

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

**La prueba del acoso laboral o mobbing en el ordenamiento jurídico peruano**

**Trabajo Académico para optar por el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

**AUTOR**

William Quispe Lovatón

**ASESOR**

David José Campana Zegarra

**CODIGO DEL ALUMNO**

20204288

**2020**

## RESUMEN

En el presente trabajo académico se analiza la configuración del acoso laboral o mobbing, se explica cuáles son las razones por las cuales existe una dificultad probatoria cuando se pretende demostrar la ejecución de esa conducta en un proceso laboral. Asimismo, se analiza la regulación de la carga de la prueba del acoso laboral o mobbing en el ordenamiento jurídico peruano, a partir de las disposiciones contenidas en la Ley N° 29497 (Nueva Ley Procesal del Trabajo) y, además, se realiza un análisis sobre su regulación en el derecho comparado, a partir del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales regulado en Chile y España. En virtud al desarrollo temático expuesto, se alcanza el objetivo principal del presente trabajo académico, consistente en proponer los medios probatorios que demuestren de manera idónea la configuración de dicha conducta; concluyendo que existen cuatro (04) medios probatorios útiles que pueden ser ofrecidos a la demanda para demostrar el acoso laboral o mobbing, en específico: i) La pericia que contiene el detalle y relación de causalidad del daño alegado por la víctima, ii) Los documentos, iii) La declaración testimonial y iv) La declaración de parte, teniendo cada uno de ellos características propias que permiten su valoración objetiva.

## INDICE DE CONTENIDO

Introducción.....	4
1. El acoso laboral o mobbing y su actividad probatoria .....	6
1.1. Configuración del acoso laboral o mobbing .....	6
1.2. La prueba del acoso laboral o mobbing: ¿Existe dificultad probatoria?.....	10
2. La carga de la prueba del acoso laboral o mobbing .....	14
2.1. Regulación en la legislación peruana: Análisis de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo .....	14
2.2. Regulación en el derecho comparado: El procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales .....	20
2.2.1. El procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales de Chile ...	22
2.2.2. El procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales de España 24	
2.3. Síntesis del análisis comparativo .....	28
3. Estrategia probatoria del acoso laboral o mobbing .....	31
3.1. Elementos que se deben probar o indicios que se deben aportar en el acoso laboral o mobbing.....	31
3.2. Medios probatorios idóneos para probar el acoso laboral o mobbing .....	33
Conclusiones.....	42
Bibliografía.....	44

## INTRODUCCION

En fecha 21 de junio del 2019 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó el Convenio N° 190 y la Recomendación N° 206 cuyo enfoque consiste en la eliminación de la violencia y acoso en el trabajo. Cabe precisar que el convenio y recomendación regulan por primera vez la configuración de actos de violencia y acoso de carácter psicológico en las relaciones laborales, es decir, el acoso laboral o mobbing.

Pese a que Perú no ratificó el Convenio N° 190 de la OIT y tampoco cuenta con una norma jurídica específica a través de la cual se regule expresamente la prevención y/o sanción del acoso laboral o mobbing, de acuerdo a Blancas nuestro ordenamiento jurídico garantiza la protección frente al acoso laboral o mobbing mediante tres (03) tipos de tutela; a saber, tutela preventiva, tutela administrativa y tutela reparadora (2007: 129-168).

Sin embargo, considerando que el acoso laboral o mobbing implica la ejecución de una conducta reiterada, sistemática, prolongada y, además, requiere intencionalidad por parte del agresor o grupo de agresores, es posible que las víctimas de acoso laboral o mobbing presenten dificultades para acreditar la configuración plena de esa conducta, más aún si se advierte el ánimo perverso y oculto que acompaña su ejecución.

No se debe perder de vista que la prueba del acoso laboral o mobbing reviste trascendental importancia toda vez que, si la actividad probatoria desplegada por la víctima no logra cumplir su finalidad, es decir, demostrar la configuración fehaciente del acoso laboral o mobbing, la tutela que le pueda ser garantizada por el ordenamiento jurídico no será efectiva.

En atención a ello, en el presente trabajo académico se analiza en qué consiste el acoso laboral o mobbing, específicamente sus características y clases, para de este modo explicar cuáles son las razones por las cuales existe una dificultad probatoria, cuando se pretende demostrar la ejecución de esa conducta.

Asimismo, se analiza la regulación de la carga de la prueba del acoso laboral o mobbing en el ordenamiento jurídico peruano, a partir de las disposiciones contenidas en la Ley N° 29497

(Nueva Ley Procesal del Trabajo) y además se realiza un análisis conciso sobre su regulación en el derecho comparado, a partir del a partir del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales regulado en Chile y España.

Los temas expuestos permiten alcanzar el objetivo principal del presente trabajo académico, consistente en determinar los elementos que se deben probar o indicios que se deben aportar en el acoso laboral o mobbing y específicamente, proponer los medios probatorios que demuestren de manera idónea la configuración de dicha conducta.



## CAPITULO I

### 1. EL ACOSO LABORAL O MOBBING Y SU ACTIVIDAD PROBATORIA

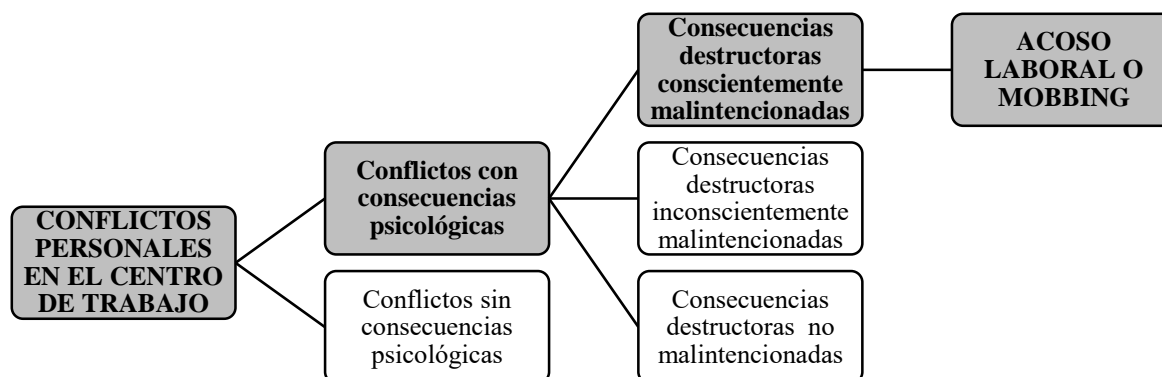
#### 1.1. CONFIGURACION DEL ACOSO LABORAL O MOBBING

Etimológicamente, el término mobbing proviene del verbo inglés *to mob*, el cual se refiere a la acción de asediar o acosar a alguien (Cambridge: 2020). Cabe precisar que un primer momento, dicho término fue estudiado por la etología para describir la similitud existente entre comportamientos animales y humanos. Es así que, en virtud de ello se encontró semejanzas en la aceptación o rechazo de miembros ajenos a un grupo y además se descubrió como acción cotidiana, el rechazo a los miembros nuevos.

En el ámbito laboral, Molero afirma que el acoso laboral o mobbing no tomó importancia sino hasta comienzos de la década de los años ochenta con la publicación en Suecia de un reporte sobre salud y ambiente de trabajo en el cual se expuso los primeros resultados de un estudio realizado en la psicología del trabajo por Leymann y Gustavsson, a quienes se atribuye la iniciativa científica sobre la materia (2008: 340-341)

A partir de ello, Oliveira explica que los conflictos personales en el centro de trabajo pueden dividirse en: i) Conflictos que no presentan consecuencias psicológicas y ii) Conflictos que presentan consecuencias psicológicas; entre ellas, consecuencias destructoras no malintencionadas, entre ellos el estrés y la ansiedad, consecuencias destructoras inconscientemente malintencionadas, como la erotomanía y consecuencias destructoras conscientemente malintencionadas, en que se incluye el acoso laboral o mobbing (2005: 59-68). Esa clasificación se detalla en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 01



**Fuente:** OLIVEIRA 2005: 59-68.

De este modo, considerando que el acoso laboral o mobbing configura un conflicto personal en el centro de trabajo cuyas consecuencias son destructoras y conscientemente malintencionadas, corresponde establecer su definición. Al respecto, la doctrina especializada considera que el acoso laboral o mobbing es el fenómeno, por el que “una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona acabe abandonando el lugar de trabajo” (Abajo 2010: 8).

Con la finalidad de distinguir esa conducta de otras similares, Blancas enseña que el acoso laboral o mobbing se caracteriza por: i) Ser una conducta abusiva y hostil por parte del empleador, sus jefes, superiores o los compañeros de trabajo de la víctima, ii) Tener carácter reiterado y sistemático, iii) Tener carácter prolongado y iv) Ejecutarse de manera deliberada para humillar y denigrar al trabajador. Asimismo, afirma que el acoso laboral o mobbing genera efectos en la salud de la víctima, principalmente, daños psíquicos y psicosomáticos y en su trabajo, principalmente la dimisión o abandono del trabajo (2007: 21-34).

Asimismo, corresponde señalar que a nivel doctrinario se plantean tres (03) tipos o clases de acoso laboral o mobbing. Al respecto, Abajo sostiene la coexistencia de: i) El acoso laboral o mobbing horizontal (entre pares) ejercido contra uno o varios trabajadores, por parte de uno o varios compañeros de similar nivel jerárquico dentro de la organización, ii) El acoso laboral o mobbing vertical descendente, ejercido por quien ostenta una determinada condición de poder sobre uno o varios trabajadores situados en un nivel inferior de la escala jerárquica y la pirámide organizacional y iii) El acoso laboral o mobbing vertical ascendente, en la que una persona que ocupa un cierto grado jerárquico de tipo superior dentro de la organización es acosada por uno o varios de sus subordinados (2010: 19).

Se debe advertir que nuestro país a la fecha no regula una norma jurídica específica a través de la cual, se regule la prevención y/o sanción de acoso laboral o mobbing. Sin embargo, compartimos la opinión de Blancas en el sentido que nuestro ordenamiento jurídico garantiza la protección frente al acoso laboral o mobbing mediante tres (03) tipos de tutela, a saber, tutela preventiva, tutela administrativa y tutela reparadora. Es así que, dentro de esta última resalta la existencia de la tutela restitutoria de derechos fundamentales, ejercida mediante la acción de amparo y el cese de actos de hostilidad; y la tutela resarcitoria de derechos fundamentales, ejercida mediante la acción indemnizatoria por despido indirecto y la responsabilidad civil por daños y perjuicios (2007: 129-168).

