechos fundamentales.

De esta forma, la judicatura, al interpretar la perspectiva de género en el ámbito laboral, deberá tener en vista dos cuestiones, que este sujeto se inserta en un ámbito relacional complejizado por una marcada asimetría de poder y que tratará con personas que históricamente han formado parte de un grupo objeto de discriminación.

La sinergia entre ambos aspectos requiere una atención especial, pues la división sexual asumida socialmente permea el ámbito del derecho laboral, en el que también se asume un modelo abstracto e idealizado de trabajador masculino, escindido de cualquier compromiso, centrado exclusivamente en su desempeño laboral, distanciado de responsabilidades domésticas, motivado por incentivos económicos, por el ascenso dentro de la jerarquía profesional y la búsqueda de poder.

En contraste, la mujer ha debido insertarse en este espacio que surge mayoritariamente masculinizado, enfrentando una carga histórica de estereotipos carentes de respaldo empírico, pero profundamente arraigados en la cultura laboral relativos a su capacidad para un desempeño eficiente, su mayor inclinación hacia la intuición y la emocionalidad -lo que la relega al desarrollo de determinadas áreas-, la maternidad como estrategia para conservar el empleo y/o como obstáculo para su disponibilidad, entre otras generalizaciones espurias¹⁶. Preconcepciones que afectan el ingreso, las oportunidades laborales, su permanencia e incluso la interacción con sus pares y superiores, restringiendo sus posibilidades de ascenso y reconocimiento profesional. La situación es aún más crítica cuando se trata de mujeres de estratos socioeconómicos más bajos, en edad mayor, inmigrantes, indígenas o en quienes concurren otras categorías que dan lugar a la interseccionalidad, cuyo empleo es mayormente informal, asociado a jornadas parciales, y consecuentemente, más precarizado (Chile Mujeres, 2024: 10-28).

¹⁶ Estas generalizaciones son obtenidas del trabajo de investigación que desarrolla Casas Becerra, quien analiza todas las demandas de tutela laboral por acoso moral presentadas en el año 2019 en cuatro Tribunales de nuestro país y las agrupa en los factores mencionados (2023:172 -180).

3. La sana crítica como criterios de racionalidad epistémica

En el ámbito de la valoración de la prueba, el juez del trabajo cuenta con libertad en su apreciación, como contraposición a la antigua prueba legal o tasada. Pero esta libertad no es absoluta, sino que está limitada por criterios de racionalidad: “se trata de un mandato a los jueces para que decidan sobre los hechos en los casos que se les planteen mediante los métodos de la epistemología general” (Ferrer, 2007: 66).

El juez, conforme al artículo 459 N° 4 del Código del Trabajo¹⁷, debe “analizar toda la prueba rendida, y debe explicitar los hechos que estima probados, así como el razonamiento que conduce a esta estimación,” en dicho proceso, debe apreciar cada elemento de juicio de manera individual y en conjunto e incorporar las reglas de la sana crítica, que se encuentran reguladas en el artículo 456 del Código del Trabajo.¹⁸

Esta norma recoge los criterios generales de racionalidad epistémica: la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, que hacen posible el razonamiento probatorio inferencial (Araya, 2020: 46). Se trata de una norma que busca imposibilitar que los jueces hagan uso de sus conocimientos privados, de sus propias experiencias, dotando de parámetros que son independientes de ellos.

Estos criterios, según Carbonell, se comportan como directrices o guías para el razonamiento del juez en cumplimiento de su deber de fundamentación de la decisión sobre los hechos o, lo que es lo mismo, de su deber de justificar la premisa fáctica (2018: 36).

Se trata de una actividad en la que deben prevalecer los criterios de racionalidad epistémica, pero en donde, con mayor o menor grado, se presentan espacios de decisión y libertad para el juez, un margen de discrecionalidad en el que pueden ingresar preferencias axiológicas.

A continuación, me referiré a uno de estos criterios generales de racionalidad epistémica: las máximas de la experiencia.

3.1 Las máximas de la experiencia como generalizaciones: el “pegamento”¹⁹ entre dos enunciados

El rol de las generalizaciones en los argumentos en general y en los argumentos probatorios en particular puede comprenderse utilizando la estructura propuesta por Stephen Toulmin,²⁰ quien reconoce

¹⁷ Esta disposición enumera los requisitos que debe contener la sentencia.

¹⁸ “El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime...”

¹⁹ Schum es el autor de esta expresión, cuando señala: “Las generalidades son el pegamento que mantiene a nuestros argumentos unidos” (1984:82).

²⁰ También pueden comprenderse a partir del modelo que plantean Anderson, Schum y Twining “Los argumentos están constituidos por pruebas, hipótesis, y enunciados llamados generalizaciones que justifican los enlaces entre la prueba y las hipótesis. metafóricamente, un argumento es una cadena de razonamiento que va desde la prueba hasta las hipótesis. Los eslabones en estas cadenas corresponden a las etapas o los pasos del argumento. Cada eslabón plantea una fuente posible de duda o incerteza [...] En derecho, una hipótesis es una proposición que tiene que ser probada (un *probandum*). Las *probanda* [proposiciones a ser probadas] se

distintos elementos en un argumento. Como punto de partida tenemos una afirmación o conclusión, cuyo valor se trata de establecer, a la que denomina *pretensión (claim)*. Cuando dicha afirmación es cuestionada, se deberá proporcionar datos, es decir, elementos que justifican y que se invocan como base de la afirmación realizada, a los que denomina *razones (grounds)*. Pero si estos datos resultan insuficientes o se cuestiona su pertinencia con las conclusiones, es necesario dar paso a proposiciones de un tipo bastante diferente a la que denomina *garantía (warrant)* y que corresponden a reglas, principios, enunciados generales que permiten realizar inferencias en lugar de agregar información adicional. Estos enunciados de carácter general actúan como puente entre las razones y la pretensión, legitimando el tipo de paso que el argumento en particular que se ha enunciado obliga a dar, los que pueden formularse de manera muy sucinta o hacerse explícitos.

Pero estas garantías pueden ser de diferente clase y conferir diversos grados de fuerza a las conclusiones. En los casos en que se cuestionen estas garantías, se requerirá añadir alguna referencia explícita al grado de fuerza que los datos de los que disponemos confieren a la afirmación realizada en virtud de la garantía. Detrás de las garantías habrá, normalmente, otras certezas, sin las cuales las propias garantías carecerían de autoridad y vigencia; a éstas se las denomina *respaldo (backing)*, y que puede expresarse en forma de enunciados categóricos sobre hechos, al igual que sucede con los datos que se alegan para apoyar directamente las conclusiones (2007: 133-143).²¹

Para estructurar una *inferencia probatoria*, debemos considerar que probar un hecho consiste en mostrar que conforme a la información que se posee, está justificado aceptar que ese hecho ha ocurrido. Los elementos de este razonamiento son: el hecho que queremos probar, la información de la que disponemos (que puede ser llamada como indicios o *las pruebas*) y una relación entre el hecho que queremos probar y los indicios que se denomina *enlace* (Gonzalez Lagier, 2007: 1).

“Los hechos probatorios constituirán las razones del argumento; los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía estaría constituida por las máximas de la experiencia, las presunciones y otro tipo de enunciados generales que correlacionan el tipo de hechos señalados en las razones con el tipo de hechos señalados en la pretensión” (2013: 41).

En el razonamiento probatorio, entonces, el rol de las generalizaciones es permitir conectar dos tipos de enunciados, uno que da cuenta de un elemento de prueba con otro que se refiere a los hechos a probar, otorgando mayor o menor fuerza de acuerdo con el grado de corroboración de dichas generalizaciones.

Las máximas de experiencia tienen la estructura siguiente: «Si X, entonces probable Y». (Gonzalez Lagier, 2005: 62).

presentan en diferentes niveles de un argumento. Un *probandum* es siempre una proposición que, en principio, puede mostrarse como verdadera o falsa” (2015: 94).

²¹ La teoría de la argumentación de Toulmin, es desarrollada y/o utilizado por diversos autores (Gonzalez Lagier, 2005: 55-64; Atienza, 2005: 81-102; Dei Vecchi, 2019: 78)

El grado de corroboración de las generalizaciones puede ser, o no, objeto de discusión en el proceso, en cuyo caso la generalización misma podrá ser objeto de prueba a efectos de determinar el grado de corroboración, constituyendo lo que se ha denominado “prueba sobre prueba” (Ferrer, 2007:133).

