

**ALCANCES DE LA PRESUNCIÓN EN EL PROCESO POR ACOSO LABORAL
EN COLOMBIA**

NATALIE REYES GUERRA

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**

2011

**ALCANCES DE LA PRESUNCIÓN EN EL PROCESO POR ACOSO LABORAL
EN COLOMBIA**

NATALIE REYES GUERRA

**Monografía de Grado presentada como requisito para optar al título de:
Abogada**

**Director:
RAMIRO PINZÓN ASELA
ABOGADO**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**

2011

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	11
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	19
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	21
OBJETIVO GENERAL	21
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	21
HIPÓTESIS	22
CAPITULO I	36
ACOSO LABORAL	36
1.1 Antecedentes del acoso laboral	36
1.1.1.1 Causas del acoso laboral	40
1.1.1.2 Perfil del acosador	40
1.1.1.3 Niveles de acción del mobbing respecto de los sujetos que participan	41
1.1.1.4 Daño y su relación con la Presunción	46
1.1.2. Antecedentes en Colombia	47
1.1.2.1 Acoso sexual y acoso laboral	49
1.1.2.2 El antecedente más claro eran las Enfermedades profesionales	50
1.1.2.3 Antecedentes en la Jurisprudencia de las altas cortes colombianas sobre el acoso laboral	55
1.1.2.3.1 Antecedentes Jurisprudenciales en la Corte Constitucional	55
1.1.2.3.2 Antecedentes Jurisprudenciales producidos por el Consejo de Estado	56
1.1.3 Definición del acoso laboral	57
1.1.4 Legislación internacional sobre acoso laboral	58
1.1.4.1 España	58
1.1.4.1 Suecia	62
1.1.4.3 Francia	62
1.1.4.4 Suiza	63
1.1.4.5 Argentina	64
1.1.4.6 México	66
1.1.4.7 Venezuela	69
1.1.4.8 Chile	69
1.1.5. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	70
CAPITULO II	82
Institución jurídica de la presunción	82
2.1 Origen de las presunciones-etimología	82
2.1.1 La presunción dentro de los medios de prueba	84
2.1.2 De la tarifa legal a la libre apreciación de pruebas	85
2.2 Concepto sobre la presunción:	87
2.4 Teorías de la operación de la presunción	90
2.4.1 La presunción se distingue de los medios de prueba	91

2.4.2 La presunción no es medio de prueba, sino un sustituto.	91
2.4.3 La presunción es apenas un expediente de técnica legislativa	92
2.4.4 La presunción es un problema de carga de la prueba	93
2.4.5 Todas las pruebas son presunciones	94
2.4.6 La presunción es un medio de prueba idóneo	95
2.4.7 La presunción es imposición legal de la prueba indiciaria	95
2.4.8 La presunción no es medio de prueba en materia penal	96
2.5 Presunción en las áreas del derecho.	97
2.5.1 Presunción en el derecho sustancial	97
2.5.2 En materia posesoria	98
2.5.3 Buena fe en la Constitución de 1991	99
2.5.4 Presunción Derecho laboral:	100
2.5.5 Presunción en el derecho procesal	102
2.5.6 Presunción en el derecho procesal Laboral	103
2.5.7 Presunción en el derecho procesal sancionatorio	105
2.5.8 Relación de las presunciones frente al derecho ambiental	105
2.6 Respecto al derecho procesal disciplinario proceden las presunciones	106
CAPITULO III	111
Las presunciones como búsqueda de la igualdad de cargas procesales en el libelo por acoso laboral	111
3.1 En el proceso disciplinario por acoso laboral, ya no solo participa el Ministerio público y el disciplinado, sino que introduce a una tercera persona: La víctima ó su representante	114
3.2 Debe agotarse vía gubernativa tanto para las relaciones laborales el sector público como el sector privado	114
3.3 La caducidad finiquita una vez instaurada la queja. La competencia en el sector público la tiene el Ministerio público	115
3.4 La competencia es siempre del Ministerio Público, cuando la conducta de acoso sea entre servidores públicos y si estos con jueces conocerá el Consejo Superior de la Judicatura	116
3.5 La sanción para el servidor público es la falta gravísima, lo cual no obsta que se discipline por otras faltas que se encuentren en violación al régimen de deberes y prohibiciones del servidor público	117
3.6 Las conductas presuntivas de acoso laboral se encuentran enmarcadas en las seis modalidades de acoso laboral y estas a su vez deben diferenciarse de lo que no es considerado acoso laboral	118
3.7 Los Sujetos procesales son participes del acoso, siempre que se encuentren bajo una relación de tipo laboral	122
3.8 El efecto de la presunción es el traslado de la carga de la prueba en beneficio de la parte considerada más débil dentro del proceso y su alcance para establecer la responsabilidad por acoso laboral se da siempre que se demuestren los hechos indicadores de conductas reiteradas y publicas de acoso laboral.	123
3.9 Juicio de razonabilidad sobre la presunción legal del artículo 7 de la ley 1010 de 2006, sentencia C-780 de 2007, Corte constitucional	125

