

La prueba del acoso psicológico en el ámbito laboral, por Patricia B. Barbado.

Publicado en Revista Jurisprudencia Argentina, fascículo del 12.8.05.-

“La violencia es el último recurso del incompetente”.

Isaac Asimov

SUMARIO:

I. La dificultad de la prueba.- II. Medios de prueba.- III. Objeto y carga de la prueba. La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.- IV. Conclusiones

I.- La dificultad de la prueba

El fenómeno llamado *mobbing*¹, aunque antiguo, es de reciente conceptualización y entraña una serie de conductas cuyas dramáticas consecuencias hasta hace poco habían pasado desapercibidas².

Sin embargo, debido al extraordinario avance de las investigaciones no sólo ha sido posible catalogarlo dentro de los riesgos emergentes del trabajo actual³, sino que se lo ha considerado tan grave que, en diversos pronunciamientos emanados de altos tribunales de Italia y de España, ha sido calificado como accidente de trabajo el suicidio de víctimas afectadas de síndromes depresivos causados por conductas de acoso psicológico⁴.

Las formas en que se lleva a cabo este proceso perverso son bastante conocidas. Empero, no está demás recordar aquí algunas de ellas: el descrédito público de la víctima, atribuyéndole sistemáticamente errores, despreciando o criticando su trabajo en presencia de otros compañeros o comparándolo con otro supuestamente mejor; la crítica de aspectos de la

¹ Mobbing se puede definir como "cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, dignidad o integridad física de la persona, o que puedan poner en peligro su empleo o degradar el clima laboral". Para dejar aclarado el origen del término es conveniente reiterar aquí lo que dijimos en nuestro trabajo anterior "El acoso psicológico en el ámbito laboral de los poderes públicos y la responsabilidad del Estado", publicado en Jurisprudencia Argentina suplemento de Derecho Administrativo del 29.12.04 del fascículo 13, t.2004-IV. En dicha ocasión recurrimos a la explicación que brinda Velázquez Fernández que es la que nos parece más esclarecedora. Mobbing deriva del término inglés "mob" cuyo significado en castellano sería el de una multitud excitada que rodea o asedia a alguien (una persona) o a algo (un edificio, un objeto) bien sea de forma amistosa o bien de forma hostil. El sustantivo "mob" es el gentío, el vulgo, la plebe o "populacho", mientras que el verbo "to mob" describe la acción de ese gentío de agolparse o atestarse en torno a algo o bien la de asediar o atacar en masa a alguien. El origen de la palabra describe, por tanto, una acción colectiva de un grupo de personas frente a algo o a alguien, y curiosamente no siempre de modo negativo, tal y como ahora está siendo tratada en el ámbito de las condiciones de trabajo. Agrega este autor que el fenómeno ha sido descrito recientemente por un grupo de expertos de la Unión Europea como "un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado/a es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío", M.Velázquez Fernández, La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o "mobbing", www.asacam.es.vg; para consultar la traducción del término ver también www.wordreference.com.

² Ver nuestro trabajo "El acoso psicológico en el ámbito laboral (mobbing). Su tratamiento en la jurisprudencia española", publicado en J.A. t. 2004-IV, fascículo 4, 27.10.04.

³ Velázquez Fernández, M., "La respuesta jurídico legal... cit.

⁴ Fanjul, A., El acoso moral (mobbing). Un nuevo riesgo en la medicina del trabajo, www.astrea.com.ar

personalidad o la vida privada de manera continua; la asignación de funciones sin sentido o por debajo de la cualificación del trabajador; la presión sistemática, etc.⁵.

Cuando en nuestro país se empezó a hablar de la violencia familiar -y también en los casos de acoso sexual y de abuso infantil-, inmediatamente se señalaba la dificultad de la prueba de las conductas implicadas. Con el tema de la violencia psicológica en el ámbito laboral sucede lo mismo.