Desde esta perspectiva de razonamiento, en contraste con un enfoque mecánico, es necesario explicitar su contenido, lo que implica exponer las generalizaciones empíricas que funcionan como garantía de las inferencias. No obstante, es importante reconocer la imposibilidad de explicitar, tanto en este proceso como en cualquier otro ámbito, los fundamentos de todos nuestros razonamientos. Por esta razón, algunas generalizaciones son aceptadas como válidas de manera implícita. Sin embargo, su manifestación adquiere una relevancia particular en casos que inciden en categorías sospechosas, entre ellas el género, ya que constituye el único medio para identificar y desactivar estereotipos de dicha naturaleza. No en vano se advierte que las generalizaciones basadas en máximas de la experiencia pueden resultar peligrosas²²: “Las generalizaciones son peligrosas en la argumentación acerca de cuestiones de hecho dudosas o controvertidas, porque tienden a proporcionar razones inválidas, ilegítimas, o falsas para aceptar conclusiones basadas en inferencias. Son especialmente peligrosas cuando son implícitas o no expresas” (Twining, 1999: 356-358).

Sin embargo, también existe consenso en que son indispensables pues, como indica Taruffo, “las generalizaciones son necesarias en cada paso del razonamiento sobre las pruebas y sobre los hechos, pues constituyen, en muchos casos, la premisa de las inferencias que conectan los datos probatorios con los hechos.” (2010: 74).

Las máximas de la experiencia son conceptualizadas por González Lagier como:

“Una generalización a partir de experiencias previas que asocia hechos del tipo del que queremos probar con hechos del tipo de lo que constituyen las pruebas o indicios. Estas máximas de experiencia, por tanto, tiene como fundamento la observación de una asociación más o menos regular entre dos hechos y su finalidad es tratar de aproximarse en la mayor medida posible – dadas las circunstancias de la prueba- a la verdad acerca de los hechos que se infieren. Su fuerza viene determinada por la solidez del argumento inductivo en el que descansan.” (2007: 1 y2)

Este autor agrega que las máximas de la experiencia operan como enlaces las que denomina *inferencias probatorias epistémicas o empíricas*, y que ocupan un lugar prioritario en el razonamiento probatorio y pueden permitir realizar un segundo tipo de inferencia cuyo enlace es una norma o regla.

3.2 ¿Qué máximas de la experiencia son válidas en el razonamiento probatorio?

²² “La utilización de las máximas de la experiencia en la argumentación probatoria es de todo riesgosa, pero insoslayable, de allí que como medida de control los jueces deben sacar las máximas que justifican su decisión” (Igartua, 2003:167).
Limardo analiza la validez de las generalizaciones bajo el epígrafe de “peligros en el uso de las generalizaciones” (Limardo, 2021: 139)

No toda generalización debe formar parte del razonamiento probatorio. Lo fundamental es determinar en qué casos una generalización puede considerarse válida para respaldar una inferencia, tomando en cuenta los fines epistémicos del proceso, es decir, la búsqueda de la verdad.

Para empezar, Schauer distingue entre las generalizaciones que carecen de base estadística o factual (fundamento empírico) y las que sí tienen una base estadística sólida. A las primeras las denomina *generalizaciones espurias* y a las segundas *generalizaciones no espurias*. (2003: 7).

A su turno, indica que las generalizaciones *no espurias* pueden ser *universales* – por razones empíricas o por definición- y *no universales* – en donde la existencia de casos particulares en los que la generalización no es válida en escasas oportunidades nos hace abstenernos de utilizarla, siempre que la generalización sea válida para la mayoría de los casos (2003: 8 -9).

Se considerará que una generalización tiene base empírica sólida cuando exprese *asociaciones universales*, es decir, relaciones causales, como la ley de la gravedad; describa una característica que esté presente en al menos más de la mitad de los miembros de una clase, lo que constituye una *asociación fuerte*; y exprese una *asociación por representatividad*, esto es, cuando la característica de un grupo determinado tenga mayor prevalencia respecto del conjunto, siempre que tenga una utilidad empírica (Schauer, 2003:10).

Cuando las generalizaciones espurias se aplican a grupos de personas, suelen ser tachadas de *prejuicios*. Sin embargo, señala Schauer, que la noción de *prejuicio* en el lenguaje común es ambigua, pues la generalización puede basarse en una generalización estadísticamente poco sólida, pero también podría aplicarse a una generalización estadísticamente sólida pero no universal a un miembro concreto del grupo²³ (2003: 15 -16). Lo mismo puede decirse de la palabra *estereotipo*, que tiene una connotación aún más negativa, en donde parece erróneo utilizar la palabra *estereotipo* para referirse a aquellos casos en los que una generalización *es empírica y moralmente apropiada*. Sin embargo, si estereotipar está mal, y si la condena está implícita en el uso de la palabra *estereotipo*, se presenta la misma ambigüedad sobre si estereotipar está mal sólo cuando el estereotipo carece de fundamento estadístico, o si está mal también cuando los estereotipos que sí tienen un fundamento estadístico sólido se utilizan para tomar decisiones sobre clases enteras, incluidos los miembros de la clase a los que el estereotipo no se aplica individualmente (2003:17).

Otra clasificación esclarecedora y de relevancia la formulan Anderson, Twining y Schum, quienes categorizan las generalizaciones de acuerdo con el nivel de generalidad o abstracción; a su fiabilidad o grado de certeza, a la fuente o base y al grado de coincidencia (2015: 141 y 325). En relación con la confiabilidad, pueden comprenderse de acuerdo con un espectro, en cuyo extremo están las leyes científicas, las opiniones

²³ Señala como ejemplo, la situación de los exconvictos, quienes no siempre reinciden (algunos pueden tener un comportamiento ejemplar), pero su tasa de reincidencia es mayor que la de la población general. Por ello, un prejuicio contra ellos no surge de una generalización espuria, sino de una generalización con base estadística. Lo que demuestra que usar la palabra “prejuicio” puede dar lugar a equívocos, pues se asume una connotación peyorativa en circunstancias no espurias.

científicas, en el medio las creencias comúnmente afirmadas, pero no probados, y en el otro extremo están los prejuicios y sesgos (Anderson et al., 2015: 141). De acuerdo con el criterio de la fuente, se encuentran desde las generalizaciones basadas en la experiencia personal reiterada hasta aquellas basadas en el conocimiento “sintético/ intuitivas.” Por último, el grado de coincidencia se refiere a cuan ampliamente podría la generalización ser aceptada o compartida al interior de la comunidad particular (Anderson et al., 2015: 325).

Estos autores también mencionan que las generalizaciones pueden ser categorizadas para diferentes propósitos. Desde el punto de vista del abogado, es útil distinguir entre las *específicas del caso*, que pueden ser utilizadas explícita o implícitamente en la argumentación en un caso en particular, que incluye el conocimiento del contexto específico y que puede combinar información particular y general. Estas generalizaciones, si son apoyadas por pruebas, tienden a desplazar a las generalizaciones de contexto. En contraposición a las primeras están las generalizaciones *de contexto*, que surgen a falta de expertos o de otra prueba directa y que los autores critican, pues “lo que se presenta como conocimiento, sentido común o creencias compartidas es demasiado variado para ser susceptible de una clasificación precisa” (Anderson et al., 2015: 325-329).

Aunque podríamos continuar con las clasificaciones que estos autores formulan, lo cierto es que aquí interesa destacar la advertencia que realizan con respecto a generalizaciones de *sentido común* o a *conocimientos provenientes del acervo cultural* de una sociedad. Señalan, a menudo, que lo que se considera *sentido común* puede ser fácilmente refutado. El acervo de conocimiento de una sociedad no es un conjunto homogéneo, sino una composición compleja que integra hechos científicos, creencias subjetivas, estereotipos, mitos y proverbios. Asimismo, lo que las autoridades, incluidos los tribunales, reconocen como sentido común no siempre coincide con las creencias mayoritarias dentro de una sociedad determinada. Incluso en sociedades abiertas, ciertas creencias pueden ser reprimidas debido a su incompatibilidad con normas de aceptabilidad social, corrección política u otros criterios de adecuación (Anderson et al., 2015: 338).