Por otra parte, debemos resaltar que el acoso laboral o mobbing recientemente fue regulado en el ordenamiento jurídico internacional. En efecto, en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del pasado 21 de junio del 2019 se adoptó el Convenio N° 190 y la Recomendación N° 206 relacionados a la eliminación de la violencia y acoso en el trabajo. Es así que el artículo 1 del convenio establece que “la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”.

Es decir, de acuerdo al artículo 1 del Convenio N° 190 de la OIT la expresión acoso en el trabajo incluye comportamientos que generan daño psicológico, acepción normativa que coincide con la definición del acoso laboral o mobbing. Por otra parte, si bien se establece que la expresión acoso se materializa a través de comportamientos manifestados “una sola vez o de manera repetida” consideramos que en el ámbito laboral existen conductas de acoso que efectivamente no requieren un carácter reiterativo para su configuración, tales como los actos de hostilidad o el hostigamiento sexual. Sin embargo, ello no se configura en el acoso laboral o mobbing, ya que precisamente el carácter reiterativo nos permite diferenciar esa conducta de otros tipos de acoso en el ámbito laboral.

Por otra parte, el artículo 2 del Convenio N° 190 de la OIT regula un marco omnicompreensivo de protección en relación al acoso laboral o mobbing, toda vez que dentro de su ámbito de aplicación subjetiva incluye a “trabajadores y otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales, así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador” y además, a “todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales”.

De manera concordante, el artículo 9 del Convenio N° 190 de la OIT establece la obligación de “adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular, en la medida en que sea razonable y factible (...) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo”.

Por tanto, pese a que Perú aun no ratificó el Convenio N° 190 de la OIT es posible afirmar que a la fecha ya existe un marco normativo nacional e internacional (pendiente de ratificación) que garantiza la tutela de los derechos fundamentales de las víctimas de acoso

laboral o mobbing, la cual se manifiesta, a través de: i) Un ámbito subjetivo de aplicación omnicompreensiva y ii) La obligación de regular la prevención de dicha conducta, a través de una norma jurídica que considere los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo.

## **1.2. LA PRUEBA DEL ACOSO LABORAL O MOBBING: ¿EXISTE DIFICULTAD PROBATORIA?**

La dificultad probatoria en un proceso de acuerdo a Hunter se configura a partir de la ocurrencia indistinta de los siguientes supuestos: i) La existencia de hechos que por su naturaleza compleja o por identificación legal resulten particularmente difíciles de acreditar debido a la inexistencia de materialidad y exteriorización (tales como hechos psíquicos, intenciones, hechos negativos) o difíciles de establecer mediante prueba directa (tales como hechos íntimos, complejos, hechos antiguos, hechos futuros, hechos técnica o científicamente complicados, etc.), ii) La existencia de hechos que no dejan efectos o dejan efectos débiles, de modo que solo es posible alcanzar corroboraciones periféricas no concluyentes y iii) La lejanía y relación de las partes con los medios de prueba y con el dominio acerca de los hechos que constituyen el objeto del litigio, es decir, cuando las fuentes de prueba son conocidas o están a disposición de la parte que no tiene la carga de probar un hecho, o cuando se ignora el dato fáctico que debe ser alegado (Hunter: 2015)

De este modo, a partir de la definición y características del acoso laboral o mobbing, podemos advertir que para la configuración de dicha conducta lesiva resulta necesario valorar que ella tenga carácter reiterado, sistemático y prolongado (hecho que permite evaluar su potencialidad lesiva) y además valorar la conducta intencional del agresor o grupo de agresores. Es decir, la propia naturaleza del acoso laboral o mobbing supone la configuración de dificultad probatoria, toda vez que esta conducta en la mayoría de casos se ejecuta a través de hechos complejos no materializados ni exteriorizados, difíciles de establecer mediante prueba directa; y sobre todo por la relación distante que tiene la víctima con los medios de prueba.

No se debe perder de vista que, de acuerdo a Díaz los elementos del acoso laboral o mobbing que se deben probar son dos (02): i) La finalidad del hostigamiento, es decir que el propósito del agresor sea perjudicar la integridad psicofísica y ii) La existencia de daños psíquicos o físicos, toda vez que los efectos del acoso laboral o mobbing, pueden ser distintos de acuerdo a la víctima que afronta ese tipo de conductas (2007: 25). En esa línea de análisis, Molero afirma existen cuatro aspectos materia de actividad probatoria en el acoso laboral o mobbing, a saber: i) Los actos, ii) La sistematicidad, iii) La potencialidad en la verificación de los efectos y iv) La intencionalidad de la conducta; en virtud de ello, concluye que “si bien la prueba de los actos y su sistematicidad deberán ser efectuadas por el trabajador agredido a través de los distintos medios probatorios que considere pertinentes, la potencialidad de los efectos, así como la intencionalidad de los mismos son elementos cuya probanza importaría una carga excesiva para la parte afectada” (Molero 2008: 359).

Al respecto, consideramos que la dificultad probatoria también se materializa al pretender demostrar los propios actos de acoso laboral o mobbing. En efecto, en la mayoría de casos la modalidad de acoso desplegada por el agresor o grupo de agresores es intencionalmente oculta, premeditada y calculada. Además, en estos casos la agresión se ejecuta generalmente cuando la víctima se encuentra sola, es decir, sin la presencia de otras personas o compañeros de trabajo, lo cual evidentemente limita la actividad probatoria de la víctima, ya que los actos ejecutados contra ella no son exteriorizados y suponen la inexistencia de un testigo o grupo de ellos que puedan corroborar o dar por ciertas las afirmaciones de la víctima. Incluso puede darse el caso de aquel testigo o grupo de ellos que, pese a tener conocimiento de la agresión ejecutada contra la víctima, decidan no formular declaración para evitar problemas personales y/o laborales en la institución en la que prestan servicios.

Esta afirmación es ratificada por Piñuel al afirmar que el acoso laboral o mobbing tiene una característica diferencial respecto otros tipos de violencia en el centro de trabajo, toda vez que el acoso laboral o mobbing busca no dejar rastro, ni señales externas, con excepción del deterioro de la víctima. “Se trata por ello de un crimen limpio del que no queda huella y en el que la carga de la prueba suele resultar complicada y costosa. Es un asesinato limpio del que no queda ni rastro” (Piñuel 2001: 56)

En esta línea de análisis, Babugia sostiene que “el problema de la prueba se vuelve casi diabólico en el tipo de acoso perverso debido a la sutileza con que el hostigador cercena y doblega a su víctima, obviamente quien ejerce ese tipo de acoso es una persona hábil e inteligente y logra que sus espectadores creen lo que él quiere respecto de la víctima que pretende eliminar. Es una forma de perversión dentro de la organización del trabajo; estamos aquí frente al psicópata organizacional por excelencia” (2018: 134).

Se debe tener en cuenta que la ejecución del acoso laboral o mobbing distingue actos plenamente identificables (por ejemplo, comportamientos exteriorizados por el agresor o grupo de agresores) los cuales pueden ser registrados en documentos o testimonios y actos no identificables (por ejemplo, comportamientos ocultos) que evidentemente no pueden ser registrados. Sin embargo, ello no significa que los actos plenamente identificables no revistan complejidad probatoria, pues como se explicó oportunamente, esta se relaciona incluso al carácter sistemático e intencional de las conductas de acoso laboral o mobbing. En virtud de ello, consideramos incorrecto clasificar los actos de acoso laboral o mobbing de acuerdo al nivel de complejidad probatoria.

Por ello, basta afirmar que los actos de acoso laboral o mobbing en sí, revisten dificultad probatoria, evidentemente algunos en mayor medida que otros, debido a: i) La necesidad de valorar su carácter reiterado, sistemático y prolongado, ii) La necesidad de valorar la conducta intencional del agresor o grupo de agresores, iii) Su ejecución a través de hechos complejos no materializados ni exteriorizados, difíciles de establecer mediante prueba directa; y iv) La relación distante que tiene la víctima con los medios de prueba.

Debemos advertir que en algunos supuestos la exigencia rígida de medios probatorios impuesta a la víctima, incluso puede suponer que las demandas relacionadas al acoso laboral o mobbing sean desestimadas. A manera de ejemplo, podemos citar la Sentencia 18.754/2005 de fecha 10 de octubre del 2007 emitida por el Juzgado Nacional 1º Instancia de Trabajo N° 27 de Buenos Aires a través de la cual, se determinó lo siguiente: “ (...) desde ya dejo adelantado que, en mi apreciación, no obran en la causa suficientes elementos de convicción

que permitan deducir que la empleadora, efectivamente, desplegó hacia el reclamante una conducta de acoso o de violencia laboral que pueda tomar precedente la reparación perseguida (...) y en el caso ninguna prueba se aportó con aptitud para demostrar, ni siquiera en un nivel presuncional que la resolución patronal tuviera por objeto el desgaste psicológico del demandante para lograr su alejamiento de la comunidad empresarial”

No se debe perder de vista que el artículo 8 del Convenio N° 190 de la OIT regula la obligación de adoptar medidas apropiadas para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, entre ellas adoptar medidas para proteger de manera eficaz a personas expuestas al acoso laboral o mobbing. En virtud de ello, advertimos que la protección eficaz a las personas expuestas a esa conducta puede ser garantizada, determinando los elementos y/o indicios del acoso laboral o mobbing y específicamente, proponer medios probatorios que demuestren de manera idónea la configuración de dicha conducta. Por tanto, a fin de alcanzar dicho objetivo corresponde analizar la carga de la prueba que –a nivel normativo– se exige a la víctima de acoso laboral o mobbing tanto en el derecho interno (a partir de los alcances de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo) como en el derecho comparado.