Esto parece natural si tenemos especialmente en cuenta que resulta evidente que tales procesos se desarrollan en contextos de relativa privacidad y que la víctima se encuentra en estado de desamparo. Ello la coloca también en inferioridad de condiciones y en estado de dificultad probatoria, lo cual es una regla de experiencia de la que, a su vez, deviene la de facilitarle la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión o bien de invertirla. Como un avance se ha incorporado, pues, el principio del *favor probationis* para los casos de difícil prueba en beneficio del más débil⁶.

Al contrario de la violencia física o del acoso sexual, el *mobbing* parece ser un proceso más "silencioso" y sutil en tanto conduce a un aumento de confusión y a la disminución de la autoestima de la víctima, sintiéndose incluso responsable de lo que sucede. Por esto, la mayoría de los afectados callan por miedo a ser juzgados y etiquetados por los compañeros y la dirección como "problemáticos"⁷.

Podemos advertir, por otro lado, que más allá de las diferencias puntualizadas, el hostigamiento psicológico presenta algunas características comunes con el acoso sexual, cuya dificultad probatoria también se destacó⁸, por cuanto se trata de comportamientos que se desarrollan en el ambiente laboral y pueden desencadenarse en ámbitos o circunstancias donde no existen otras personas que puedan observar el proceso⁹. En todo caso, el trabajador denunciante deberá afrontar la ardua carga de acreditar que efectivamente fue sometido a un hostigamiento.

Tales similitudes nos permitirán entonces extrapolar aquellos conceptos vertidos por la jurisprudencia nacional en esa materia en tanto reciban concreta aplicación a la problemática que estudiamos. Asimismo, el avanzado grado de desarrollo alcanzado por la jurisprudencia española en torno al *mobbing* constituirá una guía de indiscutible utilidad para nuestro trabajo, a la hora de establecer las directrices que habremos de seguir para dilucidar los interrogantes que plantea el tema.

Somos conscientes de las dificultades que ofrece el tema en torno a la prueba, que lo ubican en el terreno de las *difficilioris probationis*. Pero ello no es sinónimo de impunidad. Así lo ha demostrado la experiencia, por cuanto tales dificultades, afortunadamente, no fueron obstáculo para que las conductas implicadas en otras manifestaciones de violencia (ya sea en el ámbito familiar o doméstico, en el abuso infantil o en el acoso sexual) pudieran ser debidamente acreditadas y, consiguientemente, obtuvieran la merecida sanción en los casos que llegaron a conocimiento de los jueces.

⁵ Un mayor desarrollo de este concepto se encuentra en nuestro trabajo "El acoso psicológico en el ámbito laboral de los poderes públicos y la responsabilidad del Estado", J.A. Suplemento de Derecho Administrativo del fascículo 13, 29.12.04.-

⁶ Mosset Iturraspe, J. – Lorenzetti, R.L., Contratos médicos, Bs. As. 1991, p. 382 y ss..

⁷ Poyatos Matas, G. y Escudero Moratalla, J. F., Acoso laboral: diversas posibilidades procesales para ejercitar la acción, www.acosomoral.org.

⁸ González (h.), R. O., Acoso sexual en el ámbito laboral ¿ficción o realidad?, IMP 2001-9, 171

⁹ Poyatos Matas, G. y Escudero Moratalla, J. F. explican que debido al carácter reservado en que se llevan a cabo los ataques resulta casi imposible contar con testigos y, en caso de que testifiquen, ello, no se puede pasar por alto el temor de éstos, a convertirse en la próxima víctima ("chivo expiatorio") si apoyan de alguna forma al sujeto pasivo del *mobbing*, ver su artículo "Acoso laboral...", cit.

Es obvio que la prueba del acoso psicológico en el trabajo no parece sencilla. Tengamos en cuenta que su propio concepto encierra en sí mismo el de la mala fe¹⁰.

También observamos que en esta clase de situaciones resulta casi imposible determinar con precisión cómo empezó a desarrollarse el proceso de acoso. Se puede advertir a menudo que las circunstancias que originaron las desavenencias en muchos de los casos fueron creando obstáculos de gravedad creciente a la armónica relación laboral que pueden no dejar pruebas para traer al expediente.