Todas estas clasificaciones permiten dar sentido a la utilización racional de las máximas de la experiencia. Sin embargo, es fundamental no perder de vista que:

Nuestra comprensión del mundo exige necesariamente el recurso a generalizaciones. También nuestro lenguaje. Por ello, cualquier argumento sobre la ocurrencia de un hecho necesita del apoyo de las correspondientes generalizaciones. Esto es inevitable [...] Ahora bien, siendo esto correcto, no implica que podamos razonar sobre la ocurrencia de hechos individuales únicamente a partir de generalizaciones (salvo que la hipótesis sobre los hechos sea en sí misma contradictoria). Siempre será, pues, necesario disponer de elementos de juicio particulares sobre el hecho individual que acrediten la verdad de la hipótesis (Ferrer Beltrán, 2007: 107-108).

3.3 Los estereotipos, un *atajo* en las máximas de la experiencia:

Pese a la advertencia que Schauer formula sobre el concepto de *estereotipos*, lo cierto es que su connotación se asume mayoritariamente negativa. De allí que la preocupación por evitar que el razonamiento probatorio se vea deformado por la incidencia de estereotipos es transversal entre aquellos que defienden o reconocen el objetivo epistémico del procedimiento probatorio.

Los sistemas conceptuales se estructuran a partir de categorías, y gran parte de nuestro pensamiento depende de ellas. Es común que las personas tomen un aspecto comprensible o fácilmente perceptible de un fenómeno y lo usen para representarlo en su totalidad. Además, la categorización es un mecanismo adaptativo, generalmente automático, que aligera la carga cognitiva y permite destinar recursos mentales a otras tareas. Al incluir un elemento en una categoría, lo vinculamos a una amplia base de información previa, evitando la necesidad de recopilarla nuevamente en cada caso (Arena, 2022: 221).

“Un estereotipo es una visión generalizada o una idea preconcebida de los atributos o características que poseen los miembros de un grupo determinado (por ejemplo, mujeres, lesbianas, adolescentes), o de las funciones que desempeñan o deberían desempeñar. Desde este punto de vista, un estereotipo presupone que todos los miembros de un grupo social determinado poseen atributos o características particulares (por ejemplo, los adolescentes son irresponsables), o desempeñan funciones específicas (por ejemplo, las mujeres son cuidadoras). A efectos de caracterizar una generalización como estereotipo, no importa que los atributos o características sean o no comunes a los miembros individuales de ese grupo, o si los miembros desempeñan o no esas funciones (Cook y Cusack 2010: 1).

La idea central es que, al asumirse que un grupo específico posee ciertas características o desempeña determinadas funciones, se infiere que cualquier individuo perteneciente a ese grupo se ajusta a esa concepción generalizada. Como resultado, todas las facetas de su personalidad, que lo hacen único, quedan condicionadas por la percepción estereotipada del grupo.

Los *estereotipos de género*, por su parte, “tienen que ver con la construcción social y cultural de hombres y mujeres debido a sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales”. En términos más generales, pueden considerarse como las “convenciones que sustentan la práctica social del género” (Cook y Cusack 2010: 20).

Conocer los motivos por los que se estereotipa facilita desenmascarar los supuestos subyacentes. Sus razones son variadas, por ejemplo, se usan para maximizar la simplicidad y la previsibilidad; guionizar identidades; subyugar o proteger; mantener el orden social y las jerarquías; asignar diferencias con fines hostiles o benignos; malinterpretar la relevancia de los hechos; evitar el esfuerzo de comprender al individuo, crear y reforzar identidades grupales; justificar comportamientos sexistas o discriminatorios (Cook y Cusack 2010: 13-19).

Cuando los estereotipos describen un estado de cosas y buscan información del mundo a partir de las características que se le atribuyen a los miembros de un grupo por el solo hecho de pertenecer a él, se está frente a los denominados *estereotipos descriptivos*. Cuando buscan prescribir atributos, papeles y comportamientos a los que se espera que se ajusten hombres y mujeres i.e., crear identidades para describir cómo los miembros de un grupo deberían comportarse para ajustarse adecuadamente a las normas asociadas con la pertenencia a su grupo estamos frente a *estereotipos normativos* (Cook y Cusack, 2010: 22).

Los estereotipos descriptivos pueden ser evaluados sobre la base de su correspondencia o no con las reales propiedades del grupo en análisis; los normativos no solo buscan dilucidar esta correspondencia, sino más bien modificar la situación existente para ajustarla al rol que debería desempeñar y que constituye el estereotipo (Arena, 2016: 55).

A pesar de sus diferencias, ambas categorías de estereotipos están interrelacionadas. Por ejemplo, si se considera el estereotipo descriptivo de que “las mujeres no suelen tener buen rendimiento en áreas STEAM” se genera implícitamente una norma prescriptiva que sugiere que las mujeres deberían ocuparse de otras profesiones que no importen conocimientos de tales áreas, o a la inversa.

Los estereotipos descriptivos producen un tipo de discriminación en virtud del cual las mujeres no son reconocidas por sus propias características individuales, sino sobre la base de un estereotipo. Los estereotipos normativos, en cambio, producen un tipo especial de discriminación que consiste, por lo general, en algún tipo de reproche hacia la mujer que viola las normas compartidas acerca de cómo debería comportarse (Arena, 2022: 189).

Otra distinción que resulta relevante para el análisis de los estereotipos es aquella que diferencia entre estereotipos *con apoyo estadístico* y estereotipos que *carecen de apoyo estadístico*. En este último caso, Arena subclasifica la falta de apoyo estadístico en *un sentido fuerte*, en donde se cuenta con datos estadísticos que refutan el estereotipo, es decir, los estereotipos atribuyen a los miembros de un grupo una característica que no poseen y, por lo tanto, deben abandonarse porque implican una representación falsa de un grupo. A estos estereotipos los denomina *incorrectos o falsos*. En un *sentido débil*, la expresión quiere decir que se carece de datos estadísticos para evaluar el estereotipo y que, por ende, no es posible determinar si es verdadero o falso, correcto o incorrecto, al que denomina *estereotipo insostenible*. En ambos casos, carecen de importe cognitivo, es decir, no ofrecen conocimiento acerca del grupo social ni de sus miembros, ya que tanto la verdad como la justificación son condiciones necesarias del conocimiento.

Por su parte los *estereotipos sostenibles* son aquellos que cuentan con apoyo estadístico y que, por lo tanto, asocian a los miembros de un grupo una característica que efectivamente poseen según los datos disponibles. No obstante, esto no quiere decir que sea verdadero para cada uno de los miembros del grupo estereotipado. Solo quiere decir que es más probable que un miembro del grupo posea el rasgo que le atribuye el estereotipo a que lo posea alguien que no pertenece al grupo (Arena, 2022: 235-236).

Los estereotipos pueden rastrearse en la justificación de los hechos que se dan por probados en las sentencias. Es el caso de algunas sentencias en materia laboral. Así, por ejemplo, en un proceso de tutela laboral por acoso sexual y acoso laboral, encontramos el siguiente razonamiento:²⁴

“...quien tenía el poder de dirección, administración y control del trabajo que debían realizar las actoras, era el denunciado J.S, encontrándose ambas en una relación de subordinación o dependencia desde el punto de vista laboral, pero además en dicha relación de poder se ven involucrados aspectos de género, en cuanto se confunde la autoridad empresarial con la ejercida culturalmente por el hombre en distintos ámbitos uno de los cuales es el laboral... Por ejemplo, el tratamiento de “mijita” que el denunciado admite, aunque no le da significado despectivo, por cuanto normaliza ese trato considerándolo “sólo una forma de expresión”, en consecuencia que dicho trato denota una mirada condescendiente y un exceso de cercanía, incluso hasta se le considera una expresión de “cariño”...”, (Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT T-1370-2017).