3.10 ¿Cómo se demuestran los hechos indicadores de la conducta de acoso laboral?	128
CONCLUSIONES	135
Bibliografía	141
ANEXOS	146

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
ANEXO A. Estadísticas 2006 a 2008 Procesos en Procuraduría por Acoso Laboral	146
ANEXO B. Estadísticas 2008 a 2011 Procesos en Procuraduría	146
ANEXO C. Estadística Procesos Juzgados Laborales Santander	147

RESUMEN

TITULO: ALCANCES DE LA PRESUNCIÓN EN EL PROCESO POR ACOSO LABORAL EN COLOMBIAⁱ

AUTORA: REYES, Guerra Natalieⁱⁱ

PALABRAS CLAVES: Acoso laboral, Teoría del Mobbing, Presunción del acoso laboral.

DESCRIPCIÓN:

El sentido tuitivo del derecho laboral hace que nuestra legislación tienda a la protección del trabajador; en Colombia en el año 2006 se expide la ley 1010 que previene y sanciona el acoso en el ambiente laboral, este acoso no se limita a las relaciones verticales de poder, sino también entre compañeros de trabajo e incluso entre un subalterno hacia un superior jerárquico; siempre guardando que el acoso laboral se presenta cuando existe una relación desequilibrada entre el acosador y víctima, por lo tanto ya no se refiere solo a la “subordinación” derivada de la relación laboral, sino a una posición de dominancia en la relación entre acosador y la víctima, poniendo siempre en una situación de desventaja a este último, por tanto en comprensión de esta situación el legislador quiso equilibrar las cargas procesales a efectos de brindar una mayor protección a la víctima de acoso y la presunción fue el medio dispuesto para esto. Sin embargo la presunción así planteada no alcanza su objetivo de equilibrar las cargas procesales, ya que conduce de nuevo a la imposibilidad probatoria para la víctima de acoso laboral, porque una de las grandes dificultades en los procesos judiciales por acoso laboral consiste en la dificultad de poder disponer de pruebas directas. Dificultad motivada por tres causas, así: porque el acoso es un mecanismo sutil, envolvente y engañoso, porque el acosador niega el ejercicio de la violencia y porque pretende encubrir un fraude.

Adicionalmente este trabajo contiene un acercamiento a estadísticas sobre el tema.

ⁱ Tesis de Grado

ⁱⁱ Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencia Política, Director Javier Alejandro Guerrero.

SUMMARY

Title: Labor Law: The validity of presumption in explaining the burden of proof

Author: REYES, Guerra Natalie[i]

Key Words: Laboral Harassment, Mobbing Theory, Presumption.

Description:

Labor law is the field of law that addresses to all legislation concerned with the protection of legal rights of, and restrictions on, working people and their organizations. Under the law 1010 expedited on the year 2006, Colombia stated a set of clauses that enable employees to be protected against all acts that were morally unacceptable and illegal through a variety of grounds, such as having a dignifying occupation based on principles of liberty and equality for all.