No nos olvidemos tampoco que el acoso moral implica siempre conductas dirigidas a causar un daño en el trabajador de muy difícil prueba porque al no tratarse de un daño físico no quedan huellas visibles en él¹¹. Sin embargo, debemos dejar en claro que aquí no trataremos las cuestiones atinentes a la prueba de los daños causados, sino la de los comportamientos que caracterizan este fenómeno.

Tengamos en cuenta que, por lo general, el acosador no emplea medios que dejen rastro de delitos tipificados por el derecho penal¹², ya que se concentra especialmente en la manipulación de lo cultural, los significados y la comunicación que definen la identidad social del acosado¹³. Sin embargo, puede ocurrir que la transmisión pública del ardid permita a la víctima constatar lo que sólo existía en el terreno de la especulación o de la sospecha y, a partir de allí podrá, claro está, conseguir más fácilmente algún tipo de prueba para su acreditación posterior¹⁴.

Es común que el acosador cree a su alrededor un ambiente de impunidad favorecido por el ejercicio del poder de dirección que ostenta. Se preparará entonces para no dejar huellas ni rastros posibles de seguir y todo lo que pueda comprometerlo desaparecerá o nunca habrá existido. También buscará ampararse en el cumplimiento de la ley proveyendo a su actuación una apariencia de legalidad para que no sea fácilmente rebatida ante quien eventualmente dirima los conflictos laborales. Estos extremos obligarán tanto a la víctima, como a quien la represente, a reconocer la norma que se trata de eludir y a desenmascarar la pretendida cobertura del fraude con vistas a evitar que se concrete¹⁵.

Sin lugar a dudas, es más sencillo probar el *mobbing* en los casos en que la persecución tiene su origen en cambios políticos en la administración pública, cuando ésta es la empleadora. Por el contrario, se dificulta la tarea cuando las conductas no son fácilmente externalizadas, lo cual impide asimismo su captación. Salvo, claro está, si opera la intervención de testigos presenciales en favor de quien es objeto de la persecución y si, por hipótesis, ellos son trabajadores de la organización, se verán entonces involucrados en la violenta situación de testificar contra su empleador o contra sus mandos laborales¹⁶.

Dadas las dificultades que presenta la cuestión será menester, pues, realizar un gran esfuerzo que permita poner en relación las múltiples piezas del rompecabezas que concurren en estos casos para llegar a la conclusión final de la existencia del acoso moral en el trabajo¹⁷, debiéndose valorar la prueba en su totalidad.

Si tenemos presente que, tal como lo dijimos, tales conductas se ponen de manifiesto comúnmente en ocasiones de forma encubierta, subrepticia o artera, los hechos deben ser examinados en su conjunto y no aisladamente.

¹⁰ Juzg. de lo Social N° 2 Girona, 17.9.02.

¹¹ Juzg. de lo Social n° 4 de Guipúzcoa, 27.5.03.

¹² Blanco Barea, M. J. y López Parada, J., analizan las implicancias penal del *mobbing* en su artículo “La Vía Penal y Civil integrada en el Tratamiento de Urgencia”, www.prevention-world.com.

¹³ Fuertes Martínez, F. A. - Fabregat, M. B. Arqueología del *Mobbing*, www.acosomoral.org

¹⁴ Juzg. de lo Social N° 2, Girona, 19.8.02

¹⁵ Guevara Ramírez, L., Tratamiento del Acoso Psicológico, el estrés y el burnout como accidentes del trabajo.

¹⁶ Mir Ramondell, J., *Doctrina judicial sobre acoso moral en el trabajo (mobbing)*.

¹⁷ Juzgado de lo Social n° 4 de Gipuzkoa, 27.5.03

Creemos, en suma, que la solución más valiosa será la de que, en definitiva, impida que el acosador se beneficie con la impunidad sólo por que existen dificultades probatorias.

II.- Medios de prueba

Es evidente que el juez no puede penetrar en la verdad más allá de lo que surge de los hechos exteriorizados ante terceros o registrados de otro modo a través de medios probatorios. No obstante, en esencia, éstos pueden no demostrar cabal y plenamente la realidad de los sucesos que, en sus aspectos de mayor trascendencia, suelen acaecer en la relación laboral.