## CAPITULO II

### 2. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL ACOSO LABORAL O MOBBING

#### 2.1. REGULACION EN LA LEGISLACION PERUANA: ANALISIS DE LA LEY N° 29497, NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Conforme precisamos oportunamente, frente al acoso laboral o mobbing nuestro ordenamiento jurídico garantiza una tutela reparadora restitutoria (ejercida mediante la acción de amparo y el cese de actos de hostilidad) y una tutela reparadora resarcitoria (ejercida mediante la acción indemnizatoria por despido indirecto y la responsabilidad civil por daños y perjuicios). Al respecto, consideramos que ese marco de protección frente al acoso laboral o mobbing se extendió a partir de la vigencia de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT) norma jurídica que en su artículo 2 (literal c, numeral 1) regula de manera expresa el cese de actos de acoso moral como una pretensión bajo competencia de los juzgados especializados de trabajo.

Ese dispositivo normativo concreto confirma que pese a la inexistencia de una norma sustantiva que regule de manera específica la prevención y/o sanción del acoso laboral o mobbing, nuestro ordenamiento garantiza su tutela reparadora a través de una norma adjetiva (NLPT) mediante la pretensión de cese de actos de acoso laboral o mobbing. En atención a ello, corresponde abordar los alcances generales del derecho a la prueba y a partir de ello, analizar la carga de la prueba que exige NLPT a quienes formulan pretensiones vinculadas al acoso laboral o mobbing en el proceso ordinario laboral.

Para tal efecto, debemos partir por considerar que al surgir un conflicto de intereses no basta que las partes formulen afirmaciones, ya que ellas necesariamente deben generar certeza sobre aquellas, siendo precisamente la prueba el instrumento que les permite alcanzar ese objetivo. En efecto “probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez los hechos” (Devis 1981: 34).

Se debe tener en cuenta que mediante sentencia emitida en el expediente N° 6712-2005-HC/TC, el Tribunal Constitucional determinó que el derecho a probar: i) Constituye una manifestación del debido proceso y ii) Configura un derecho complejo, es decir, compuesto por distintos elementos los cuales se detallan a continuación:

“Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa”.

“(…) el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado”

(Resaltado nuestro)

Una de las instituciones estrechamente vinculadas con el derecho a probar es la carga de la prueba. Al respecto, Devis enseña que esta institución distingue dos (02) reglas: i) Una dirigida al Juez que le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión y ii) Una regla dirigida a las partes que determina los hechos que les interesa probar para no verse afectados con una decisión en su contra (1981: 424). Por ello, define a la carga de la prueba como “una noción procesal que contiene una regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez, cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión,

e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse consecuencias desfavorables” (Devis 1981: 426).

Es importante mencionar que en el proceso laboral la carga de la prueba cumple la misma función común a cualquier proceso, es decir, actúa como regla dirigida al Juez que le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos y a la vez como regla dirigida a las partes que indica los hechos que deben probar. En efecto, al revisar el artículo 23 de la NLPT advertimos la carga de la prueba en el proceso laboral se rige por una regla general aplicable de manera indistinta a todas las partes intervinientes en el conflicto; y además reglas especiales, aplicables de acuerdo a la condición del sujeto (trabajador o empleador) y su calidad de interviniente en el conflicto (demandante o demandado).

En relación a la primera de ellas (regla general de la carga de la prueba) el artículo 23 (numeral 23.1) de NLPT dispone que el/la que alega un hecho tiene la carga de probarlo, siendo para ello irrelevante tener la condición de demandante, demandado o la calidad de trabajador o empleador. La regla es muy clara, si alguien aporta un hecho asume la carga de probarlo; por ello, si después de realizada la valoración conjunta de los medios probatorios el hecho no queda probado, conforme a la regla general mencionada el Juez emitirá sentencia considerado como no cierto el hecho afirmado.

Sin embargo, bajo el mandato de esa regla general es posible que existan circunstancias en las que su aplicación genere indefensión a las partes, debido a que la carga de acreditar un hecho específico puede recaer en quien no se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Por tanto, a fin de observar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en esos casos puede recurrirse al instituto de las cargas probatorias dinámicas, las cuales se regulan por el artículo 23 (numeral 23.3) de la NLPT mediante reglas especiales de la carga de la prueba, las cuales como indicamos distribuyen la prueba en función de la condición del sujeto (trabajador o empleador) y su calidad de interviniente en el conflicto (demandante o demandado). En este orden de ideas, se puede identificar que la carga de la prueba (regla general y reglas especiales) exigida a la víctima de acoso laboral o mobbing de acuerdo a la NLPT es la siguiente:

<b>Carga de la prueba del acoso laboral o mobbing de acuerdo a la NLPT</b>	
<b>Regla general</b>	<b>Reglas especiales</b>
Artículo 23 (numeral 23.1) de NLPT	Artículo 23 (numeral 23.3) de NLPT
a) La víctima de acoso laboral o mobbing debe acreditar los hechos que configuran su pretensión.  b) El agresor o grupo de agresores que contradiga(n) el acoso laboral o mobbing alegando nuevos hechos, deberá(n) acreditar su contradicción.	a) El trabajador demandante debe acreditar el acoso laboral o mobbing vertical descendente ejecutado por el empleador (acto de hostilidad tipificado en el literal g del artículo 30 del D.S. N° 003-97.TR).  b) Si el trabajador demandante pretende una tutela resarcitoria (indemnización) de su empleador frente al acoso laboral o mobbing, debe acreditar la existencia del daño padecido.  c) El empleador demandado que contradiga los actos de acoso laboral o mobbing, debe acreditar la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado.

**Fuente:** Artículo 23 de la NLPT

En efecto, al realizar una interpretación del artículo 23 (numerales 23.1 y 23.3) de la NLPT podemos afirmar que; por regla general, la víctima de acoso laboral o mobbing debe acreditar los hechos que configuran su pretensión y además el agresor o grupo de agresores que contradiga(n) el acoso laboral o mobbing alegando nuevos hechos debe(n) acreditar su contradicción. Por otra parte, la carga de la prueba exigida a la víctima de acoso laboral o mobbing se rige por las siguientes reglas especiales:

- i) El acoso laboral o mobbing vertical descendente ejecutado por el empleador se identifica con los actos de hostilidad tipificados en el literal g del artículo 30 del D.S. N° 003-97-TR, consistentes en actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador; por tanto, el trabajador (demandante) que emplace a su empleador (demandado) debe acreditar el acoso laboral o mobbing vertical descendente.

De otro lado, si bien el artículo 23 (numeral 23.3) de la NLPT no regula la carga de la prueba que corresponde ejercer en los demás tipos y/o clases de acoso laboral o mobbing –tales como el acoso laboral o mobbing horizontal y el acoso laboral o mobbing vertical ascendente– consideramos que, pese a esa omisión, la NLPT exigiría a las víctimas de acoso laboral o mobbing horizontal y acoso laboral o mobbing vertical ascendente demostrar esas conductas.

- ii) El trabajador demandante que pretenda una tutela resarcitoria, es decir, el pago de una indemnización por daños a su empleador debido a la configuración de acoso laboral o mobbing, por mandato legal deberá acreditar la existencia de los daños que acuse en el proceso laboral.
- iii) Por otra parte, cuando se configure acoso laboral o mobbing vertical descendente ejecutado y en el supuesto que empleador sea la parte demandada, de acuerdo a la NLPT este debe acreditar la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado que se le acusa, criterio que sería concordante con la regla general de la carga de la prueba.

Se debe tener en cuenta que el sistema de reglas especiales de la carga de la prueba que corresponden al trabajador “no es, en estricto, un supuesto de inversión de carga de la prueba, puesto que de no existir esas reglas especiales igual le correspondería acreditar al trabajador esos hechos (...) la Nueva Ley Procesal del Trabajo, establece esas reglas especiales como hipótesis concretas en las que se aplica la regla general conforme a la cual al trabajador le corresponde acreditar esos hechos. Por ello, cualquier otro hecho que sea alegado por el trabajador y que no se encuentre en esas reglas especiales, y que no le correspondan acreditar al empleador, en virtud de las reglas especiales contenidas en la ley procesal del trabajo, deberán ser acreditadas por el trabajador” (Priori 2012: 45-46).

En virtud de ello, sostenemos que la carga de la prueba que la NLPT exige a la víctima de acoso laboral o mobbing resulta excesiva, toda vez que la regla general y las reglas especiales que la inspiran requieren al demandante demostrar el elemento objetivo (conducta abusiva y

hostil de carácter reiterado, sistemático y prolongado) y el elemento subjetivo (ejecución deliberada o intencionalidad) de dicha conducta, exigencia probatoria legal que no hace más que reforzar la dificultad probatoria que de por sí, implica la propia configuración del acoso laboral o mobbing, conforme se detalló oportunamente en el apartado 1.2. del presente trabajo académico.

Sin embargo, para superar esa dificultad es posible recurrir a presunciones que, como sucedáneos de los medios de prueba, coadyuven a formar convicción. Entre ellas se distingue a: i) Las presunciones legales que, de acuerdo a Carnelutti son “reglas jurídicas sustanciales para la aplicación del derecho objetivo a ciertos casos concretos, cuyos efectos sustanciales se producen fuera del proceso y son reconocidos en este, donde además influyen la carga de la prueba” (citado en Devis 1981: 697) y ii) Las presunciones judiciales las cuales no responden a un mandato legal, sino que “se establece a criterio del juez, el cual, intenta valorar ciertos medios probatorios, sin embargo, al darse cuenta que estos son incompletos (...) decide tomar por cierto un hecho, es decir, presumirlo, dándole la posibilidad a la parte contraria de que lo pruebe en contra si así lo quiere” (Priori 2012: 341).

Centrando nuestro análisis en este último tipo de presunciones, el artículo 23 (numeral 23.5) de la NLPT establece que: “En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo, por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes”.

En este orden de ideas, con temor a equivocarnos sostenemos que la excesiva carga de la prueba exigida por los numerales 23.1 y 23.3 del artículo 23 de la NLPT a la víctima de acoso laboral o mobbing, puede ser válidamente superada con la presunción judicial regulada por el numeral 23.5 de esa misma norma, toda vez que a partir de indicios –tales como, circunstancias en que sucedieron los hechos o antecedentes de conducta– que permitan

presumir la existencia de acoso laboral o mobbing, el Juez debe darlo por cierto, salvo claro está, que el demandado hubiese aportado elementos suficientes para demostrar la inexistencia de esa conducta.