Harassing therefore is not only instigated by a set of boundaries provoked through a line of vertical relations were hierarchies and subordination explain a pattern of social behavior. Rather, harassment inside an organization comes out regardless the level of employment where the circumstances dictate a path of dominance and asymmetry that contribute to a disadvantage among individuals.

Presumption is the basic feature of this legislation whereas rights and obligations of the worker and the employer between one another are mediated by the burden of proof that one holds over the other. Presumptions are sometimes categorized into two types: presumptions without basic facts, and presumptions with basic facts. In Colombia, some presumptions are impermissible in some cases given the fact that they lack the power of providing certainty in direct evidence. Hence, the difficulty and the challenge of not letting varying levels of reliability of proof considered dispositive of the inquiry being entertained. If the subject threshold level of reliability has been met by the presentation of the evidence, then the thing is considered legally proven for that trial, hearing or inquest.

Thesis of Grade

Ability of Human Sciences, School of Right and Political Science, Director Javier Alejandro Guerrero.

INTRODUCCIÓN

El fin protector del Derecho laboral está representado en la aplicación de presunciones a favor del trabajador en el proceso por acoso laboral en Colombia.

La importancia que refiere en el marco de la Constitución Colombiana la protección del bien jurídico del trabajo hace que nuestra legislación laboral tienda a la protección del mismo y que la presunción sea un medio importante dentro de los procesos laborales en Colombia.

Dentro de estos procesos aparece de forma innovadora para el año 2006, una ley que trató de forma integral el acoso laboral en Colombia. La naturaleza mixta de la ley 1010 de 2006 generó consecuencias procesales tanto en el derecho procesal laboral como en el disciplinario; dado que el sentido tuitivo del Derecho Laboral obliga a sostener que las conductas de acoso laboral del sector público y privado al estar regidas bajo una relación de tipo laboral contienen en sí mismas un desequilibrio entre empleador y trabajador provocado por el vínculo de subordinación. Lo anterior, lleva indefectiblemente a pensar en los mecanismos procesales a favor de la parte débil de esta relación laboral, que se decantan en el proceso ante la jurisdicción laboral por acoso laboral en el sector privado y la investigación disciplinaria por el Ministerio público para el sector público. Esto teniendo en cuenta que el traslado de la carga de la prueba a favor del trabajador, por entenderse como la parte débil de la relación laboral, fue el medio dado por el legislador hacia la protección del equilibrio procesal en el proceso por acoso laboral.

Vale la pena preguntarse entonces ¿Cuál es la utilidad que las presunciones así planteadas prestan para la real protección de los bienes jurídicos del trabajo en condiciones dignas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental del trabajador?

Para dar solución a esta pregunta es necesario observar que el proceso por acoso laboral tiene unas características especiales, propias de lo que en la doctrina se denomina Teoría del Mobbing (por su término original). Si bien no es un fenómeno nuevo dentro de las relaciones laborales en las cuales existen múltiples tensiones y luchas que predisponen a la generación de ambientes laborales hostiles, solo hasta ahora se analiza con profundidad las consecuencias devastadoras que genera la violencia en el lugar de trabajo.

La organización internacional del trabajo –OIT¹, realizó un estudio sobre la violencia en el lugar de trabajo, el mismo fue publicado en el año 2002 y resultado del todo escandalizante ya que las investigaciones realizadas pusieron de manifiesto que por ejemplo cerca del 25% de los incidentes violentos en el trabajo se produce en el sector de la salud, y que más del 50% de los profesionales de la atención sanitaria ha experimentado incidentes de este tipo. Lo que sugería que la violencia en este sector va mucho más allá de la agresión, ya que pone en peligro la calidad en la atención de este servicio vital.

Lo cual ratifica que las consecuencias del acoso laboral ya no solo interesan desde la protección al individuo, sino que se convierte en una conducta a erradicar en beneficio de los principios del estado social de derecho.