Sea el hostigamiento de índole sexual o involucre también el asedio psicológico, el proceso puede desembocar –lo que es usual- en persecuciones por parte de un superior jerárquico, abusando de la situación de subordinación jurídica y económica que impone todo vínculo laboral¹⁸. En tales casos, el trabajador podrá valerse de cualquier medio de prueba¹⁹.

Tal como lo anticipamos, las conductas implicadas en el acoso psicológico pueden ser más o menos sutiles y detectables por terceros ajenos a la víctima, los que en raras ocasiones testificarán en contra de un superior jerárquico²⁰. Normalmente éstos no quieren hablar²¹ y tampoco denuncian el hecho.

En un caso estudiado por un tribunal español se destacó especialmente el valor mostrado por los trabajadores que prestaron testimonio a instancia de la parte actora, dadas las especiales circunstancias que se vivían en el interior de la empresa (con ceses voluntarios, depresiones, etc.), y la contundencia, firmeza y veracidad con que uno tras otro fueron exponiendo la situación²².

Por su parte, la jurisprudencia nacional sostuvo que para acreditar que existió acoso -aunque esto fue dicho en un caso en que la conducta tenía connotaciones sexuales-, era válido cualquier medio probatorio, incluso el testimonial. Si bien éste constituye uno de los medios clásicos probatorios cuya efectividad ha sido cuestionada por inseguro, lo cierto es que, en algunas ocasiones, la prueba de testigos es el único medio con que se cuenta para reconstruir la realidad fáctica que da sustento a la controversia jurídica. Además, la circunstancia de que un testigo se encuentre emocionalmente involucrado en un incidente laboral, no es factor suficiente para prescindir de su relato; sin perjuicio de ello, la valoración ha de ser muy estricta y prudente por parte de los jueces, en busca de la verdad material para lograr una eficiente aplicación de las normas jurídicas²³.

La prueba documental, en caso de que exista²⁴, servirá también como elemento para acreditar la presencia del hostigamiento. Sobre este aspecto se precisó que el propio desequilibrio psicológico que siempre suele acompañar al acosador, hace que en numerosas ocasiones, a la hora de materializar sus actividades denigratorias, deje algún tipo de rastro o prueba escrita demostrativa de su idea obsesiva por la víctima (por ejemplo, cartas de sanciones, avisos por incumplimientos inexistentes, advertencias incomprensibles,

¹⁸ C.N.Trab., Sala II, 6/11/1997, “S., G.J. c/ Bestov Foods S.A.”, T. y S.S., T° 1998 pág. 68; id., Sala VI, 15.3.01 “Dentone, J. v. Seguridad y Custodia SRL s/ despido”.

¹⁹ Incluso se declaró que una grabación magnetofónica puede servir de prueba en caso de mobbing, Trib. Constitucional, Sala II, Madrid, 15.11.04

²⁰ Juzg. de lo Social N° 28, Madrid, 20.9.02:

²¹ Guevara Ramírez, L., Tratamiento del Acoso Psicológico, ..., cit.

²² Juzg. de lo Social N° 2 Girona, 17.9.02

²³ C.Nac. Trab., sala 6ª, 15/03/2001 – Dentone, Josefina v. Seguridad y Custodia SRL s/ despido.

²⁴ Juzg. de lo Social N° 2 Pamplona Iruña, 24.9.01.

modificaciones sustanciales de condiciones escritas o incluso instrucciones laborales inusitadas, etc.)²⁵.

Por otra parte, debido a las peculiaridades propias de las conductas implicadas deberán tomarse en consideración también los indicios y presunciones que puedan emanar de las declaraciones del afectado –sin perjuicio de analizar esos dichos con el cuidado que el caso merece²⁶- y de aquellas circunstancias que rodean el proceso, sin descartar, por supuesto, los testimonios de compañeros de trabajo que puedan dar, aunque sea mínimamente, pautas de conducta del acosador, aun desde el punto de vista del comportamiento general²⁷.