Ese criterio parece ser asumido por la Corte Suprema la cual mediante Casación N° 10805-2016-Lima resolvió un conflicto en el que se pretendía el resarcimiento de daños morales en materia laboral y citando a Beltrán y determinó que “si bien es cierto las partes tienen la carga de la prueba de demostrar sus pretensiones, en algunas circunstancias el Juez puede apreciar la dificultad que estas experimentan para acreditar los hechos alegados (como sucede en el caso de los daños morales) lo que no puede ser impedimento para resolver el conflicto de intereses y lograr la paz social con justicia, que el Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil exige”. Esa interpretación válidamente puede ser aplicada a casos de acoso laboral o mobbing, por los daños morales que ocasiona su ejecución.

## **2.2. REGULACION EN EL DERECHO COMPARADO: EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

Un factor trascendental para el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales es el reconocimiento de su eficacia erga omnes, es decir, la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y no solo en la relación entre el ciudadano y el estado. Es importante mencionar que el reconocimiento de la doctrina de la eficacia de derechos fundamentales entre particulares o *Drittwirkung* de acuerdo a Blancas, se sustenta en tres (03) razones: i) El fenómeno de los poderes facticos, ii) La constitución como norma fundante y unificadora del ordenamiento jurídico y iii) Los derechos fundamentales como normas objetivas de derecho (2011: 282-293).

Asimismo, bajo esa consideración el autor precisa que “la mayor o menor amplitud del proceso de amparo o de cualquier otro proceso constitucional en cuanto a su utilización solo contra actos de la autoridad pública, o también, contra los de personas privadas, será un reflejo de la decisión del ordenamiento jurídico (...) de reconocer o no la eficacia inmediata de los derechos fundamentales frente a terceros” (Blancas 2011: 306). No se debe perder de

vista que esa doctrina también fue reconocida por el Tribunal Constitucional. En efecto, mediante sentencias emitidas en los expedientes N° 1121-2001-AA/TC y 976-2001-AA/TC se determinó la eficacia inmediata de los derechos fundamentales entre sujetos privados, a través del proceso de amparo.

Sin perjuicio de ello, debemos manifestar que en otros sistemas jurídicos la protección de derechos fundamentales entre particulares no es exclusiva del proceso de amparo. En efecto, además de dicho proceso, Chile y España regulan el denominado procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales que –si bien presenta similitudes con el proceso de amparo – se diferencia de él por presentar características que configuran su naturaleza especial y urgente. Al respecto, Arce detalla las siguientes:

- “1. Celeridad acentuada. - Se requiere una tramitación rápida. Sobre todo, esta clase de procesos debe acortar los plazos normales, ya que el bien jurídico protegido así lo aconseja.
2. Prioridad. - La naturaleza especial de los derechos fundamentales exige que las demandas que invocan su tutela deben ser tramitadas antes que otro tipo de procesos. Si se mira bien, este requerimiento no ha sido contemplado en nuestra legislación ni siquiera en el caso del despido nulo. Por el contrario, la acción de amparo sí tiene prioridad en su tramitación.
3. Impedir la improcedencia in limine. - Con ello se busca que la demanda no sea rechazada de plano por puras razones formales. El juez debe entrar al tema de fondo y relajar los controles de improcedencia razonablemente.
4. Medidas cautelares eficaces. - Las medidas destinadas a garantizar la eficacia de la pretensión al final del proceso deben ser armas accesibles para cualquier juez laboral que se enfrenta a posibles afectaciones de derechos fundamentales. Las medidas cautelares deben estar dirigidas a reponer preventivamente las cosas al estado anterior a la violación del derecho violado” (Arce 2012: 438-439).

### **2.2.1. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE CHILE**

El Código de Trabajo de Chile regula entre los artículos 485 al 495 un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, denominado procedimiento de tutela laboral. Al respecto, Ugarte explica que este procedimiento “es un conjunto de reglas de tutela que, organizadas en torno a un nuevo procedimiento laboral, presentan novedades mayores para el modo de entender la tutela judicial de las relaciones laborales” (Ugarte: 2007)

El autor mencionado identifica entre las características del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales de Chile, las siguientes: i) Legitimación activa amplia que permite el ejercicio de la acción al trabajador afectado, la organización sindical y la Inspección del Trabajo, salvo en casos de despido en los cuales la titularidad es exclusiva del trabajador, ii) La pretensión procesal de protección de derechos fundamentales inespecíficos que busca el restablecimiento en el ejercicio del derecho lesionado y la reparación del daño producido por su vulneración, iii) La prueba aliviada que no supone una inversión de la carga de la prueba, sino que exige a la víctima acreditar al menos la existencia de indicios suficientes de la conducta lesiva, para que se traslade al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables; y iv) La sentencia como acto complejo, ya que además de declarar la conducta lesiva de derechos fundamentales, el juez debe adoptar el cese del comportamiento jurídico, la nulidad del acto lesivo y la reparación de las consecuencias de la conducta lesiva mediante medidas concretas (Ugarte: 2007).

Como se puede advertir el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales en las relaciones de trabajo de Chile posibilita una real eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores y otorga atribuciones jurisdiccionales para conocer y sancionar lesiones de derechos fundamentales, incluyendo mecanismos de resguardo y de reparación. No obstante, el aporte trascendental es la incorporación de una regla especial en la carga de la prueba que facilita la demostración del acoso laboral o mobbing a sus víctimas.

En efecto, de acuerdo al artículo 493 del Código de Trabajo de Chile: “Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha

producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Es decir, la norma no regula una inversión de la carga de la prueba sobre el acoso laboral o mobbing; por el contrario, establece que el demandante tiene la carga de la prueba; sin embargo, precisa que ese deber únicamente alcanza a indicios suficientes de lesión de derechos fundamentales. Por tanto, una vez que el demandante cumpla su obligación, el Juez podrá distribuir la carga de la prueba del acoso laboral o mobbing al demandado, quien deberá demostrar la necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

A nivel jurisprudencial, este es el sentido que generalmente se aprecia en las sentencias de acoso laboral o mobbing emitidas en Chile. A manera de ejemplo, se citan los casos resueltos en la “Corte de Apelaciones de Punta Arenas, número de ingreso 19-12, 2 de agosto de 2012; Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-351-12, RUC 12-4-0025329-1, 22 de octubre de 2012; Corte Suprema, número de ingreso 8798-10, 23 de junio de 2011, cuarta sala (...) y Corte de Apelaciones de Talca, número de ingreso 228-10, 10 de diciembre de 2010, segunda sala” (Caamaño y Ugarte: 2013) pronunciamientos judiciales en los cuales se descarta la aportación de una prueba directa que determine fehacientemente la veracidad de los hechos alegados por una víctima de acoso laboral o mobbing.

En síntesis, el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales regulado por el Código del Trabajo de Chile e interpretado mediante su jurisprudencia laboral, considera acertadamente la disparidad de las partes que conforman la relación de trabajo, así como las dificultades probatorias que enfrenta la víctima del acoso laboral o mobbing; motivo por el cual, garantiza una regla especial en la carga de la prueba que facilita la demostración de esa conducta. Sin perjuicio de ello, se garantiza una tutela efectiva mediante un rol protagónico del Juez toda vez que, al declarar fundada la demanda tiene el deber de adoptar el cese del hecho lesivo, declarar su nulidad y ordenar la reparación de sus consecuencias mediante medidas concretas.

### **2.2.2. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE ESPAÑA**

Como se detalló oportunamente, España también garantiza la tutela derechos fundamentales derivadas de acoso laboral o mobbing mediante un procedimiento especial. Sin embargo, este procedimiento presenta una particular característica, toda vez que incluso se encuentra reconocido por el artículo 53 (numeral 2) de la Constitución Política de España que establece lo siguiente: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

A partir del marco normativo constitucional citado, el artículo 181 de la Ley del Procedimiento Laboral de España (aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995) regula específicamente el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, en los siguientes términos: “Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos”.

Es decir, el objeto del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales de España incluye en su marco de protección conductas discriminatorias y conductas vinculadas al acoso moral, toda vez que estas conductas vulneran la igualdad, libertad y dignidad. Asimismo, se debe tener en cuenta que la legitimación activa de este procedimiento por regla general corresponde a la víctima y, además, es permitida el ejercicio de la acción por sindicato. Sin embargo, existe una excepción cuando se trata de casos relacionados al acoso sexual, toda vez que el carácter individual del derecho vulnerado, exige que la acción únicamente sea ejercida por la víctima.

Por otra parte, la legitimación pasiva en el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales corresponde al empleador, por ser integrante de la relación laboral que lo vincula con la víctima. Sin embargo, en relación al acoso laboral o mobbing se debe tener en cuenta que el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales tiene una particularidad relevante, toda vez que permite la legitimación pasiva de un agresor distinto al empleador; por ejemplo, un compañero de trabajo o un tercero ajeno a la relación laboral.

En efecto, mediante sentencias (STC) de fechas 16 de abril del 2007 (STC 74/2007) y 17 de diciembre del 2007 (STC 250/2007) el Tribunal Constitucional de España señaló que la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales sería adecuada para reclamar el acoso proveniente del trabajador de otra empresa o de un compañero de trabajo, interpretación constitucional que permite tutelar integralmente el acoso laboral o mobbing en sus distintas modalidades: horizontal, vertical ascendente y vertical descendente.

De acuerdo a Rodríguez el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales de España se caracteriza por ser uno de naturaleza preferente y sumaria, ya que existe una preferencia de demandas de tutela de derechos fundamentales sobre el resto de demandas bajo competencia del Juzgado y además por la brevedad de plazos para interponer demanda, celebrar actos de conciliación y juicio. El autor mencionado además enseña que “el objetivo principal es garantizar la celeridad del proceso con el fin de resolver cuanto antes sobre la existencia de una posible vulneración del derecho fundamental. Por ello, también el objeto del proceso se limita al conocimiento de las demandas sobre vulneración de un derecho fundamental y no es posible acumular otras pretensiones” (Rodríguez 2011: 115).