En Colombia la teoría del “Mobbing” ó acoso laboral fue el soporte argumentativo del proyecto de ley que dio paso a la expedición de la ley 1010 de 2006² que previene y sanciona el acoso laboral; por lo mismo el primer capítulo de este trabajo de grado, tratará la evolución que ha tenido el acoso laboral en la doctrina internacional, las diferentes denominaciones que se le han otorgado como acoso moral, asedio moral, acoso laboral tendencioso y otros como “bullying”, “bossing” ó harassment que varían en cuanto a los sujetos víctimas de acoso, sujetos que

¹ Revista de la OIT, numero 43 de junio de 2002. Acoso moral: ¿Nuevo azote de la actividad laboral para los sindicalistas? En: OLIVARES ABAJO, Francisco Javier. Mobbing: Acoso psicológico en el ámbito laboral. Segunda edición ampliada. Argentina: Lexis nexis Argentina, 2006.Pag. 311

² Congreso de la Republica. Proyecto de ley 88 de 2004 Cámara: “Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo”. Gaceta 400 de 2004.

provocan uno de los cambios de paradigmas sobre el acoso en el lugar de trabajo; refiriendo al acoso no solo a las relaciones de excesivo poder entre empleador y trabajador (relaciones verticales de poder) sino también entre compañeros de trabajo e incluso en forma vertical ascendente, el acoso hacia los jefes inmediatos cuando proviene de sus subalternos³, se encontraran referencias en este sentido a la doctrina anglosajona⁴ donde también existe el “Client bullying” cuando el agresor es un cliente ó usuario y “Gang bullying” cuando la agresión viene de grupos de poder concretos del entorno laboral ó relacionados con el mismo (relaciones descendente, horizontal y ascendente).

En este capítulo se estudiaran los elementos necesarios para que se configure el acoso laboral como son: a) la presión laboral tendenciosa, b) relación de causalidad entre el comportamiento hostigador y el daño producido c) la Situación de asimetría entre el agresor y la víctima y d) la producción del daño.

Una vez agotada lo que ha dicho la doctrina internacional, se llegará a los antecedentes del acoso laboral en Colombia, donde coincidirá con la legislación internacional también referida en este primer capítulo en que a falta de legislación específica sobre el acoso laboral, era tratado este desde las consecuencias de las enfermedades profesionales y/o la violación a los deberes del empleador , así como en términos generales una protección por analogía al principio universal consagrado en la carta de derechos humanos de no ser discriminado y recibir un trato digno en el trabajo.

Para finalizar este capítulo se llegará al bloque de constitucionalidad sobre el acoso laboral, ya que, se observa que esta ley 1010 de 2006 entra a aplicar los diferentes tratados internacionales que ha suscrito Colombia a fin de garantizar la libertad, la honra, la salud y todos los bienes jurídicos que dentro de las relaciones laborales aseguran el trabajo digno.

El segundo capítulo tiene por fin descifrar el fenómeno del acoso laboral por medio de un procedimiento teórico analítico, que fundamenta su trabajo en la búsqueda

³ Congreso de la República Ley 1010 de 2006, artículo 4.

⁴ RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos. Tratamiento Jurídico del Mobbing. Primera edición. Madrid: Universitaria Ramón Areces,2008.Pág. 20.

de la verdad histórica y en la intermediación de la práctica probatoria⁵, con miras a la construcción de un procedimiento laboral basado en la aplicación del principio *in dubio pro operario*, para lo cual se analizó la institución jurídica de la presunción, su etimología en aras de entender la disposición legal⁶ referente a las conductas que se presumen constituirían acoso laboral en Colombia, no solo basta con conceptualizar que es la presunción y las clases que existen en el derecho, sino más importante aún resulta descubrir desde la doctrina las diferentes teorías que nacen a partir de preguntas como si ¿las presunciones son medios de prueba? Ó si resultan ser un simple ejercicio de técnica jurídica? Ó quizás si las mismas son medios de conocimientos admisibles en los diferentes procesos, salvo en el penal por encontrarse una presunción de hecho superior como lo es la presunción de inocencia? No se pretenderá agotar el estudio o sobre las mismas, ya que son cuestiones todavía no resueltas en el derecho y que se encuentran muchas de ellas en amplios debates de la doctrina; pero sí concluiremos a partir de la jurisprudencia de las altas cortes lo que para nuestro derecho procesal significan estas presunciones, tomando como referencia lo que la Corte Constitucional ha definido para la presunción como un “*típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales*”⁷ y adentrarnos de esta forma en el estudio de las presunciones en el derecho procesal laboral y en el derecho procesal sancionatorio, siempre guardando el debate sobre si estas presunciones deben excluirse en materia disciplinaria, por contener este derecho los principios del *ius punendi*, más si se tiene en cuenta que los efectos procesales de la presunción son el traslado de la carga de la prueba, que en materia disciplinaria corresponde al Estado, es decir al Ministerio Público.