En términos generales, frente a los comportamientos que configuran el proceso de acoso, todas las pruebas resultan admisibles, incluyendo también la de presunciones. Estas juegan un rol preponderante en determinadas circunstancias por ser prácticamente las únicas que están al alcance del damnificado, máxime cuando ellas se infieren de hechos seriamente probados que lleven al ánimo del juzgador la razonable convicción de las conductas o condiciones que se quiere demostrar.

La evidente dificultad probatoria conduce, pues, necesariamente a admitir la prueba de presunciones y las pruebas indirectas que permiten sancionar y perseguir estos comportamientos que, por estar referidos al ámbito subjetivo de la persona, solo pueden ser demostrados recurriendo a dichos medios de prueba²⁸.

Por ello, el juez apreciará la prueba ponderando la totalidad de los indicios probatorios que se le presenten²⁹, que pueden indicar la existencia de un plan o de un comportamiento alineado en un plan de hostigamiento sistemático.

En ese mismo orden de ideas se sostuvo que siendo evidente que a la hora de evaluar las conductas que dieron lugar a la amenaza laboral es poco probable que se pueda acceder a un conocimiento pleno de lo ocurrido, el juez deberá obtener la certeza moral de que la denuncia no constituye una falsedad a los fines de obtener un beneficio económico o de dañar injustificadamente a la persona del presunto acosador. Por lo tanto, en los casos en que no es posible la prueba directa de los presupuestos fácticos, cobra mayor vigencia -por ende- el valor de los indicios que permitan arribar a la configuración de las presunciones graves, precisas y concordantes que el artículo 163, inciso 5, del Código Procesal eleva a la categoría de pruebas³⁰.

En materia laboral la justicia nacional ha aceptado también la prueba de presunciones, cuando entre el hecho que se tiene como demostrado y el que se trata de establecer, exista una conexión tan íntima y estrecha que aleje la posibilidad de llegar a conclusiones distintas. Respecto de la concurrencia de los tres requisitos clásicos de las presunciones, se aclaró que no debe exigirse con todo rigor, ya que en esta materia la función evaluadora del juez tiene un dilatado campo de acción³¹.

²⁵ Poyatos Matas, G. y Escudero Moratalla, J.F. llaman al acosador “psicoterrorista”, ver su artículo cit. anteriormente.

²⁶ C. Nac. Trab., sala 2ª, 31/10/1991 – Marziani, Luis v. Antigua S.A. s/ despido.

²⁷ González (h.), Ricardo O., Acoso sexual en el ámbito laboral ¿ficción o realidad?, IMP 2001-9, 171

²⁸ Blanco Barea, M, J,- López Parada, J.L., La dignidad y el mobbing en un estado social y democrático de derecho, www.Prevention-World.com

²⁹ Juzg. de lo Social N° 2, Girona, 19.8.02

³⁰ C. N. Civ., Sala M, 5.6.01, P., M. c. Cía. de Servicios Hoteleros S.A., E.D. 197, 388.

³¹ C. Nac. Trab., sala 1ª, 25/3/1983, "Ham, Jorge E. v. Inverco Cía. Financiera S.A." y sent. 45189, 30/9/1982, "Vacas, Carlos A. v. Centro Asistencial Privado Iatros y otros"; id., sala 7ª, sent. 10976, 15/8/1986, "Spirindominis, Miguel Á. v. Molino Arroceros San Javier S.A. s./despido"; ver también, Campeotto, C., La postmodernidad en el Derecho Procesal”, LexisNexis Jurisprudencia Argentina N° 0003/400518

III.- Objeto y carga de la prueba. La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas

La pretensión debe asentarse sobre premisas fácticas bien demostradas. Ello, por cuanto quien invoque padecer acoso moral no debe acreditar solamente posibles arbitrariedades empresariales en el ejercicio del poder directivo, ni es suficiente la afirmación de problemas laborales o la existencia de un proceso depresivo³².