En otro caso, sobre acoso sexual y discriminación por orientación sexual, nos encontramos con el siguiente considerando:

“En el otro grupo de conversación (WhatsApp de médicos de UPC), el Dr. E. emite expresiones groseras y altamente ofensivas sobre otras profesionales del Hospital con ocasión de lo que se describe sería un incumplimiento a hacer una atención (“así son estas maracas cul...”). Envía chistes y memes sexistas, en los que predomina una visión degradante del sexo femenino. A modo de ejemplo: la referencia a edad de mujer y whisky (mujer como objeto sexual y relación de poder masculino sobre femenino), meme sobre analogía de mujeres y huracanes (mujer denigrada en su trato y adscrita a estereotipo complementario al hombre y asignada al espacio doméstico). Alusión ofensiva a un paciente, al que califica de “mujercita” lo que da cuenta de la adscripción de un atributo peyorativo asociado a la condición de mujer, al tiempo que resulta indiciario de una percepción homofóbica.” (sentencia del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-309-2018).

En ambos casos, la judicatura es quien devela los estereotipos descriptivos que subyacen a los hechos probados, pues las demandas solo describen los argumentos fácticos, que luego son calificados como constitutivos de vulneración de normas constitucionales, pero que nada dicen respecto a la presencia de estereotipos. En la primera causa, su fundamento es un paternalismo sexista, pues se cree que las mujeres no son física, fisiológica o mentalmente capaces. En el segundo, el profesional médico percibe a las mujeres como individuos inferiores, incapaces e ineptos, con un evidente trato hostil que busca justificar su comportamiento sexista.

²⁴ Enfatizo que se trata únicamente de una muestra (no estadística) que intenta introducir los tipos de estereotipos que se advierten en el orden laboral.

En otra demanda por acoso laboral y discriminación se menciona: “Existía una fijación por el género femenino del coordinador de la época...que implica no solo una fijación por las “mujeres”, sino que de género femenino como construcción social... además existían ciertas características que él atribuía al género femenino como deseables, relacionadas con la sumisión, belleza física, maquillaje y buena presentación personal, y otras directrices que asocian a la mujer desde una perspectiva machista..., contratando solo a personas de género femenino construido de dicha forma, por lo que en el caso de autos, al no cumplir finalmente con dicho perfil, se le fue degradando...puesto que la referida discriminación no se realiza por el hecho de ser mujer, sino por el hecho de ser mujer y no responder al patrón femenino que dentro de su idea conlleva, al no ser la demandante una persona sumisa y aguantar las situaciones de machismo e injusticia que propició ...” (sentencia Rit T-119 -2019 del Juzgado de letras del Trabajo de Antofagasta).

En esta última sentencia el denunciado pretende imponer comportamientos a los que se espera que se ajusten las mujeres, belleza y sumisión, los que, al no ser aceptados por la denunciante, culminan con el despido de la trabajadora, lo que constituye un estereotipo normativo. A diferencia de los casos previos, es el abogado denunciante quien introduce con mediana claridad la existencia de estereotipos normativos, al fundar la discriminación en la resistencia y comportamiento contrario a los cánones tradicionales por la trabajadora.

Los estereotipos en razón de género en el espacio laboral son múltiples, y suelen estar asociados a la maternidad, verificarse en espacios laborales masculinizados, sancionar la orientación sexual, acosar por el solo hecho de ser mujer, por la edad, condición de migrante entre otros.

Otras expresiones obtenidas de denuncias que develan estereotipos son: “chuta, y que querís, que te felicite ahora” proferida en el acto del despido, en respuesta a la comunicación de su estado de embarazo (Temuco, T-114-2019). “Maricones por denunciar”; “permitió que la toquetearan”, insultos dirigidos por el denunciado a la trabajadora conductora de autobús tras denunciarlo por acoso sexual (2° JL Santiago T-1184-2019). En ambos casos se observan estereotipos descriptivos, que buscan justificar comportamientos sexistas y discriminatorios.

En estos otros: “tú no eres apta para el cargo, lo que es obvio dada tu condición que todos sabemos” expresión dirigida a la denunciante quien ejercía como directora de la carrera de enfermería y comunica su orientación sexual (Santiago, T-1613-2019); “ustedes usan lápiz labial rojo puta”, “supongo que te vas a operar para no tener más hijos”(Antofagasta, T-2-2019), se busca guionizar identidades, el reproche se formula a las trabajadoras por no ajustar su comportamiento al esperado, lo que corresponde a estereotipos normativos.

En todos estos casos, el denominador común es una extralimitación del poder empresarial, pues se ejerce como un poder de dominación sobre las trabajadoras que no está comprendido dentro del espacio de *subordinación*, cuya condición es profundamente desigual, pues convergen no solo el vínculo de obediencia

en el que se traduce la subordinación, sino que, además, la condición de mujer, y su categorización mediante estereotipos que la describen de una forma predeterminada o asignan roles específicos a los que deben ajustarse.

4. Repensando las máximas de la experiencia en el procedimiento laboral con una mirada de género

Hemos visto hasta aquí que las generalizaciones desempeñan un papel fundamental en la construcción de inferencias probatorias. No obstante, su formulación no está exenta de riesgos epistemológicos, ya que pueden presentarse encubiertas bajo la apariencia de máximas de la experiencia. Estas, al invocar un acervo de conocimiento compartido, pueden en realidad perpetuar estereotipos que desvirtúan los fines epistemológicos del proceso.

Desde la perspectiva de género como principio normativo, es imperativo que esta impregne la interpretación de todas las normas del derecho laboral. Su aplicación no debe limitarse únicamente a la erradicación de estereotipos normativos, i.e. aquellos que buscan influir en el comportamiento de las mujeres para ajustarse al rol que se les asigna, sino que también debe propiciar una revisión crítica del proceso de construcción de generalizaciones.

En sociedades con arraigadas estructuras patriarcales, como la nuestra, las preconcepciones acerca de características que poseen mujeres, mayoritariamente espurias, o acerca del rol que deben asumir, han permeado no solo el pensamiento individual, sino también las prácticas institucionales, incluyendo el actuar de la judicatura. Fundadamente, se indica como una característica de los estereotipos su *omnipresencia y persistencia*. El derecho laboral y sus operadores no están exentos de este riesgo.

Como la única certeza es la inexistencia de fórmulas mágicas, me haré cargo en una primera instancia de un modelo sugerido por la doctrina laboral para luego formular mi propuesta.

4.1 En contra del modelo de “mujer razonable”

Si existe un modelo idealizado de trabajador masculino, estructurado socialmente, cabe preguntarse si es posible construir un modelo similar de "mujer trabajadora razonable" que contemple una perspectiva más inclusiva.

La jurisprudencia de los Estados Unidos ha intentado incorporar la perspectiva de la mujer en materia de acoso sexual, construyendo una noción de *mujer razonable*, como ocurrió en el caso *Kerry Ellison v.*

Nicholas F. Brady, de 1991²⁵. Se trata de una sentencia que razona acerca de la existencia de indicios razonables de acoso sexual debido a un entorno de trabajo hostil en el que se desenvuelve la demandante. La sentencia señala que el acoso debe ser analizado desde la perspectiva de la víctima. En efecto, se señala que “una conducta que muchos hombres consideran inobjetable puede ofender a muchas mujeres”, reconociendo que existe una amplia gama de puntos de vista entre las mujeres como grupo, cuyas preocupaciones comunes no son compartidas necesariamente por los hombres -entre ellas que las mujeres son desproporcionadamente víctimas de violación y agresión sexual- lo que puede explicar la sensibilidad respecto de esta temática. La perspectiva de una *mujer razonable* es un criterio que no tiene en cuenta el sexo, que tiende a tener un sesgo masculino y a ignorar sistemáticamente las experiencias de las mujeres, no establece un mayor nivel de protección para las mujeres que para los hombres y con el fin de evitar que los empresarios tengan que adaptarse a las preocupaciones idiosincrásicas de empleados hipersensibles, en caso de una demanda por un acoso sexual en un entorno hostil, éste deberá (como parámetro) afectar negativamente a una persona razonable del mismo sexo que la víctima.

La sentencia tiene una serie de aciertos epistémicos, reconoce que en causas de acoso sexual la perspectiva de la víctima es relevante, utiliza generalizaciones con base estadística respecto de la importante cantidad de mujeres que en Estados Unidos son víctimas de violencia sexual, sin embargo, en un intento por otorgar certezas busca construir una figura de *mujer razonable* como un símil al de *hombre razonable* que ya existía en dicho país en el derecho de daños.