La finalidad de este proyecto de grado es inherente al espíritu de la constitución de 1991, pues el propósito común se basa en guiar la carga probatoria a favor del trabajador para la protección de los bienes supremos del estado social de derecho como la igualdad, la libertad, la paz y el trabajo digno. En vista que la ley 1010 de

⁵ Código Procesal Del Trabajo y de La Seguridad Social. Art. 52.

⁶ Congreso de la República. Ley 1010 de 2006, artículo 7 “conductas que presumen acoso laboral”

⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-780 de 2007. M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

2006 establece en su artículo 7 la aplicación de la presunción de acoso laboral siempre que se acredite la ocurrencia repetida y pública de catorce situaciones que se enmarcan en las modalidades de acoso por persecución, desprotección, inequidad, discriminación, maltrato y entorpecimiento laboral; resulta un tercer y último capítulo que logra conjugar lo visto sobre la presunción dentro del libelo por acoso laboral, describiendo la ley 1010 de 2006 en sus diferentes componentes y cotejándolo con las características propias del mobbing ó acoso laboral para entender el proceder de este devastador flagelo en la dignidad del trabajador; por lo mismo esos elementos en el primer capítulo mencionado recobraran toda su fuerza para demostrar con los estudios de caso que muy a pesar de la noble intención del legislador colombiano, las presunciones allí planteadas resuelven sus alcances en un tecnicismo de traslado de la carga de la prueba, que no logra el cometido de equilibrar las cargas procesales, por encontrarse dificultades desde la consecución de los hechos en que se fundan las presunciones, ya que el acoso se da en el lugar donde el acosador ejerce todo su poder, lo que degenera muchas veces en una imposibilidad probatoria para efectivizar la protección que desde el año 2006 buscó la ley que sancionaría esta devastadora y soterrada practica laboral.

JUSTIFICACIÓN:

Teniendo que el traslado de la carga de la prueba a favor del trabajador por entenderse como la parte débil de la relación laboral, fue el medio dado por el legislador hacia la protección del equilibrio procesal en el proceso por acoso laboral y que aún así se encuentra una interpretación variada en la jurisprudencia sobre dichas presunciones, hace inferir que este es un tema no solo actual sino de vital importancia en la búsqueda de la verdad procesal en materia Laboral en Colombia, sobre todo si el cuestionamiento radica en la utilidad que prestan estas presunciones en la sanción al empleador dentro de una relación desequilibrada en nuestro sistema laboral.

Lo anterior sobre el estudio del acoso laboral como una situación social propia de las relaciones de excesiva subordinación, las cuales pueden determinar un carácter violento en el curso del vínculo jurídico entre empleado y empleador, es además una práctica que se constituye en la expresión de un entorno generalmente hostil, hacia una persona que dentro de la sujeción jurídica que existe entre empleador y trabajador resulta siendo la parte débil, es decir, aquella parte que está puesta en condiciones de inferioridad,⁸ presentándose de múltiples maneras desde la presión psicológica, hasta la violencia física y sexual.⁹

El acoso Laboral o Mobbing (por su termino original) no es un tema nuevo dentro del desarrollo de las relaciones entre empleado y empleador, pero sí es un fenómeno que tan solo en estos momentos empieza a ser visibilizado - gracias a los territorios de frontera que ha trazado el derecho internacional del trabajo en la estructura jurídica en Colombia; lo que muestra que el problema jurídico del acoso laboral, no debe enfocarse en que falten leyes al respecto, sino a la dificultad de integrar su carácter probatorio.

⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-780 de 2007. M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹ Congreso de la República Colombia. Ley 1010 de 2006,art 2.

Por eso si la contrariedad demostrativa es revelar esta actuación dentro del esquema de las relaciones jurídico laborales, teniendo como fin la exposición de exceso del poder jerárquico subyacente en este tipo de interacción socio jurídica, también el valor probatorio del mismo debe estimarse a favor de la parte subordinada y débil, apreciando básicamente los indicios que componen el conjunto de acciones sistemáticas que tienen como fin destruir la moral del empleado para que desista del empleo.¹⁰

De este modo se presenta una posibilidad para descifrar el fenómeno del acoso laboral por medio de un procedimiento teórico analítico, que fundamenta su trabajo en la búsqueda de la verdad histórica y en la intermediación de la práctica probatoria¹¹, con miras a la construcción de un procedimiento laboral basado en la aplicación del principio indubio pro operario, en concordancia con el principio que sintetiza la Honorable Corte Suprema de Justicia al invocar que el grave incumplimiento de las obligaciones del empleador podrían constituir prueba indiciaria del acoso laboral:

“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben tanto al empleador como al trabajador, faculta al uno o al otro para dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa, de acuerdo con el artículo 7º, literales a) numeral 6 y literal b) numeral 8 del Decreto 2351 de 1965.”¹²

Alrededor de estos discernimientos se muestra que la finalidad de este proyecto de grado es inherente al espíritu de la constitución de 1991, pues el propósito común se basa en guiar la carga probatoria a favor del trabajador, en vista que la ley 1010 de 2006 establece una serie de presunciones teniendo que clarificar si las presunciones aplicadas cumplen el objetivo trazado por el legislador en cuanto

¹⁰ Congreso de la República Colombia Ley 1010 de 2006. Art. 2 n. 2.

¹¹ Código Procesal Del Trabajo y de La Seguridad Social. Art, 52.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia n. 35125 de Marzo de 2009.

a la búsqueda de una verdad procesal, ya que, se observa que esta ley no hace otra cosa que aplicar los diferentes tratados internacionales que ha suscrito Colombia con la OIT con el fin de garantizar la libertad, la honra, la salud y en fin todos los bienes jurídicos que dentro de las relaciones laborales aseguran el trabajo digno.

Por lo cual la temática no va a orientarse sobre las características que componen el acoso laboral como instituto jurídico, sino sobre la prueba de aquel, ya que son las disposiciones probatorias las que muchas veces en lo fáctico garantizan el derecho que se encuentra escrito; sin olvidar que en varias ocasiones los medios de conocimiento judicial se pueden hacer dificultosos en los trámites del derecho laboral, procesal laboral y procesal civil, pues el derecho latino estuvo basado en un sistema cerrado y jerárquico de tarifas legales, sin contar que realmente este era un territorio de frontera que lindaba con los límites de la epistemología, la lógica filosófica y la psicología¹³; por lo cual es de considerar que la posibilidad verificadora que la ley y la jurisprudencia da como presunción es de gran importancia, porque podría ser una arma procesal para los abogados litigantes dentro de la práctica jurídica del derecho del trabajo de tipo proletarista.

¹³ MICHELE TARTUFO, La prueba de los hechos. Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Segunda Edición. Milano: Editorial Trotta. 2002. pp. 22 – 24.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Teniendo presente que de acuerdo a los conceptos de las altas cortes y partiendo de la idea que el bien principal de una comunidad jurídica es la búsqueda del equilibrio procesal y el cumplimiento de la ley sustancial; es posible plasmar que la voluntad legisladora plantea que el derecho laboral debe inclinarse a la búsqueda de una verdad histórica, la cual no se excluye con el sistema de indicios y presunciones a favor del trabajador¹⁴ - y que ratifica la ley referente al acoso laboral- debido a que este por ser la parte débil en el proceso merece más consideración a la hora de acercarse al entendimiento del juez, pues este no debe basarse en inclinaciones filosóficas ni instintivas, sino en la concordancia de los medios probatorios,¹⁵ sin embargo para no entrar en discusiones que podría hacer complejo el curso de este escrito de grado, es necesario dejar aquí plasmada esta elucubración con el fin de dar un paso a lo estrictamente fáctico; a pesar que lo anteriormente dicho dentro de este párrafo es un punto necesario para tratar de entender un poco el tema.