Es preciso demostrar concretamente: a) que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso o, en su caso, como sujeto tolerante del proceso, era perjudicar la integridad psíquica del trabajador o desentenderse de su deber de protección en tal sentido y b) que se le han causado daños psíquicos, lo que exige la existencia de una clínica demostrativa de la patología descrita por la psicología³³, esto es, los datos fácticos que integran el acoso moral³⁴. De todos modos, la resistencia del individuo ante las situaciones de esta naturaleza dependerá de la capacidad de cada uno, de su constitución física, de su confianza en sí mismo, de su fortaleza psicológica, del apoyo que tenga en su entorno, de la estabilidad o no de sus condiciones personales y familiares y en definitiva de su capacidad de resolución ante problemas y vicisitudes, aunque es evidente que cuanto más se prolongue en el tiempo, esa capacidad de resistencia del individuo tiende a verse disminuida, pues ante una inicial muestra de resistencia, el agresor reacciona con una mayor y más constante e intensa presión³⁵.

En cuanto a la carga de la prueba del *mobbing*, la jurisprudencia española ha considerado que cuando se prueba indiciariamente que la extinción de un contrato de trabajo puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales se ha de invertir el *onus probandi*. Así, si el trabajador invoca la existencia de causa atentatoria a su derecho a la integridad en las decisiones, órdenes o actitudes, sobre la empresa recae la carga de acreditar que su conducta es ajena a todo propósito contrario al derecho fundamental en juego, para lo que, además, cuenta con medios de fácil disponibilidad a su alcance en estos casos de acoso moral, especialmente pruebas periciales psicológicas y los informes o declaraciones de los responsables de salud laboral y de los representantes de los trabajadores³⁶. Siguiendo esta misma línea argumental se sostuvo que el empresario debía acreditar que su decisión obedecía a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se tratase, como así también la aportación de una justificación, objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad³⁷. A lo cual se añadió que las reglas de la carga probatoria no deben estar solamente matizadas por las peculiaridades propias del proceso laboral, o por la concurrencia de una mayor o menor sensibilización judicial, sino que deben estar expresamente reguladas, mediante pautas de inversión, análogas a las que -en la actualidad- presiden los procesos de defensa de derechos fundamentales³⁸.

A su vez, en el ámbito nacional en un caso en el que se reclamaba la responsabilidad derivada del acoso sexual se declaró que incumbía a la empleadora probar acabadamente la falta de responsabilidad por la conducta cuestionada de su dependiente, por encontrarse en mejor posición para informar acerca de las condiciones en que se desenvolvían las labores de sus empleados³⁹.

³²TSJ de Galicia, 16.12.03.

³³ Juzg. de lo Social Nº 33, Madrid, 18.6.01; Juzg. de lo Social Nº 2, Vitoria-Gastiez, 31.1.02; TSJ del País Vasco de 26.2.02

³⁴TSJ de Galicia, 16.12.03.

³⁵ Juzg. de lo Social Nº 1, Granada, 24.5.02.

³⁶ TSJ de Andalucía, 19.12.02.

³⁷ Juzg. de lo Social Nº 31, Madrid, 11.11.02.; Juzg. de lo Social Nº 1, Santa Cruz de Tenerife, 24.2.03

³⁸ TSJ de Castilla León de 2002:

³⁹ C. Nac. Civ., sala M, 5/6/2001, P., M. c. Cía. de Servicios Hoteleros S.A. JA 2001-IV-384.

Conviene recordar aquí, por otra parte, nuestra ley formal dispone que los jueces deben apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica, las que según lo enseña el maestro Couture son “reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”⁴⁰.

Asimismo, la doctrina ha ido elaborando la teoría de las pruebas *leviores* aplicables a los asuntos en que resulta difícil cumplir la carga de la prueba por circunstancias ajenas al titular⁴¹ y en la actualidad ha adquirido relevancia también aquella concepción dinámica que permite cierta movilidad al tiempo de examinar los casos. Este valioso aporte doctrinario, que introdujo la idea de solidaridad y colaboración de las partes en la etapa probatoria del proceso⁴², permite, en definitiva, que los jueces cumplan con su deber de esclarecer los hechos controvertidos⁴³. Ello, por cuanto la facultad de “ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos” que contempla el art. 36, inc. 2º, del Código Procesal es, en verdad, un deber inexcusable de los jueces cuando la prueba es decisiva para la solución del litigio. Con lo cual queda evidenciado entonces el ocaso de las teorías tradicionales sobre la carga de la prueba⁴⁴.