El inconveniente que puede surgir con este tipo de abstracciones es aquel que desarrollan precisamente las teorías feministas de Benhabib y O’Neill, quienes critican las teorías morales universalistas desde una perspectiva feminista, cuestionando cómo estas teorías consideran un individuo moral desarraigado y masculino como paradigma universal.

O’Neill, critica el liberalismo abstracto por idealizar a los agentes y no considerar muchas de sus características ni las de las sociedades en las que actúan. Sostiene que la abstracción genuina no es el problema, sino su idealización:

“Suponen, por ejemplo, descripciones de la elección racional cuyas afirmaciones sobre la información, la coherencia, la capacidad de cálculo y similares no sólo no son satisfechas por algunos agentes deficientes o atrasados, sino que en realidad no son satisfechas por ningún agente humano...El problema al que conducen estas versiones "mejoradas", es que pueden privilegiar ciertos tipos de agentes y cierto tipo de sociedades. La idealización disfrazada de abstracción produce teorías que parecen aplicarse ampliamente, pero que excluyen de forma encubierta a quienes no se ajustan a un determinado ideal, o se ajustan a él menos que otros. Los excluidos son vistos entonces como defectuosos o inadecuados.” (O’Neill, 1993: 309)

²⁵ En Chile, existe literatura laboral en la que se ha exhortado a los jueces a considerar este criterio como un referente. (Gamonal y Guidi, 2012: 319). En este sentido, ver considerando decimocuarto de la sentencia Rit T-82-2019 del Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique de fecha 24 de febrero de 2020.

Agrega O'Neill que se trata de plantearnos qué tipo de teoría de la justicia tendríamos si hiciéramos abstracción, pero nos negáramos a idealizar cualquier concepción de la racionalidad o la independencia, y evitáramos así marginar o excluir a quienes no viven de acuerdo con ideales específicos de racionalidad o de independencia de los demás. Al aplicar principios abstractos, debemos centrarnos en las capacidades y oportunidades reales de las personas para actuar, no en las creencias o tradiciones, que pueden ser injustas. Esto no implica relativismo, ya que los principios no se validan solo por ser aceptados. Los principios de justicia deben ser compartibles por todos los miembros de una pluralidad y se aplican considerando las características reales de las situaciones, como la seguridad o vulnerabilidad que permiten a las personas disentir y buscar cambios en las estructuras que afectan sus vidas (1990: 302-311). En el mismo sentido, se ha sostenido que

“Sin suponer el punto de vista del otro concreto no se puede llevar a cabo ninguna prueba coherente de universalidad, pues carecemos de la información epistémica necesaria para juzgar si mi situación moral es “semejante” a la tuya o si no lo es”
(Benhabib, 1990: 143).

Es efectivo que, en este caso, lo que se intenta es construir una teoría desde la perspectiva feministas. Sin embargo, las críticas también van dirigidas a la idealización de los agentes, pues tienden a omitir sus características reales y el contexto social en el que actúan, bajo estándares que pueden privilegiar a ciertos agentes y excluir otros.

Para construir generalizaciones que efectivamente integren la perspectiva de género resulta fundamental considerar la diversidad de experiencias de quienes han sido históricamente marginadas o discriminadas. No se trata de promover un particularismo que fragmente la aplicación de las normas, sino de reconocer que la deconstrucción del modelo tradicional de trabajador masculino debe incluir un análisis que visibilice la pluralidad de sujetos y trayectorias laborales.

En este aspecto cobra relevancia la interseccionalidad, que es concebida mayoritariamente como una forma de conceptualizar la identidad y las experiencias subjetivas de opresión, que supone la concurrencia de categorías cada vez más finas y pone el acento en el “sujeto interseccional”, quien se encuentran en posiciones particulares de marginalización múltiple, es decir, son portadores de una experiencia o de una voz distinta que constituye un valor añadido desde el punto de vista teórico. La interseccionalidad presenta una serie de desafíos en lo que respecta a la práctica jurídica y judicial en materia de discriminación, incluso las teorías postmodernistas de la interseccionalidad han propuesto un enfoque anticategorial, el que se ubica en el otro extremo de las teorías liberales. Lo cierto es que la interseccionalidad supone un análisis y desafío de mucha mayor complejidad, pues el análisis que se pueda realizar desde cada una de las distintas categorías tiene como contrapartida el soslayar la dimensión colectiva y estructural característica de la opresión y la

discriminación (Morondo, 2022: 146), que no es posible abordar aquí²⁶. Sin embargo, conviene presentarlo como un obstáculo relevante a la idealización de la mujer racional.

Existen otras críticas al uso de estereotipos que gozan de respaldo estadístico, esto es, a las generalizaciones no espurias. Se trata de efectos no capturados por el criterio estadístico: la *pragmática de los estereotipos*, referida a las implicancias lingüísticas, al efecto “amenaza de los estereotipos” (Arena 2024: 130-134) y al *enmascaramiento de la individualidad*, en que hombres y mujeres no son vistos como individuos sino juzgados en función del grupo al que pertenecen²⁷ (Arena 2024: 134-139).

Esta última crítica se erige sobre el deber de *tratar a una persona como un individuo*, es decir, “tratarla sobre la base de la información relevante obtenida sin recurrir al soporte de una generalización referida al rasgo atribuido” (2024: 149). Ello trae consigo la discusión acerca del contenido y origen epistémico o moral de dicho deber.²⁸

Así las cosas, pese a que el ideal abstracto de “mujer razonable” es una figura seductora en un inicio, presenta, como he sugerido, varios inconvenientes, que aconsejan seguir un camino distinto.

4.2 Construyendo herramientas metodológicas con perspectiva de género en las máximas de la experiencia del derecho laboral

La construcción de una herramienta metodológica orientada por fines epistemológicos para determinar la fuerza de las generalizaciones no es algo novedoso. En este sentido, Anderson, Twining y Schum han desarrollado un protocolo para evaluar la plausibilidad y validez de una generalización dentro de un argumento (2015: 341). Asimismo, Limardo, siguiendo a Schauer, establece criterios para el uso de generalizaciones (2021: 147-150), mientras que Arena ha formulado parámetros para evaluar el rendimiento epistémico, con especial atención a la influencia de los estereotipos en la determinación de los hechos (2023: 97-106).

²⁶ Morondó cita como un ejemplo de las dificultades de la interseccionalidad en el derecho antidiscriminatorio, el caso DeGraffenreid vs. General Motors, en EEUU, en que dos trabajadoras de raza negra fueron las primeras despedidas por un sistema de ancianidad, en relación a hombres negros y mujeres blancas. Esto fundado en haber sido las últimas que entraron a este trabajo. La demanda es rechazada, por la imposibilidad de construir un sistema de comparación adecuado, que diera a las mujeres negras un mayor acceso que a los hombres negros o a las mujeres blancas. La autora continúa mencionando que el enfoque de la interseccionalidad puede dar lugar a una hiperinflación normativa y competición política entre los grupos (2022: 150-153).

²⁷ He de esbozar únicamente estas interesantes propuestas de Arena, consciente de que exigen un desarrollo y estudio más acabado que no resulta posible abarcar en el presente trabajo.

²⁸ Arena señala que, si la exigencia es epistémica, no podemos utilizar estereotipos y debemos tratar a alguien como individuo porque esto nos permitirá identificar sus características individuales. En cambio, si la exigencia es moral, el deber de tratar a otros como individuos surgirá incluso en los casos en que el uso de estereotipos puede producir beneficios epistémicos, cuando la información que transmite el estereotipo es precisa (2024: 135).

La propuesta que se presenta a continuación es modesta, retoma algunas observaciones antes apuntadas e incorpora otros elementos, con el objeto de abordar las dimensiones particulares de la perspectiva de género en el derecho laboral.

4.2.1. Agudeza intelectual con perspectiva de género

En el ejercicio de la valoración de la prueba, el juez o jueza debe aplicar una agudeza intelectual que incorpore la perspectiva de género, especialmente cuando se trata de individuos pertenecientes a grupos históricamente discriminados o que forman parte de categorías sospechosas. En estos casos, es imperativo ilustrarse, activar mecanismos de alerta y reflexionar críticamente sobre posibles sesgos en la evaluación de los hechos. Esta advertencia inicial en relación a considerar los problemas de discriminación por género puede bastar para, si fuese el caso, no profundizar si es que no es una característica relevante del caso.