Ahora bien, asuntos como que pruebas deben allegarse al proceso para hacer efectivas las presunciones, sobre quién debe recaer la carga de la prueba en el conflicto por acoso laboral, como se hace para obtener el material probatorio: testimonios, pruebas escritas y documentales, pruebas materiales, y experticias psicológicas para comprobar la violencia en el trabajo¹⁶, son de extrema

¹⁵ YOUNES JERÉZ, Simón. Credibilidad y Certeza en la Prueba Judicial. Bogotá: LEYER. 2000. p. 25.

¹⁶ JAIME ORDUZ DURAN. Identificación Del Mobbing O Acoso Laboral En Una Empresa Del Sector Industrial De Mamonal. En Cartagena, Tesis Laureada de Grado de Maestría. Cartagena: Universidad de Cartagena: Facultad Psicología. A.T.

importancia dentro del tratamiento del problema y enriquecen argumentativamente la controversia.

Por eso es importante aclarar que tanto la justicia laboral sustancial, como la justicia laboral procesal tiende a regularse en aras de agilizarse para que dentro de los términos de la misma se garanticen los derechos vitales de quien labora; así, si se logra que la parte técnico probatoria se tornase favorable al trabajador, sería tal vez una manera de garantizar que los derechos no se vulneren¹⁷; teniendo en cuenta que la ley 1010 de 2006 establece unas presunciones determinadas a partir de su artículo 7, es dable considerar que estas presentan múltiples problemas en el momento de abordarlas mediante la práctica judicial, el inconveniente se da explícitamente en el campo del tratamiento jurisprudencial de dichas presunciones como recursos válidos para llegar a la verdad procesal, en el sentido en que se puede vulnerar los derechos al debido proceso, igualdad procesal, presunción de inocencia y verdad procesal de las partes intervinientes, pues la técnica jurídica indica la perentoriedad de la prueba como única forma de constatar la certidumbre de las presunciones, así es como el artículo 176 del código de procedimiento civil predica *“Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.”*¹⁸

Por eso no queda difícil formular el problema de la anterior manera con miras a hacer un análisis del panorama jurídico en cuanto al alcance de las presunciones consagradas en el artículo 7 de la ley 1010 de 2006 sobre acoso laboral, es decir, cómo se aplican determinadas presunciones a través de los medios de prueba de tal forma que la configuración de estas permitan un mayor equilibrio procesal a efectos de establecer una verdadera justicia laboral en Colombia.

¹⁷ CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Laboral, Séptima Edición. Bogotá: Editorial Temis. 2003. p. 37.

¹⁸ Código de procedimiento civil Colombiano, Editorial Legis, Bogotá, 2004, artículo 176.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Qué alcances tienen las presunciones fijadas en el artículo 7 de la Ley 1010 de 2006 a efectos de establecer la responsabilidad por acoso laboral?

OBJETIVO GENERAL:

Analizar desde la hermenéutica constitucional el alcance de las presunciones establecidas en el artículo 7 de la ley 1010 de 2006, a efectos de establecer la responsabilidad por acoso laboral en Colombia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Definir desde un punto de vista epistemológico y jurídico el concepto de presunción.
2. Establecer cómo se aplican los medios de prueba dentro de las situaciones previstas en el artículo 7 de la Ley 1010 de 2006.
3. Señalar la normatividad procesal que versa sobre la aplicación de las presunciones, especialmente en el derecho laboral.
4. Examinar la posición de la Corte Constitucional respecto a las presunciones establecidas en la ley 1010 de 2006.