Si centramos el estudio en el ambiente laboral que es en el que se desenvuelve la problemática, el propio fundamento de la teoría de las cargas dinámicas radica en el principio de solidaridad ética que establece el deber de probar de quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, máxime cuando las probanzas exigidas se encuentren constituidas por las denominadas pruebas negativas. Luego, partiendo de las características propias de la dependencia laboral y de las conductas humanas involucradas, se impone el principio de primacía de la realidad. En atención a la especial sensibilidad que el juzgador debe tener en esta materia, no corresponde que se detenga en la superficie aparente de las situaciones jurídicas, sino que debe buscar en lo más profundo, o sea, en lo real.⁴⁵

El concepto de las “cargas probatorias dinámicas” se ve también reflejada en la jurisprudencia laboral. En efecto, los litigantes deben aportar al proceso todos los datos de la realidad que estén a su alcance antes del dictado de la sentencia, ya que no pueden refugiarse en un mero abstencionismo o cómoda inactividad, porque las consecuencias se verán al momento de saber la verdad material que los enfrenta. Se trata de una atribución “cooperativa” de la carga de probar ciertos extremos relevantes y la particular fluctuación de las cargas concretas de probar en un proceso, dependiente de circunstancias propias de cada caso y guiada por el distinto grado de dificultad que, para cada parte, importe acreditar un mismo presupuesto de hecho⁴⁶.

Finalmente, tengamos presente que el comportamiento procesal de los litigantes contribuye a formar la convicción del sentenciante, sea mediante la aplicación del art. 163

⁴⁰ Couture, E., “Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial, J.A. t. 79, doct., p. 85.-

⁴¹ Mosset Iturraspe, J. –Lorenzetti, R.L., op. y loc. cit.

⁴² Eisner, I., “Desplazamiento de la carga probatoria”, L. L. 1994-C, 846; R. L. Lorenzetti, “Carga de la prueba en los procesos de daños”, L.L., 1991-A, 995; J. W. Peyrano, “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, L.L. 1991-B, 1034.

⁴³ Acciarri, H., Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales, L. L., 2001-B, 663

⁴⁴ Sentís Melendo, S., “El proceso civil. Estudio de la reforma procesal argentina”, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1955, p. 158); advertimos, entonces, la escasa importancia que tiene la carga de la prueba, R., Arazi, El ocaso de la teorías sobre carga de la prueba, L.L. 2000-A, 1041

⁴⁵ Maza, M. A.. El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas, Jurisprudencia Argentina, Lexis N° 0003/400344.

⁴⁶ Acciarri, H., Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales, op cit..

inc. 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (prueba presuncional) o bien del art. 386 del mismo cuerpo legal (esta vez considerada como fuente de convicción)⁴⁷.

En suma, dada la obvia limitación de posibilidades que tiene la víctima del acoso psicológico en lo referente a la colección de los elementos probatorios respectivos, creemos que aún sin llegar a la necesidad de arbitrar mecanismos inversores de esa carga probatoria, debe ser observado el criterio "favor victimae". En estos casos corresponderá, pues, a los jueces atemperar el rigorismo a fin de no disipar intereses legítimos, debiendo acudir a criterios de normalidad para liberar de arduas demostraciones al litigante que hubo de producir prueba y no la produjo⁴⁸.

IV.- Conclusiones

El magistrado que juzga el acoso moral no puede permitir que, en la contienda procesal, el formalismo neutralice los objetivos tuitivos del derecho de fondo, sobre todo si se tiene en cuenta que la Corte Suprema, desde antiguo, ha advertido que la renuncia a la búsqueda de la verdad jurídica material y la renuncia voluntaria a ese objetivo resultan incompatibles con el adecuado servicio de justicia⁴⁹.