Este proceso implica, en primer lugar, un examen introspectivo por parte del juzgador respecto a sus propias creencias y convicciones. Debe cuestionarse: ¿poseo alguna expectativa o creencia sobre cómo debería comportarse la persona involucrada en el litigio en función del grupo en el que lo categorizo? ¿Existe una discrepancia entre mi percepción y su comportamiento? Si la hay, ¿se fundamenta en criterios racionales o responde a la asignación de roles históricos y estereotipos normativos?

Un juez capaz de identificar la presencia de estereotipos en sus propias creencias deberá asumir un esfuerzo continuo de revisión y atención crítica a lo largo del proceso de valoración probatoria. Dado que las generalizaciones son inherentes a la actividad judicial, formando parte de una cadena de inferencias que sustentan la decisión final, resulta esencial garantizar que estas se fundamenten en criterios objetivos y no en sesgos implícitos.

Además, la judicatura debe ampliar su análisis y preguntarse si la persona involucrada en el litigio se encuentra afectada por otras categorías sospechosas además del género. Por ejemplo: ¿cuál es su edad? ¿A qué estrato social pertenece? ¿Cuál es su nacionalidad? La interseccionalidad de estos factores puede profundizar situaciones de desigualdad y sesgos en la toma de decisiones judiciales.

Es fundamental evaluar la relación asimétrica de poder subyacente en el caso²⁹. En el ámbito del derecho laboral, como hemos visto, esta asimetría suele ser inherente a la relación entre empleador y

²⁹ La subordinación no es idéntica en todos los casos, e.g. piénsese y compárese considerando solo el puesto de trabajo entre una operadora de “call center” en una gran empresa y una jefatura gerencial en esa misma empresa.

trabajador, lo que exige considerar la gradualidad y el impacto de dicha desigualdad en la valoración probatoria.

4.2.2. Sensibilidad estadística con perspectiva de género

Una vez identificada la categoría de género, la judicatura debe³⁰ recurrir a conocimientos contextuales mediante la información empírica disponible. En este sentido, la abundante estadística existente en materia de género y relaciones laborales constituye una herramienta clave para el conocimiento y búsqueda de la verdad. El uso de datos estadísticos permite la construcción de generalizaciones que orienten al juez en la interpretación de los hechos y en la evaluación de las pruebas. Estas generalizaciones deben formularse a partir de evidencia empírica rigurosa y adaptarse a la naturaleza específica del caso.

A modo de ilustración, se presentarán algunas estadísticas relevantes, junto con propuestas de generalizaciones con base empírica.

Según la OCDE la tasa de empleo de las madres con hijos menores de tres años es 10 puntos porcentuales inferior a la de las madres con hijos de tres a cinco años y 15 puntos inferior a la de las madres cuyo hijo menor tiene entre seis y 14 años (2021: 20). Aquí la generalización sería la siguiente: las madres tienen bajas tasas de empleo, lo que se agudiza entre más pequeño es el hijo.

En Chile, las mujeres avanzan poco en puestos de liderazgo en el sector privado. Entre 1995 y 2018, la proporción de mujeres que ocupan puestos de liderazgo de alto nivel en seis sectores y empresas de consultoría estratégica alcanza al 9%. Lo mismo ocurre con puestos en juntas de directores. Las mujeres están subrepresentadas en puestos de dirección, financieros y operativos y sobrerrepresentadas en los de marketing (33%) y recursos humanos (31%). (OCDE, 2021: 24). Esta información permite formular la siguiente generalización: las mujeres ocupan escasos puestos de liderazgo al interior de las empresas y están segregadas a determinadas ocupaciones, lo que se conoce como *segregación vertical o techo de cristal*.

Con respecto a la distribución de hombres y mujeres en las distintas ramas de la actividad económica, existen actividades económicas altamente masculinizadas como construcción, minería, suministro de electricidad y gas, transporte, y otras altamente feminizadas como actividades de los hogares como empleadores, salud y enseñanza. La actividad económica de mujeres en actividades de los hogares, como empleadores registró un 90,8% y en construcción un 8,1% de mujeres. (Chile mujeres, 2024:27).

³⁰ Utilizo la expresión “deber” con conocimiento de que esta circunstancia puede dar lugar al debate si el juez está habilitado para buscar información extraproceso. Estimo que este tipo de información es contextual y debe formar parte (no en la especificidad numérica, pero sí en la generalidad) del saber de la judicatura, especialmente de aquellos cuyas creencias están conformadas por estereotipos sin base empírica.

Generalización: persiste una importante división sexual del empleo con áreas feminizadas y áreas masculinizadas. Esto se conoce como *segregación horizontal*.

La brecha de ingresos (económicos) entre empleados masculinos y femeninos a tiempo completo es un 12% mayor que el de sus homólogos femeninos (OCDE, 2022: 23). Generalización: las mujeres perciben por lo general menores ingresos en relación con los hombres en una misma jornada laboral.

El informe OCDE menciona, además, que las mujeres son mucho más propensas a sufrir acoso que los hombres. El 64% de las mujeres y el 26% de los hombres indicaron que habían sufrido acoso no verbal, físico o de otro tipo. Casi una cuarta parte de las mujeres que sufrieron acoso sexual en el trabajo abandonaron el puesto y alrededor del 40% evitaron ciertos ámbitos. (2022: 32). Generalización: las mujeres son más propensas a ser objeto de acoso laboral o sexual en sus empleos que los hombres.

Las estadísticas son cada vez más específicas, y se refieren incluso a las brechas entre las propias mujeres de acuerdo con su situación socioeconómica, a la edad, a empleos con menores perspectivas de ingreso y desarrollo profesional en comparación a los hombres, jornada parcial, empleabilidad informal, entre otros.

4.2.3. Calidad de la información individual

La información individual de calidad de que se disponga en el proceso debe necesariamente prevalecer y desplazar la generalización, aún cuando esta última cuente con apoyo estadístico.

Las generalizaciones que cuentan con base estadística pueden ser – en muchos casos- supra o infra inclusivas. De ahí que entre más específica es la generalización, mayor probabilidad tendrá de acertar en el caso individual. Se trata de las denominadas generalizaciones específicas del caso que desarrollan Anderson, Schum y Twining.³¹ En estos casos, el estereotipo no debe reemplazar la información individual que se puede obtener con prueba relevante.

Arena ejemplifica de la siguiente forma: si una estudiante chilena que acaba de rendir el test de matemática muestra un certificado de examen en el que consta que ha obtenido un resultado muy bueno, la generalización (o estereotipo) acerca de los resultados más negativos de las mujeres en matemáticas quedará desplazada, pues su aplicación carecerá de calidad epistémica frente a esa información individual (2023: 102).

Este criterio, estimo, se erige como fundamental en el proceso, pues es el que mejor se aviene con la necesidad de tratar al otro como individuo, y de cumplir con los fines epistémicos. Evidentemente, dependerá de la cantidad y calidad del acervo probatorio; a mayor cantidad y calidad habrá menor espacio para las

³¹ Supra cit. p.19.

generalizaciones contextuales y la construcción de las inferencias probatorias deberán ser mayores, permitiendo un mejor contraste de las hipótesis en competencia y una mejor conclusión.³²

4.2.4 Apoyo estadístico y solidez empírica en las específicas generalizaciones

Como cuestión previa, los estereotipos espurios, aquellos que carecen de base estadística, no pueden tener cabida alguna en las inferencias probatorias. Pero no solo deben ser descartados aquellos estereotipos que cuentan con evidencia contraria a la descripción del estereotipo, (incorrectos o falsos) sino también aquellos respecto de los cuales no existe información estadística (estereotipo insostenible). En ambos casos, carecen de soporte cognitivo, i.e., no ofrecen conocimiento acerca del grupo social ni de sus miembros.³³

Es posible que ciertos estereotipos puedan funcionar en ocasiones como generalizaciones, pero deben estar respaldados por información estadística verificable, lo que implica que describan características efectivamente presentes en el grupo analizado, pero esto solo importa, que *es más probable* que un miembro del grupo posea el rasgo que le atribuye el estereotipo a que lo posea alguien que no pertenece al grupo.

Se debe enfatizar que la validez estadística no garantiza su aplicabilidad a todos los individuos del grupo, es decir, no garantiza su *veracidad*, solo importa probabilidad.