Asimismo, de acuerdo a Cubillo el procedimiento especial de derechos fundamentales de España tiene las siguientes características de orden procesal: i) No es exigible la conciliación previa, ii) Si es exigible la intervención del Ministerio Fiscal, iii) Es posible suspender el acto impugnado, como medida cautelar y iv) Se considera a la sentencia como acto complejo, ya que el Juez además de declarar la conducta lesiva de derechos fundamentales, debe declarar la nulidad de los actos lesivos, ordenar su cese, disponer la reposición de la situación al

momento inmediatamente anterior a la vulneración de derechos y ordenar el pago de indemnización a la víctima (Cubillo 2008: 76-77).

No se debe perder de vista que España, también regula un proceso de amparo que permite la protección de derechos fundamentales vulnerados a víctimas de acoso laboral o mobbing. Sin embargo, de acuerdo a Cubillo esta vía es procedente única y exclusivamente cuando la víctima considere que los tribunales de justicia otorgaron un tratamiento que no reparó los derechos fundamentales vulnerados; por tanto, de acuerdo al autor mencionado el proceso de amparo no constituye una instancia adicional (ya que su función se ciñe a un examen específico de procedencia) y solo puede prosperar cuando previamente se hubiesen agotado vías judiciales ordinarias (Cubillo 2008: 77).

En atención a ello, podemos afirmar que el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales en las relaciones de trabajo de España también posibilita una real eficacia de los derechos fundamentales que incluyen mecanismos de reparación efectiva ante el acoso laboral o mobbing. Se debe advertir que, al igual que Chile, España también incorpora una regla especial en la carga de la prueba que facilita la demostración del acoso laboral o mobbing a sus víctimas.

En efecto, de acuerdo al artículo 96 de la Ley del Procedimiento Laboral de España: “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Asimismo, de acuerdo al artículo 179 (numeral 2) de la misma norma “En el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Ambos dispositivos normativos establecen que, ante la vulneración de derechos fundamentales, es posible recurrir a la prueba indiciaria. Por tal motivo, realizando una interpretación sistemática de los mismos, se puede concluir que el sistema jurídico español permite que la víctima de acoso laboral o mobbing, se limite a aportar indicios de esa conducta y una vez satisfecha esa exigencia se imponga a la parte demandada, la carga de probar la justificación de las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A nivel jurisprudencial, este es el sentido que generalmente se aprecia en sentencias relacionadas a la protección frente al acoso laboral o mobbing. A manera de ejemplo, podemos citar el fundamento 5 de la Sentencia 99/02 de fecha 18 de marzo del 2002 emitida por el Juzgado Social N° 30 de Madrid a través de la cual, se determinó lo siguiente: “(...) Ahora bien en el caso analizado dichos daños son morales o psíquicos, por lo que su evaluación debe sujetarse a los siguientes parámetros: a) No es necesario su prueba directa (...) b) Que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes a su valoración”

Asimismo, podemos citar el fundamento único de la resolución originada por recurso de suplicación 93/2006 de fecha 7 de noviembre del 2006 emitida por el Tribunal de Justicia de Madrid, a través de la cual se determinó lo siguiente: “En fin en la estimación y regulación del acoso moral ha de seguirse una línea equilibrada y cuidadosa (...) la STC N° 17-2005 alude a la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (...). Un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia del Alto Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad que aquella se haya producido (así SSTC nros. 166/1987, 114/1989, 21/1992, 266/1993). Una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, sobre la parte demandada recae la prueba de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales (...)”

En síntesis, el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales regulado en España también garantiza una regla especial en la carga de la prueba del acoso laboral o mobbing que facilita la demostración de esa conducta. Asimismo, garantiza una tutela

jurisdiccional efectiva toda vez que el Juez competente del procedimiento no solo declara la conducta lesiva de derechos fundamentales, sino que también declara la nulidad de los actos lesivos, ordena su cese, dispone la reposición de la situación al momento inmediatamente anterior a la vulneración de derechos y ordena el pago de indemnización a la víctima.

### **2.3. SINTESIS DEL ANALISIS COMPARATIVO**

El análisis comparativo realizado entre el proceso laboral regulado por la NLPT y el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales regulado en Chile y España, nos permite afirmar que la dificultad probatoria para demostrar el acoso laboral o mobbing puede ser abordada mediante dos (02) mecanismos: i) Reglas especiales de carga de la prueba, que exigen a la víctima demostrar únicamente indicios razonables de esa conducta, regulación vigente en Chile y España y ii) Presunciones judiciales que permiten presumir la existencia de acoso laboral o mobbing, a partir de indicios, regulación vigente en Perú. Ambos mecanismos garantizan al agresor o grupo de agresores demandado(s) la posibilidad de demostrar la necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, distintas al hecho lesivo alegado.

No obstante, pese a que la presunción judicial regulada por el artículo 23 (numeral 23.5) de la NLPT alivia la excesiva carga de la prueba exigida a la víctima de acoso laboral o mobbing, debemos advertir que las vías procedimentales reguladas por esa norma no garantizan una tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, conforme mencionamos oportunamente la tutela de derechos fundamentales por su naturaleza requiere mecanismos restitutorios de reparación, que buscan reponer las cosas al estado anterior de la violación del derecho fundamental y además declarar la nulidad del acto lesivo, garantías que no se encuentran reguladas por la NLPT (salvo para la impugnación del despido nulo).

No se debe perder de vista que la tutela de derechos fundamentales por su naturaleza además requiere una celeridad acentuada, garantía que tampoco es otorgada por la NLPT toda vez que el trámite del proceso ordinario laboral es lento y cuenta con dos (02) audiencias; una audiencia de conciliación (cuyo desarrollo no tiene lógica en la tutela de derechos

fundamentales, por la naturaleza indisponible de los mismos) y una audiencia de juzgamiento, la cual es programada después de un lapso considerable de tiempo debido a la carga procesal y a la naturaleza no urgente (ordinaria) de las materias que se ventilan en este tipo de procesos.

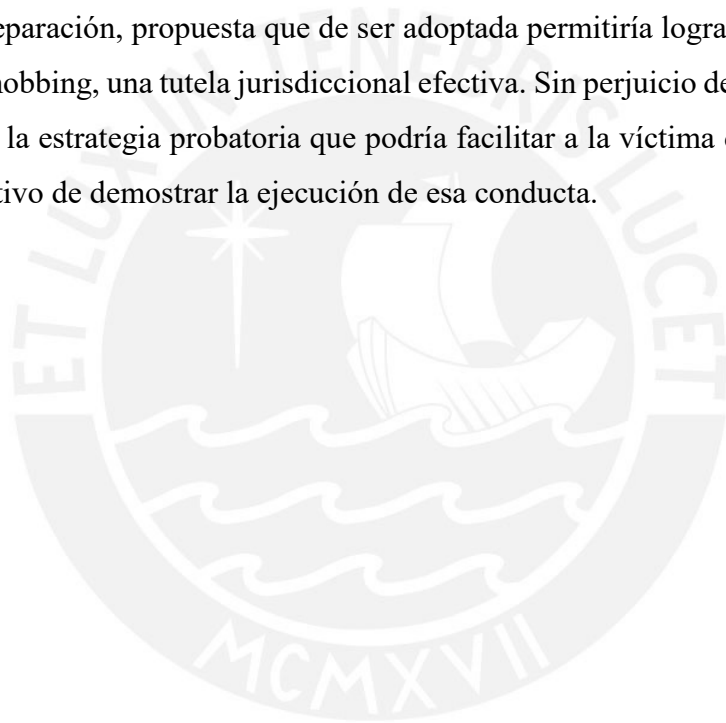
De otro lado, si bien el proceso abreviado laboral cuenta con una audiencia única, es decir, configura un proceso que observa el principio de celeridad acentuada, se debe advertir que este únicamente se encuentra previsto para atender pretensiones vinculadas a la vulneración de la libertad sindical, a la reposición cuando es formulada como pretensión principal única y afectaciones al derecho a la remuneración cuando el monto de la pretensión es menor a cincuenta (50) unidades de referencia procesal (URP). Es decir, a través del proceso abreviado laboral no puede atenderse pretensiones distintas a las mencionadas, como es el caso de la tutela de derechos fundamentales por acoso laboral o mobbing, pese a que este último evidentemente también tiene naturaleza prioritaria.

Adicionalmente, consideramos que la tutela de derechos fundamentales por acoso laboral o mobbing difícilmente podría ser resuelta a través de un proceso de amparo, toda vez que este proceso carece de etapa probatoria, lo cual limita la posibilidad de evaluar la configuración de esa conducta y además, su acceso restringido como vía residual, puede generar la improcedencia de la demanda, ya que el Juez constitucional puede advertir la existencia de una vía ordinaria igualmente satisfactoria en el proceso ordinario laboral. Es por ello que compartimos la opinión de Arce para quien “nos encontramos en medio de una vía ordinaria insuficiente y otra vía extraordinaria, la del amparo, también incapaz de asumir la pesada carga de una limitada ley procesal en esta materia” (Arce 2012: 448).

En efecto, el diseño de nuestro marco normativo procesal puede generar que las demandas relacionadas al acoso laboral o mobbing sean desestimadas si, por ejemplo, el Juez en ejercicio de sus atribuciones decide no ejercer la presunción judicial normada por el artículo 23 (numeral 23.5) de la NLPT. O incluso en el peor supuesto el Juez puede declarar fundada la demanda cuando los efectos del acoso laboral o mobbing surtieron todos sus efectos (debido a la naturaleza no célere del proceso laboral) y sea imposible retrotraer las cosas al

estado anterior a la vulneración. Por ejemplo, ante la dimisión del trabajador o incluso ante eventos fatales, como la muerte del trabajador víctima de acoso laboral o mobbing.

En consecuencia, el análisis comparativo descrito nos permite afirmar que si bien la dificultad probatoria para demostrar el acoso laboral o mobbing puede ser atenuada con la presunción judicial regulada por el artículo 23 (numeral 23.5) de la NLPT, esa dificultad probatoria incluso podría ser superada mediante la regulación de un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales provisto de etapa probatoria y caracterizado por su prioridad, celeridad acentuada, mecanismos de facilitación probatoria, así como mecanismos restitutorios de reparación, propuesta que de ser adoptada permitiría lograr a las víctimas de acoso laboral o mobbing, una tutela jurisdiccional efectiva. Sin perjuicio de ello, corresponde ahora desarrollar la estrategia probatoria que podría facilitar a la víctima de acoso laboral o mobbing su objetivo de demostrar la ejecución de esa conducta.