No debe permitirse que las ya frágiles y precarias condiciones laborales en que se desempeñan miles de personas en razón del elevado nivel de desocupación que consignan en las estadísticas oficiales, se vean agravadas por las conductas asumidas por empleadores o superiores jerárquicos, quienes munidos de un rol o posición dominante, menoscaban y avasallan elementales derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales con rango constitucional y los del trabajador que consagra la Constitución Nacional⁵⁰.

Como la dificultad de la prueba no es un sinónimo de impunidad, debe evitarse que la ilegítima actitud de un acosador psicológico encuentre amparo en ello para eludir, de esta manera, su responsabilidad. Debemos tener presente que un halo de impunidad fomenta las conductas violentas ético-jurídicas repudiables –aún en sus formas más sutiles, como la psicológica-, con grave menoscabo de una convivencia civilizada e hiriendo pilares básicos del bien común y de un estado de derecho.

Nos parece conveniente, pues, la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, de manera tal que sobre ambas partes (y no solamente la parte actora), recaiga la obligación de realizar los esfuerzos posibles para llevar la verdad de los hechos al expediente.

Esta solución, aparte de brindar a la cuestión judicial una flexibilidad mayor, tiene otro efecto favorable: los empleadores no podrán escudarse en una cerrada y maliciosa negativa de los hechos, sino que van a tener que probar todo lo que se encuentre en su favor. Ello les impondrá, asimismo, la necesidad de adoptar políticas preventivas para evitar estas situaciones de acoso, y -por otro lado- a actuar y tomar medidas cuando se producen denuncias y/o situaciones referidas al fenómeno⁵¹.

⁴⁷ Campeotto, C.C. La postmodernidad en el Derecho Procesal, LexisNexis Jurisprudencia Argentina, N° 0003/400518

⁴⁸ A. C. P., Marginalias a la carga probatoria dinámica, L. L., 1998-C, 54

⁴⁹ Maza, M. A.. El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas, Jurisprudencia Argentina, Lexis N° 0003/400344.

⁵⁰ C. N. Civ., Sala M, 5.6.01, P., M. c. Cía. de Servicios Hoteleros S.A., precit., Ver nuestro trabajo "El acoso psicológico en el ámbito laboral de los poderes públicos y la responsabilidad del Estado", J.A. Suplemento de Derecho Administrativo del fascículo 13, 29.12.04.

⁵¹ Sobrino, W., "Responsabilidad por acoso sexual", www.estudio-sobrino.com

A su vez, las direcciones habrán de garantizar que los acosadores no continúen con sus prácticas perversas poniendo a las personas en situación de indefensión. Y la primera medida más eficaz será que la empresa manifieste de manera inequívoca que el acoso moral no se tolera en absoluto. En segundo lugar, estas situaciones deben ser prevenidas mediante políticas de gestión de personal adecuadas y, una vez manifestadas, habrán de ser analizadas y solucionadas para evitar su reproducción futura⁵². También se debe procurar el compromiso de los responsables de las organizaciones de que la ética esté presente en el comportamiento diario y de impulsar un entorno laboral libre de acoso. Además de ser observadas las normas y valores éticos en todos los niveles de la organización, se deberá mejorar la comunicación, la responsabilidad y la competencia de la dirección a la hora de abordar conflictos e implicar a los trabajadores y a sus representantes en la evaluación de riesgos y la prevención del acoso moral. Es que siempre la equidad en el lugar de trabajo en gran medida estimula la estima y favorece también el clima de respeto que contribuye a la motivación del trabajador y al mejoramiento de la productividad.

Por último, tal como lo sostiene Nelson Mandela en el prólogo del Informe mundial sobre la violencia y la salud⁵³, muchas personas que conviven con la violencia casi a diario la asumen como consustancial a la condición humana, pero no es así. Es posible prevenirla, así como reorientar por completo las culturas en las que impera. *Debemos ser, pues, incansables en nuestros esfuerzos para hacer frente a las raíces de la violencia y transformar de esta manera el legado de violencia que nos tocó vivir en una experiencia aleccionadora.*

⁵² www.comfia.net

⁵³ Publicado por la Organización Panamericana de la Salud para la Organización Mundial de la Salud, Washington, D.C. 2.002.