4.2.5. Relevancia y selección de la generalización

La actividad de generalizar ofrece al juez una serie de opciones que obligan a la selección. Dicha selección debe estar justificada racionalmente garantizando que su aplicación sea la más adecuada para describir la realidad del caso.

Uno de los criterios fundamentales para seleccionar una generalización es su *relevancia*, lo que implica evaluar su especificidad y adecuación al caso concreto. Arena (2023: 102) destaca la importancia de este elemento en la evaluación del rendimiento epistémico, ilustrándolo con un ejemplo basado en datos estadísticos: las mujeres chilenas obtienen peores resultados que los hombres en los exámenes de matemáticas para el ingreso a las universidades. Esta generalización solo tendría valor epistémico si se aplica a una mujer chilena que haya rendido dicho examen, lo que resalta la necesidad de una aplicación precisa y contextualizada de las generalizaciones.

Otro criterio de selección es el de *solidez*, planteado por Limardo (2021: 148), quien sostiene que una generalización válida debe prevalecer sobre otra en competencia cuando proporciona una aproximación más probable a la realidad. Sin embargo, el criterio de la especificidad de la generalización también es determinante a mi juicio en relación con su confiabilidad.

³² A partir de este criterio, conforme al principio normativo de la perspectiva de género y el principio de oficialidad en el ámbito laboral, es posible y necesario utilizar activamente los poderes probatorios del juez en ámbitos en que las partes no hayan ofrecido prueba. Acerca de este punto me parece que es posible desarrollar una interesante investigación y propuesta para un próximo trabajo.

³³ Supra cit. p. 21- 22.

Schauer (2003: 151-154) señala que, cuando las generalizaciones involucran *categorías sospechosas*, incluso si poseen respaldo empírico, deben ser descartadas o ceder frente a otras más adecuadas. Esto se debe a que tales generalizaciones pueden enmascarar prácticas discriminatorias, lo que las hace *moralmente inadecuadas*.

Como fue bosquejado, Arena plateó esta cuestión, a propósito del deber de *tratar a una persona como un individuo*, en donde, si la exigencia es moral, el deber de tratar a otros como individuos surgirá incluso en los casos en que el uso de estereotipos puede producir beneficios epistémicos, cuando la información que transmite el estereotipo es precisa.

De acuerdo con la incorporación y definición de la perspectiva de género en el Código del Trabajo, cualquier generalización que perpetúe una situación discriminatoria, aun cuando cuente con respaldo estadístico, deberá ser descartada, y en casos de conflicto deberá priorizarse aquella que garantice la igualdad y la no discriminación, aun cuando la generalización en competencia cuente con respaldo empírico. Esta conclusión obedece a que la perspectiva de género opera como un *principio normativo de supremacía axiológica*, cuya aplicación predomina sobre otras consideraciones en su interpretación. De esta manera el criterio de selección, en un primer término, ha de ser epistemológico y luego normativo, conforme al actual artículo 2° del Código del Trabajo.

Aplicación en una sentencia laboral³⁴

Veamos un ejemplo concreto de selección de generalizaciones en una sentencia laboral en la que un trabajador, L.A.P.A., demanda a su ex empleador tras ser despedido bajo la causal del artículo 160 N° 1 f) del Código del Trabajo (acoso laboral). El demandante impugna el despido alegando que fue injustificado.

La carta de despido establece que la decisión se basó en una investigación interna que confirmó el acoso laboral ejercido por el demandante. Dicho acoso consistió en críticas reiteradas a la vida privada, afectiva y sexual del denunciante, comentarios ofensivos y persistentes en espacios comunes y en su puesto de trabajo. La investigación concluyó que el acoso se encontraba en una fase avanzada (fase de exclusión), lo que llevó al denunciante a aislarse del grupo laboral y a requerir apoyo psicológico.

Durante el juicio, se acreditó que ambos trabajadores desempeñan en el rubro de la construcción y que el demandante, de manera sistemática, profirió insultos contra su compañero, tales como: “Que andai con un maricón culiao y más encima te está cagando”; “habiendo mujeres y voh andai con un maricón culiao”; “eres hombre y andai con un maricón” y “Voh también soy maricón culiao igual que el otro” (sic), tras haber revelado su orientación sexual.

³⁴ Sentencia Rit O-24-2020 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Linares.

A pesar de que la sentencia reconoció la existencia de expresiones "soeces, grotescas e impertinentes", en su considerando decimotercero justificó dichos actos, argumentando que:

"Para ponderar los insultos proferidos por un trabajador a otro, debemos atender al contexto y a las circunstancias que rodearon el hecho, considerando aspectos como el nivel cultural, académico y social de las personas, e incluso el tipo de labores realizadas y el sexo de los trabajadores. En ciertos rubros de la actividad económica, como la construcción, donde trabajan mayoritariamente hombres, su forma de tratarse podría resultar grotesca y hostil para alguien ajeno al rubro. Sin embargo, para quienes trabajan en ese entorno, ciertas bromas o garabatos pasarán desapercibidos y no serán considerados ofensivos, a diferencia de lo que ocurriría en otro contexto. El derecho laboral, por su carácter esencialmente realista, no puede desatender esta realidad".

En este razonamiento se advierte la prevalencia de una generalización: "En ambientes altamente masculinizados y con escasos niveles educativos, es permisible proferir insultos". Esta generalización cuenta con base estadística en al menos dos componentes, el ámbito de la construcción es el de mayor brecha ocupacional en relación con las mujeres en Chile, y el perfil del obrero cuenta con brechas significativas en competencias y habilidades básicas en comparación con alumnos del área científico humanista. Que el trato que entre ellos se dispense exista mayor laxitud en términos de educación y cortesía podría ser una cuestión objeto de prueba estadística, sin embargo, obedece más bien a una construcción de "sentido común".

No obstante, esta generalización no considera el individuo involucrado y destinatario del trato soez, desatiende por tanto las generalizaciones: "La orientación sexual es una categoría sospechosa históricamente discriminada"; "los insultos reiterados y permanentes basados en la orientación sexual de una persona constituyen una vulneración a la dignidad y al principio de no discriminación".

Conforme al principio normativo de la perspectiva de género, las primeras generalizaciones deberían ser descartadas pues no se condice con el principio de igualdad y no discriminación.

4.2.6. Explicitación de las generalizaciones

En el razonamiento judicial, las generalizaciones utilizadas deben ser explicitadas para permitir su control y análisis crítico, especialmente en casos donde existen contradicciones entre las partes, y cuando el decisor de los hechos estime que la generalización involucrada posee importancia (Limardo, 2021:149). A estos dos criterios estimo que debe añadirse la necesidad de explicitación en todos aquellos casos que involucren categorías sospechosas como el género:

"En las materias en que se hace imprescindible el enfoque de género resulta especialmente relevante la explicitación del razonamiento probatorio..., pues la existencia de sesgos heteropatriarcales y machistas impregnan todo ámbito del tejido

social incluido el proceso judicial, por lo que resulta fundamental la elección de las máximas de la experiencia de que se va a servir el razonamiento probatorio inferencial, tanto en la valoración individual de los elemento de juicio, como en la conjunta...” (Araya, 2024: 401)

Es efectivo que es prácticamente imposible explicitar cada una de las bases de nuestro razonamiento. sin embargo, categorías sospechosas como el género obligan a la judicatura a realizar un esfuerzo adicional dada la relevancia de sus consecuencias.

5. Conclusiones

La incorporación de la *perspectiva de género* en el artículo 2° del Código del Trabajo constituye un principio normativo de carácter vinculante, que debe permear la interpretación y aplicación del derecho laboral. Su implementación enfrenta desafíos significativos para los operadores del sistema, especialmente en el ámbito probatorio, dado que es necesario dotar de contenido concreto a su aplicación.

El presente trabajo es un aporte muy modesto, relacionado con el momento de la valoración de la prueba por el juez, específicamente el uso de las máximas de la experiencia, cuyo rol es esencial, pues trata del “pegamento” entre dos enunciados, uno que da cuenta de un elemento de prueba con otro que se refiere a los hechos a probar, que exigen atención, particularmente cuando, no son explicitadas o están conformadas por estereotipos que distorsionan los fines epistémicos del procedimiento judicial.