## CAPITULO III

### 3. ESTRATEGIA PROBATORIA DEL ACOSO LABORAL O MOBBING

#### 3.1. ELEMENTOS QUE SE DEBEN PROBAR O INDICIOS QUE SE DEBEN APORTAR EN EL ACOSO LABORAL O MOBBING

Conforme se detalló oportunamente, de acuerdo a Molero existen cuatro (04) aspectos del acoso laboral o mobbing objeto de prueba: i) Los actos, ii) La sistematicidad, iii) La potencialidad en la verificación de los efectos y iv) La intencionalidad de la conducta (2008: 359). Asimismo, Diaz sostiene que los elementos del acoso laboral o mobbing que se deben probar son dos (02): i) La finalidad del hostigamiento, es decir que el propósito del agresor sea perjudicar la integridad psicofísica y ii) La existencia de daños psíquicos o físicos, toda vez que los efectos del acoso laboral o mobbing, pueden ser distintos de acuerdo a la víctima que afronta ese tipo de conductas (2007: 25).

Por otra parte, a nivel jurisprudencial el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía mediante resolución de fecha 11 de marzo del 2003 sostuvo que para la configuración del acoso laboral o mobbing “es preciso acreditar dos elementos: a) Que la finalidad del empresario es perjudicar la integridad psíquica del trabajador, b) Que se le ha causado daño psíquico al acosado, exigiéndose entonces la historia clínica donde conste la patología” (citado en González 2018: 83).

Es decir, de acuerdo al aporte doctrinario y jurisprudencial mencionado el objeto de prueba del acoso laboral o mobbing aparentemente estaría comprendido por dos (02) elementos: i) Elemento objetivo, vinculado a los daños psíquicos o físicos que se generan en la víctima de acoso laboral o mobbing y ii) Elemento subjetivo, vinculado a la finalidad (ánimo) del agresor o grupo de agresores de perjudicar a la víctima.

Sin embargo, Gonzales afirma que no existe unanimidad sobre los elementos que se deben probar en el acoso laboral o mobbing. Al respecto explica que, en la experiencia española

además de la resolución de fecha 11 de marzo del 2003 emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, existen otros criterios jurisprudenciales que determinaron la configuración de acoso laboral o mobbing pese a que la víctima no presentó daños patológicos a su estado psicológico (elemento objetivo) y en virtud de ello, declararon la configuración de esa conducta, a partir de conductas de acoso que vulneren la dignidad de la víctima (2018: 83).

Es decir, existen criterios jurisprudenciales que no exigen la concurrencia rígida de los (02) elementos del acoso laboral o mobbing para determinar su configuración, sino que se inclinan por una línea doctrinal basada únicamente en el ataque a la dignidad del trabajador. A nuestro criterio, esta última línea jurisprudencial expuesta por Gonzáles garantiza de manera eficaz los derechos fundamentales de la víctima de acoso laboral o mobbing, debido a la evidente dificultad probatoria que ella atraviesa en el proceso laboral.

Asimismo, nos permite sostener que en el supuesto que la víctima de acoso laboral o mobbing no pueda demostrar los dos (02) elementos que la conforman, tenga la posibilidad de aportar indicios de acoso laboral o mobbing para lograr demostrar esa conducta. Esa afirmación encuentra sustento en un caso específico de acoso laboral o mobbing (sentencia de fecha 30 de setiembre del 2010) a través del cual, la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina determinó que “procesalmente deberá tenerse en cuenta la existencia de indicios que puedan conducir al hecho o los hechos que hay que acreditar, teniendo en cuenta que los indicios son indicadores o conductores que en el marco de pequeñas acciones guían a los hechos sometidos a prueba” (citado en Babugia 2018: 151)

Esa conclusión no supone interpretar que se deba invertir la carga de la prueba en los procesos de acoso laboral o mobbing, es decir, exigir al demandado (agresor o grupo de agresores) desvirtuar las conductas denunciadas en su contra (acoso laboral o mobbing) por el solo hecho de ser alegadas por el demandante (víctima) toda vez que se le exigiría acreditar un hecho negativo.

Por el contrario, consideramos que la víctima de acoso laboral o mobbing que sea vea imposibilitada de acreditar los dos (02) elementos que conforman esa conducta, al menos deba aportar indicios razonables de la misma, para que en función de ello puedan aplicarse presunciones judiciales o reglas especiales de la carga de la prueba. No obstante, a nuestro criterio para ello se debería exigir a la víctima aportar indicios que además de ser razonables sean precisos, concordantes y concernientes al acoso laboral o mobbing. En el ordenamiento jurídico peruano, ese hecho estará sujeto al criterio de interpretación y/o valoración realizado por el Juez, en virtud de la presunción judicial regulada por el artículo 23 (numeral 23.5) de la NLPT.

### **3.2. MEDIOS PROBATORIOS IDONEOS PARA PROBAR EL ACOSO LABORAL O MOBBING**

Si bien la víctima de acoso laboral o mobbing tendría la posibilidad de aportar indicios para demostrar esa conducta. No cabe duda que el ofrecimiento de medios probatorios objetivos configura una actividad procesal ideal y sobre todo de mayor eficacia toda vez que los medios probatorios se encuentran menos expuestos a criterios subjetivos de valoración e interpretación propios de los indicios (naturaleza razonable, precisa, concordante y concerniente). Es por ello que a criterio de Díaz cualquier medio probatorio es válido para acreditar la configuración de acoso laboral o mobbing (2007: 25). En virtud de ello, advertimos la existencia de un momento útil para la obtención medios probatorios idóneos frente al acoso laboral o mobbing, el cual ocurre mientras subsiste la relación de trabajo.

En efecto, Abajo sostiene que mientras subsiste la relación de trabajo, la víctima de acoso laboral o mobbing dispone de un momento valioso para formular una estrategia de intervención frente a esa conducta, toda vez que tiene la oportunidad de: i) Identificar el problema, es decir, acceder a información sobre el acoso laboral o mobbing para formular una estrategia de defensa frente a esa conducta, ii) Documentarse, registrar agresiones, buscar testigos, acumular pruebas y hacer públicas las agresiones de acoso laboral o mobbing, iii) Desactivarse emocionalmente del agresor o grupo de agresores y iv) Buscar ayuda especializada a fin de garantizar la tutela de sus derechos (2010: 447-448).

Dicho de otro modo, el momento oportuno para obtener medios de prueba válidos frente al acoso laboral o mobbing coincide con la vigencia de la relación de trabajo, ya que una vez que esta finalice será difícil acceder a medios de prueba objetivos. Por tanto, mientras se encuentre vigente la relación de trabajo “es el momento en que la idoneidad de las pruebas puede ser determinante. Aconsejar a la víctima actué con prudencia y cautela reclutando todo tipo de prueba, mails, ordenes por escrito, memorándums internos, puede otorgar al juicio un grado de acierto muy positivo” (Babugia 2018: 127).

A nuestro criterio, los medios probatorios obtenidos frente al acoso laboral o mobbing mientras subsiste la relación de trabajo no pueden ser calificados por el ordenamiento jurídico peruano como prueba ilícita, salvo que esta lesione derechos fundamentales del agresor o grupo de agresores o viole el principio de legalidad procesal, afirmación que se sustenta en el fundamento 2 de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2053-2003-HC/TC de fecha 15 de setiembre del 2003.

No obstante, incluso ante una vulneración de derechos fundamentales se podría utilizar el test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) o la teoría del riesgo a fin de evaluar la licitud o ilicitud de los medios probatorios. Sin perjuicio de ello, se debe tener en cuenta que de acuerdo al artículo I del Título Preliminar de la NLPT, el proceso laboral, se inspira entre otros por el principio de veracidad que orienta al Juez dar prevalencia al fondo sobre la forma, para alcanzar la verdad real; por tanto, los medios probatorios obtenidos frente al acoso laboral o mobbing (mientras subsista la relación de trabajo) deben ser valorados, en función de las precisiones antes expuestas.

Sin perjuicio de ello, consideramos que la obtención de medios probatorios mientras subsiste la relación laboral además configura una estrategia sólida, ya que en el momento en el que se produzcan los efectos del acoso laboral o mobbing y la víctima opte por la dimisión, tendrá la posibilidad de interponer demanda con todo el sustento probatorio pertinente que le permita obtener una tutela jurisdiccional efectiva.

Bajo esas precisiones, consideramos que existen cuatro (04) medios probatorios útiles que pueden ser ofrecidos a la demanda para demostrar el acoso laboral o mobbing: i) La pericia que contiene el detalle y relación de causalidad del daño alegado por la víctima, ii) Los documentos (prueba material) tales como escritos, grabaciones, órdenes del agresor, iii) La declaración testimonial y iv) La declaración de parte.

En efecto, la pericia por su naturaleza configura uno de los medios que permiten acreditar de manera objetiva el acoso laboral o mobbing. Se debe tener en cuenta que de acuerdo a Babugia, los informes periciales en el acoso laboral o mobbing tienen dos (02) objetivos: i) Determinar la existencia de conductas de acoso y ii) Determinar la afectación de la salud del trabajador y su reacción con las condiciones laborales (2018: 135). Es decir, la prueba pericial tiene como finalidad identificar la existencia del acoso laboral o mobbing y sobre todo los efectos de esa conducta sobre la víctima.

Asimismo, es importante considerar que la pericia del acoso laboral o mobbing puede ser de tres (03) tipos: “la pericia médica, que determinará el grado de afectación sobre la salud del trabajador básicamente a través de la constatación de los síntomas físicos de las alternaciones psicosomáticas y de las secuelas; la pericia psicológica, útil para precisar las alteraciones sobre la salud emocional del trabajador, así como el contexto organizacional de donde emergió el caso puntual y la pericia social; que será la base determinante del mobbing, toda vez que el acoso moral en el trabajo es un fenómeno social” (Babugia 2018: 136).

En relación a este último tipo de pericia, Babugia considera que tiene la cualidad de determinar la configuración del acoso laboral o mobbing, toda vez que detalla las conductas de acoso ejecutadas por el agresor o grupo de agresores, identifica el tipo y/o clase de acoso laboral o mobbing sufrido por la víctima y establece la fase de acoso en la que se encuentra esta última (2018: 136).

En virtud de estas precisiones, podemos advertir que en el ordenamiento jurídico peruano pueden ser ofrecidos los tres (03) tipos de pericia que identifica Babugia en el acoso laboral o mobbing, es decir, la pericia médica, psicológica y social. En relación a este último tipo de

pericia se debe tener en cuenta que mediante Ley N° 30112 se reguló el ejercicio profesional del trabajador social, profesional que entre otros participa en la formulación de políticas sociales, contribuye al desarrollo humano y promueve el ejercicio de los derechos y deberes de los ciudadanos. Asimismo, se debe advertir que de acuerdo al artículo 3 de la ley, el ejercicio profesional del trabajador social se desarrolla entre otros en las especialidades de salud y salud mental, rehabilitación, bienestar de personal, mediación y conciliación de conflictos y peritaje social.

No se debe perder de vista que el artículo 28 de la NLPT únicamente regula una precisión vinculada al hecho de que los peritos no presencian el desarrollo de la audiencia y solo ingresan a ella en el momento que corresponda efectuar su exposición. Es decir, nuestro ordenamiento jurídico garantiza ampliamente la posibilidad de ofrecer distintos tipos de pericia, en función a la naturaleza de las pretensiones demandadas, siendo por ello válido ofrecer pericias médicas, psicológicas y sociales para casos en los cuales se dilucida la configuración de acoso laboral o mobbing.

Es importante considerar que, en el derecho comparado, la pericia fue determinante para resolver casos de acoso laboral o mobbing. A manera de ejemplo, podemos citar la sentencia de fecha 28 de noviembre del 2007 emitida por la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (Argentina) en la causa N° 86.883. En dicha resolución se estimó una demanda de acoso laboral o mobbing, realizando una valoración de pericias médicas, en los siguientes términos: “(...) Consigna la Cámara que la pericia médica realizada da cuenta que la actora padece reacción vivencial anormal neurótica grado III, y la perito informa que en tal diagnóstico se ha tenido en cuenta la personalidad de base, antecedentes, experiencias laborales frustradas” (citando en Babugia 2018: 137).

Por otra parte, los documentos también constituyen medios probatorios que permiten demostrar válidamente la ejecución de acoso laboral o mobbing. En efecto, cabe precisar que se entiende por ellos a todo “objeto material, susceptible de representar por sí mismo y para el futuro, un hecho o una serie de hechos percibidos en el momento para su elaboración, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza” (Ledesma 2016: 19). Al

respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 233 del Código Procesal Civil establece que un “documento es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho”. En este orden de ideas, es posible incluir en la categoría de prueba documental a fotografías, grabaciones magnetofónicas, video grabaciones, dibujos, correos electrónicos y todos aquellos objetos que tienen la cualidad de representar hechos.

De este modo, en relación a la prueba del acoso laboral o mobbing es posible afirmar que la prueba documental también cumple un rol importante, toda vez que por su naturaleza los hechos representados en ella tienen carácter permanente. Sin embargo, considerando que el acoso laboral o mobbing supone la ejecución de conductas intencionalmente ocultas, premeditadas y calculadas, en la mayoría de casos será el agresor o grupo de agresores quien no exteriorizará su conducta mediante documentos.

Pese a la dificultad descrita, sostenemos que los documentos si constituyen medios probatorios objetivos para demostrar el acoso laboral o mobbing. Para tal efecto, sin carácter limitativo nos remitimos a los documentos emitidos por especialistas en medicina ocupacional y/o especialistas en psicología, a través de los cuales se constata las conductas de acoso laboral o mobbing y/o sus efectos generados sobre la víctima, tales como certificados, informes, historias clínicas, diagnósticos, etc.

Asimismo, “ante la informatización de la mayoría de las tareas, el documento electrónico cobra gran importancia: éstos en sentido estricto vendrían a ser los que se pueden memorizar en forma digital y que están contenidos en la memoria del elaborador (computadora) o en las memorias de soportes magnéticos, siendo esencial característica que los mismos no pueden ser leídos sin la intervención de máquinas. Podría intervenir un ordenador de texto o una cuenta de correo electrónico con la debida autorización judicial” (Babugia 2018: 143).

Ahora bien, es importante mencionar la función que cumplen las grabaciones magnetofónicas y/o video grabaciones en el proceso laboral, cuando fueron registrados por la víctima de acoso laboral o mobbing, sin conocimiento del agresor o grupo de agresores. Al respecto, además de los fundamentos expuestos oportunamente sobre la licitud de la prueba, se debe

tener en cuenta que mediante sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0987-2013-PA/TC de fecha 7 de junio del 2018 el Tribunal Constitucional declaró que una prueba documental con esas características no vulnera el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones “al no existir intromisión ilegítima por parte de terceros en el proceso comunicativo, sino que las grabaciones fueron realizadas o admitidas por alguno de los involucrados en la conversación” y debido a que “lo contenido en las grabaciones (...) no contiene en absoluto actos, situaciones ni hechos relacionados con la intimidad personal o familiar”.

De este modo, se evidencia el rol trascendental de la prueba documental para demostrar conductas de acoso laboral o mobbing en el proceso laboral peruano, toda vez que la naturaleza de ese medio probatorio permite a la víctima ofrecer documentos emitidos por especialistas en medicina ocupacional y/o especialistas en psicología; documentos electrónicos (previa autorización judicial) grabaciones magnetofónicas y/o video grabaciones, en las que intervenga la víctima aun cuando hayan sido obtenidas, sin conocimiento del agresor o grupo de agresores.

Sin perjuicio de ello, también debemos resaltar la función que desempeña la prueba testimonial en el acoso laboral o mobbing; para ello, previamente debemos considerar que ese medio probatorio sirve para que una persona informe a un juez “sobre lo que sabe de ciertos hechos, está dirigido siempre al juez y forma parte del proceso o de diligencias procesales previas, como cuando se recibe para futura memoria” (Devis 1981: 25). Asimismo, de acuerdo a Liebman “además de las percepciones directas, el testimonio puede comprender las observaciones, las relevancias, las deducciones por él mismo hechas o sentidas hacer a otros, en relación a los hechos percibidos, recuerdos, etc., observaciones y deducciones que hacen en todo caso parte integrante del testimonio y serán todos juntos sujetos a la apreciación judicial” (citado en Babugia 2018: 139).

No se debe perder de vista que en casos donde se dilucida la configuración de acoso laboral o mobbing, la prueba testimonial por lo general es aquella más difícil de obtener por la víctima debido a que el testigo, pese a tener conocimiento de esa conducta puede optar por

no formular declaración para evitar problemas personales y/o laborales. Por ello, consideramos que el Juez no solo se debería valorar los hechos percibidos por el testigo, sino también valorar sus apreciaciones, deducciones o conclusiones, ya que de ese modo puede garantizarse la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima.

Se debe tener en cuenta que la valoración de apreciaciones, deducciones o conclusiones del testigo, es compatible con la regulación que realiza el artículo 26 de la NLPT, dispositivo normativo que únicamente prohíbe al testigo presenciar el desarrollo de la audiencia y dispone su ingreso solo en el momento que les corresponda. Asimismo, se debe considerar que, en el derecho comparado, la prueba testimonial fue determinante para resolver casos de acoso laboral o mobbing.

A manera de ejemplo, podemos citar la sentencia de fecha 8 de junio del 2001 a través del cual, la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina determinó que “corresponde condenar a la demandada al pago de una indemnización por daño moral derivado de mobbing sufrido por la actora en el lugar de trabajo, en tanto quedó acreditado que era tratada en forma hostil por su jefa, lo cual le generó un estado de gran angustia, miedo de ir a trabajar, problemas somáticos y parálisis en las manos (...) la prueba testifical permite corroborar que (...) padeció acoso laboral al tomar –los testigos traídos a iniciativa de la actora- conocimiento directo de las situaciones de hostilidad persecución hacia su persona (citado en Babugia 2018: 140)

Asimismo, mediante sentencia de fecha 24 de junio del 2010 a través del cual, la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina determinó que “la testifical da noticia cierta del hostigamiento que padeció el actor configurado en escraches dentro del ámbito laboral, distribución de panfletos injuriantes hacia su persona, desprestigiándolo y acusándolo de determinados actos linderos a la corrupción en su desempeño como coordinador de prestaciones médicas del organismo demandado y sin que este último hubiera tomado algún tipo de medida como para garantizar un ámbito sano de labor libre de los hostigamientos a los que fue sometido” (citado en Babugia 2018: 140).

Por otra parte, en observancia del artículo 25 de la NLPT consideramos que la declaración de parte como medio probatorio que permite valorar la versión de los hechos de los sujetos procesales, también puede ser útil a fin de dilucidar los hechos controvertidos en relación al acoso laboral o mobbing, toda vez que la información que se pueda extraer por la víctima en el acto de audiencia es relevante para resolver el conflicto de intereses. En este supuesto, sostenemos que el Juez por regla general debe valorar la declaración de parte de la víctima de acoso laboral o mobbing de manera conjunta frente a los demás medios probatorios mencionados oportunamente (pericia, documentos y declaración testimonial).

Sin embargo, nos parece interesante sugerir que la declaración de parte de la víctima acoso laboral o mobbing también pueda ser valorada como medio probatorio único, bajo ciertos parámetros objetivos, los cuales fueron regulados por nuestro ordenamiento en casos de hostigamiento sexual. En efecto, realizando una interpretación sistemática del artículo 20 del D.S. N° 014-2019-MIMP y el artículo 12 del D.S. N° 009-2016-MIMP, se advierte que la valoración de las pruebas relacionadas al acoso, debe observar la situación de vulnerabilidad de la presunta víctima y además, es posible valorar la sola declaración de la víctima, para desvirtuar la presunción de inocencia, si es que no se advierten razones objetivas que invaliden sus afirmaciones; para lo cual se debe evaluar: i) La ausencia de incredibilidad subjetiva, ii) La verosimilitud del testimonio y iii) La persistencia en la incriminación.