Esta cuestión es especialmente relevante en el ámbito laboral, pues las relaciones entre empleador y trabajador se construyen sobre una subordinación y asimetría de poder, que supone el sometimiento de la persona del trabajador o trabajadora al poder empresarial, como una ruptura al principio de igualdad. En este contexto se inserta la mujer, como grupo históricamente discriminado y caracterizado precisamente por una desigualdad estructural, que carga con una serie de estereotipos que perjudican su posición.

Esta circunstancia supone una mayor exposición y vulnerabilidad de este grupo, ante este espacio de poder y sus diversas manifestaciones, lo que ha sido identificado por el legislador y de allí que haya decidido consagrarlo específicamente.

Aún queda un largo camino por recorrer, pero lo importante es dar el primer paso.

BIBLIOGRAFIA

- Anderson, Terence; Twining, William y Schum, David** (2015): *Análisis de la Prueba*. Madrid, Marcial Pons, (traducción de Flavia Carbonell y Claudio Agüero).
- Arena, Federico** (2023) La incidencia de estereotipos en la determinación de los hechos. Criterios para la evaluación de su rendimiento epistémico. En *Revista Justicia con Perspectiva de Género* N° 3, Secretaría Técnica Igualdad de Género y no discriminación, Poder Judicial de Chile, pp. 97-106.
- Arena, Federico** (2016): “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual” en *Revista de derecho*, Vol XXIX N° 1, pp. 51-75.
- Arena, Federico** (2024): “La pragmática de los estereotipos y el enmascaramiento de la individualidad. Obstáculos para el acceso a la justicia”. En M.C. Barranco y F.J. Ansuátegui Roig (eds.), *Cultura jurídica y barreras en el acceso a la justicia*, Tirant Lo Blanch, Madrid, pp. 123-152.
- Arena, Federico** (2022): “Estereotipos y hechos en el proceso” en *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*, Federico Arena (coord.) México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. pp 217-244.
- Araya, Marcela** (2020): “Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 32, pp. 35-69.
- Araya, Marcela** (2024): “La exigencia de motivación como antídoto contra los estereotipos de género en un sistema racional de valoración probatoria”, en *Género, Justicia y Proceso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 377-421.
- Benhabib, Seyla** (1990): “El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría feminista”, en *Teoría Feminista y teoría crítica*, Seyla Benhabib y Drucilla Cornela (eds.), Valencia, Ediciones Alfons el Magnanim-Instituto de Estudios e Investigación de Valencia, pp.119-150.
- Bilbao Ubillos, Juan María y Rey Martínez, Fernando** (2003): “El principio constitucional de igualdad en la Jurisprudencia Española” en *El principio constitucional de igualdad*, Miguel Carbonell (coord.), México, pp.105-202.
- Carbonell, Flavia** (2018): “Sana crítica y razonamiento judicial”, en *La sana crítica bajo sospecha*, Johan Benfeld y Jorge Larrocau (eds.), Valparaíso, Ediciones Universidad de Valparaíso, pp.35-47.
- Carbonell, Flavia** (2024): Prólogo, en *Género, Justicia y Proceso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 13-17.
- Carmona, Encarna** (2018): “Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género”, *UNED. Teoría y realidad Constitucional*, núm.42, pp.311-334.
- Casas, Lidia** (2023): “La tutela de derechos fundamentales: estudio de demandas por acos moral de mujeres en cuatro tribunales del Trabajo de Chile” en *Revista de Derecho*, Vol. XXXVI N° 2, pp 63-185

Chile Mujeres Fundación, Observatorio del Contexto Económico, BID (2024): Estudio Anual 2023 Zoom de Género. Disponible en: <https://www.chilemujeres.cl/wp-content/uploads/2024/03/Informe-Anual-2023-Zoom-de-Genero.1.pdf> [fecha ultima consulta 03 de marzo de 2025]

Coddou, Alberto (2019): “La igualdad en la Constitución que queremos”, en *La Constitución que queremos*. En Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.), Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 243-280.

Coddou, Alberto (2021): “Derecho a la igualdad ante la ley”, en *Curso de derechos fundamentales*. Jaime Bassa Mercado, Juan Carlos Ferrada Bórquez y Christian Viera Álvarez (eds.), LOM ediciones, Santiago de Chile, pp. 157-194.

Coloma, Rodrigo y Agüero, Claudio (2014): “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41 N° 2, pp. 673-703.

Cook, Rebecca J. y Cusack, (2010): *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*. University of Pennsylvania Press, (Traducción por Andrea Parra).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003): *Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 de septiembre de 2003. Disponible en : https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf [fecha última consulta 17 de marzo de 2025]

De Beauvoir, Simone (2016): *El Segundo Sexo*. Buenos Aires: Contemporánea. (Traducción de Juan García Puente).

Dei Vecchi, Diego (2019): *El carácter presuntivo de las presunciones absolutas*. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 38/2019, Open Edition Journals.

Ferrer, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Gama, Raymundo (2019): “Prueba y perspectiva de género; un comentario crítico”, en *Quaestio facti*. *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, V. 1, pp. 285-298.

Gamonal, Sergio y Guidi, Caterina (2012), *Manual del Contrato de Trabajo*, 3° Edición, revisada y actualizada. Abeledo Perrot. Legal Publishing Chile.

González Lagier, Daniel (2007): “Hechos y conceptos”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 15. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/ejemplar/154786>. [fecha ultima consulta 10 de marzo de 2025]

González Lagier, Daniel (2005): *Quaestio facti, Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima-Bogotá: Temis.

Guastini, Riccardo (2014): *Interpretar y Argumentar*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Haack, Susan (1998): *Manifesto of a Passionate Moderate Unfashionable Essays*. University of Chicago Press.

Igartua, Juan (2003): *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: CEPC.

Irureta, Pedro (2023): *Derecho del Trabajo Chileno. Derecho individual*. Valencia: tirant lo blanch.

- Limardo, A.** (2021): “Repensando las máximas de experiencia”, en *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (2), pp. 115–154. Disponible en: https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22464. [fecha ultima consulta 17 de marzo de 2025]
- Lippel, Katherine** (2018): “Conceptualising Violence at the Workplace Through a Gender Lens. Regulation and Strategies for Prevention and Redress”, *University of Oxford Human Rights journal Hub* 1. pp. 1-43.
- Morondo, Dolores** (2022). Estereotipos, interseccionalidad y desigualdad estructural. En *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*, Federico Arena (coord.) México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. pp 141-178).
- Muñoz, Fernando** (2013): pp. 203. “No a separados pero iguales en Chile: Un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 11, N° 2, pp. 201-228.
- OECD** (2021): *Igualdad de género en Chile: Hacia una mejor distribución del trabajo remunerado y no remunerado*, OECD Publishing, Paris. Disponible en <https://doi.org/10.1787/c7105c4d-es>. [fecha ultima consulta 17 de marzo de 2025]
- O’Neill, Onora** (1993): “Justice, Gender and International Boundaries”, en *The Quality of Life*, Amartya Sen, Martha Nussbaum (eds.), Oxford, Oxford University Press, pp. 302-323.
- Poyatos, Gloria** (2019): “Juzgar con perspectiva de género: Una metodología vinculante de justicia equitativa”, en *Iqual. Revista de Género e Igualdad*, 2, pp. 1-21.
- Ricoy, Rosa María** (2015): “Juzgar con perspectiva de género: Fundamento”, en J. Fabra Zamora y A. Núñez Vaquero (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México: UNAM, pp. 459-499.
- Schauer, Frederick** (2003): *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge, Mass-London: Harvard University Press.
- Schum, D.** (1984): *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. Illinois: Northwestern University Press.
- Supiot, Alain** (2008): *El derecho del trabajo*. Buenos Aires: Heliasta.
- Taruffo, Michele** (2010): *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons.
- Toulmin, STEPHEN E.** (2007): *Los usos de la argumentación*. Barcelona. Ediciones Península, (traducción de María Morrás y Victoria Pineda).
- Twining, William** (1999): “Narrative and Generalizations in Argumentation about Questions of Fact”, en *40 South Texas L. Rev.*, pp. 351.
- Ugarte, José Luís.** (2023): *Derecho del trabajo: Invención, teoría y crítica*. Valencia: tirant lo blanch.