Por ello, considerando el carácter lesivo de derechos fundamentales que genera el acoso laboral o mobbing, al igual que el hostigamiento sexual, realizando una interpretación analógica de la validez de la declaración de parte como única prueba para determinar la configuración de la conducta de acoso sostenemos que, ante la falta de medios probatorios que permitan realizar una valoración conjunta, podría valorarse como medio probatorio único la declaración de parte de la víctima de acoso laboral o mobbing, evaluando la situación de vulnerabilidad que presenta y sobre todo, la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud de su declaración y la persistencia en la incriminación.

En conclusión, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial expuesto nos permite afirmar, que nuestro ordenamiento jurídico permite a la víctima de acoso laboral o mobbing acreditar esa

conducta a través de medios probatorios idóneos, tales como la pericia, documentos, declaración testimonial y declaración de parte. Siendo importante precisar que cada uno de ellos presenta características propias que permiten su valoración objetiva.



## CONCLUSIONES

1. La dificultad probatoria del acoso laboral o mobbing, se configura por: i) La necesidad de valorar su carácter reiterado, sistemático y prolongado, ii) La necesidad de valorar la conducta intencional del agresor o grupo de agresores, iii) Su ejecución a través de hechos complejos no materializados ni exteriorizados, difíciles de establecer mediante prueba directa; y iv) La relación distante que tiene la víctima con los medios de prueba.
2. La carga de la prueba que la NLPT exige a la víctima de acoso laboral o mobbing resulta excesiva, toda vez que la regla general y las reglas especiales que la inspiran requieren al demandante demostrar el elemento objetivo (conducta abusiva y hostil de carácter reiterado, sistemático y prolongado) y el elemento subjetivo (ejecución deliberada o intencionalidad) de dicha conducta, exigencia probatoria legal que no hace más que reforzar la dificultad probatoria que de por sí, implica la propia configuración del acoso laboral o mobbing.
3. La excesiva carga de la prueba exigida por los numerales 23.1 y 23.3 del artículo 23 de la NLPT a la víctima de acoso laboral o mobbing, puede ser válidamente superada con la presunción judicial regulada por el numeral 23.5 esa misma norma, toda vez que a partir de indicios –tales como, circunstancias en que sucedieron los hechos o antecedentes de conducta– que permitan presumir la existencia de acoso laboral o mobbing, el Juez debe darlo por cierto, salvo claro está, que el demandado hubiese aportado elementos suficientes para demostrar la inexistencia de esa conducta.
4. El procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales regulado en Chile y España considera las dificultades probatorias que enfrenta la víctima del acoso laboral o mobbing; motivo por el cual, garantiza una regla especial en la carga de la prueba que facilita la demostración de esa conducta. Sin perjuicio de ello, también garantiza una tutela efectiva mediante un rol protagónico del Juez, toda vez que, al declarar

fundada la demanda tiene el deber de adoptar el cese del hecho lesivo, declarar su nulidad y ordenar la reparación de sus consecuencias.

5. La dificultad probatoria para demostrar el acoso laboral o mobbing puede ser atenuada con la presunción judicial regulada por el artículo 23 (numeral 23.5) de la NLPT. Sin embargo, esa dificultad probatoria incluso podría ser superada mediante la regulación de un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales provisto de etapa probatoria y caracterizado por su prioridad, celeridad acentuada, mecanismos de facilitación probatoria, así como mecanismos restitutorios de reparación, propuesta que de ser concretizada permitiría lograr a las víctimas de acoso laboral o mobbing, una tutela jurisdiccional efectiva.
6. Mientras subsiste la relación de trabajo, la víctima de acoso laboral o mobbing dispone de un momento valioso para formular una estrategia de intervención frente a esa conducta, toda vez que tiene la oportunidad de: i) Identificar el problema, es decir, acceder a información sobre el acoso laboral o mobbing para formular una estrategia de defensa frente a esa conducta, ii) Documentarse, registrar agresiones, buscar testigos, acumular pruebas y hacer públicas las agresiones de acoso laboral o mobbing, iii) Desactivarse emocionalmente del agresor o grupo de agresores y iv) Buscar ayuda especializada a fin de garantizar la tutela de sus derechos.
7. La obtención de medios probatorios mientras subsiste la relación laboral además configura una estrategia sólida, ya que en el momento en el que se produzcan los efectos del acoso laboral o mobbing y la víctima opte por la dimisión, tendrá la posibilidad de interponer demanda con todo el sustento probatorio pertinente que le permita obtener una tutela jurisdiccional efectiva.
8. Existen cuatro (04) medios probatorios útiles que pueden ser ofrecidos a la demanda para demostrar el acoso laboral o mobbing: i) La pericia que contiene el detalle y relación de causalidad del daño alegado por la víctima, ii) Los documentos, iii) La declaración testimonial y iv) La declaración de parte, teniendo cada uno de ellos características propias que permiten su valoración objetiva.

## BIBLIOGRAFIA

ABAJO, Francisco Javier

2010 *Mobbing. Acoso psicológico en el ámbito laboral*. Tercera edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

ARCE, Elmer

2012 “La tutela laboral de derechos fundamentales del trabajador. Una asignatura pendiente en tiempos de reforma”. *DERECHO PUCP*. Lima, 2012, número 68, pp. 435-448.

<http://biblioteca.pucp.edu.pe/recursos-electronicos/>

BABUGIA, Marínés Dolores

2018 *La prueba en el acoso laboral*. Buenos Aires: Editorial B de F.

BLANCAS, Carlos

2007 *El acoso moral en la relación de trabajo*. Lima: Palestra Editores.

2011 *La cláusula de estado social en la constitución. Análisis de los derechos fundamentales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CAAMAÑO, Eduardo y José Luis UGARTE.

*El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales*. Consulta: 10 de octubre del 2020.

<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n1/art04.pdf>

CAMBRIDGE

*Diccionario inglés español*. Consulta: 16 de julio del 2020.

<https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/mob>

CONGRESO DE DIPUTADOS Y DEL SENADO DE ESPAÑA

1978 Constitución Española. Madrid: 31 de octubre de 1978.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE PERU

- 2010 *Ley N.º 29497*. Nueva ley procesal del trabajo. Lima: 13 de enero del 2010.
- 2013 *Ley N.º 30112*. Ley del ejercicio profesional del trabajador social. Lima: 27 de noviembre del 2013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PERU

- 2016 *Casación N.º 10805-2016-Lima*. Sentencia: 24 de abril del 2018.

CUBILLO, Carlos

- 2008 *Tratamiento jurídico del mobbing*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

DEVIS, Hernando

- 1981 *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Quinta edición. Buenos Aires: Víctor P. De Zavala.
- 1981 *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo II. Quinta edición. Buenos Aires: Víctor P. De Zavala.

DIAZ, Viviana Laura

- 2007 *Acoso laboral ¿Un flagelo negociable?* Buenos Aires: Editorial Quorum.

GOBIERNO DE ESPAÑA

- 1995 *Real Decreto Legislativo 2/1995*. Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Madrid: 7 de abril de 1995.

GONZALES, Tomás Ignacio

- 2018 *Mobbing. El acoso psicológico en el ámbito laboral*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial B de F.

HUNTER, Iván

*Las dificultades probatorias en el proceso civil. tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta*. Consulta: 10 de octubre del 2020.

[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532015000100006](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000100006)

JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DE TRABAJO N° 27 DE BUENOS AIRES, ARGENTINA

2005 *Expediente N.° 18.754/2005*. Sentencia: 10 de octubre del 2007.

JUZGADO SOCIAL N° 30 DE MADRID, ESPAÑA

2002 *Expediente N.° 99/02*. Sentencia: 18 de marzo del 2002.

LEDESMA, Marianella

2016 “La prueba documental electrónica”. *FORO JURIDICO*. Lima, 2016, número 15, pp. 17-25.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE PERU

1993 *Resolución Ministerial N.° 010-93-JUS*. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Lima: 8 de enero de 1993.

MOLERO, Marlene

2008 “El acoso psicológico (mobbing) en la legislación laboral peruana: El desarrollo de un concepto”. *IUS ET VERITAS*. Lima, número 36, pp. 340-365.

<http://biblioteca.pucp.edu.pe/recursos-electronicos/>

OLIVEIRA, Flavia

2005 *El Acoso Laboral*, Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho. Valencia: Universidad de Valencia de España. Consulta 16 de julio del 2020

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO

*Convenio N° 190. Convenio sobre la violencia y el acoso*. Consulta: 4 de setiembre del 2020.

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C190](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190)

PIÑUEL, Iñaki

2001 *Mobbing: Como sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Cantabria: Sal Térrea.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE CHILE

2002 *D.F.L. N.º 1*. Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo.  
Santiago: 31 de julio del 2002.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE PERU

1997 *D.S. N.º 003-97-TR*. Texto Único Ordenado del D. Leg. N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Lima: 21 de marzo de 1997.

PRIORI, Giovanni F. y Roberto PEREZ-PRIETO

2012 “La carga de la prueba en el proceso laboral”. *IUS ET VERITAS*. Lima, 2012, número 45, pp. 334-345.

<http://biblioteca.pucp.edu.pe/recursos-electronicos/>

RODRIGUEZ, Beatriz y otros

2011 *Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo. Guía para la empresa y personas trabajadoras*. Segunda edición. Madrid: Editorial Tecnos.

SALA SEGUNDA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA,  
ARGENTINA

2007 *Expediente N.º 86.883*. Sentencia: 28 de noviembre del 2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

2007 *Expediente N.º 74/2007*. Sentencia: 16 de abril del 2007.

*Expediente N.º 250/2007*. Sentencia: 17 de diciembre del 2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERU

2001 *Expediente N.º 1121-2001-AA/TC*. Sentencia: 11 de julio del 2001.

2001 *Expediente N.º 976-2001-AA/TC*. Sentencia: 13 de marzo del 2003.

2003 *Expediente N.º 2053-2003-HC/TC*. Sentencia: 15 de setiembre del 2003.

2005 *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*. Sentencia: 17 de octubre del 2005.

2013 *Expediente N° 0987-2013-PA/TC*. Sentencia: 7 de junio del 2018.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE MADRID, ESPAÑA

2006 *Expediente N.º 93/2006*. Recurso de suplicación: 7 de noviembre del 2006.

UGARTE, José Luis

*La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: De erizo a zorro*. Consulta:

10 de octubre del 2020.

[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502007000200003#21](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000200003#21)