5. Determinar si la posición de la Corte Constitucional respecto a las presunciones establecidas en la ley 1010 de 2006 ha sido homogénea.
6. Explicar a través del bloque de constitucionalidad la protección que en Colombia se brinda al trabajador víctima del acoso laboral.
7. Cotejar la jurisprudencia de las altas cortes en materia de presunciones dentro del proceso por acoso laboral a partir de la expedición de la Ley 1010 de 2006.
8. Explorar la doctrina nacional e internacional respecto al tratamiento jurídico de las presunciones en materia de derecho laboral.
9. Referenciar en los diversos sistemas jurídicos la consagración de presunciones dentro de la situación de acoso laboral.

HIPÓTESIS

Sin lugar a dudas, la Ley 1010 de 2006 sobre acoso laboral, y especialmente el establecimiento de las presunciones de su artículo 7, constituyen referentes jurídicos innovadores y loables desde el punto de vista de su objetivo, que no es más que equilibrar las cargas procesales a favor de la parte más débil. No obstante, las presunciones allí establecidas carecen de la fuerza jurídica necesaria, en razón que la práctica judicial sugiere que a raíz de la subordinación inherente al vínculo jurídico en materia laboral entre empleador – trabajador, presenta para éste último múltiples dificultades en la consecución de los medios de prueba a efectos de acreditar la responsabilidad por acoso laboral por parte del empleador.

Metodología:

La metodología está planteada desde la hermenéutica constitucional, ya que parte de la valoración de los intereses jurídicos y los derechos humanos en la interrelación económica de alguna apuesta axiológica en el derecho, lo que significa que para tratar los asuntos del acoso en el derecho laboral se debe priorizar un estudio valorativo de la dignidad humana como un pilar del derecho fundamental al trabajo; permitiendo un estudio filosófico-jurídico antes que estrictamente normativo y exegético, siendo el presente trabajo un proyecto de investigación de tipo descriptivo en la medida en que se coteja la información recaudada para dividirla y ordenarla en razón de materializar el planteamiento del objetivo general.

Esta es una investigación de tipo descriptiva, tomando las diferentes fuentes y conceptos que soportan las presunciones en materia laboral, búsqueda de doctrina al respecto y un análisis de la ley de acoso laboral servirán como medios de recolección de información necesaria para la conceptualización de esta innovadora figura jurídica dentro del libelo por acoso laboral.

Es de especial relevancia la connotación de la normatividad vigente que regula lo atinente al establecimiento de presunciones en materia laboral, pues si bien la jurisprudencia brinda un panorama genérico del asunto, es dable considerar que la ley es el soporte jurídico y legal de la misma y define una tendencia al respecto. Como en materia de acoso laboral de acuerdo a la Ley 1010 de 2006 se remite al Código Procesal Civil, al Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y al Código Sustantivo del Trabajo será necesario estudiar estas disposiciones en los

aportes que hagan alusión al uso de las presunciones como recursos legales para llegar a la verdad procesal.

Una aproximación a los postulados específicos de la doctrina nacional desde autores procesalistas como Hernando Morales Molina y Hernando Devis Echandía, autores en materia laboral como Domingo Campos Rivera, autores regionales como el del ex magistrado Ramiro Pinzón Asela en su libro “Indicio y Conocimiento” esencial para abordar el análisis de las presunciones, llegando a autores como Simón Younes Jeréz quien trata en su obra “La credibilidad y certeza en la prueba judicial” el análisis mismo y ponderación a los medios probatorios permiten que estos junto a otros autores referidos inevitablemente contribuirán al enriquecimiento de la conceptualización enmarcada dentro de los objetivos planteados en el inicio.

Este estudio además se soportará del análisis del derecho comparado que han desarrollado jurisprudencia y legislación respecto de la figura del acoso laboral, tendiendo siempre a la búsqueda de los medios de prueba y de las presunciones en caso de existir dicho razonamiento que resultan más orientados a eximir de la prueba a una de las partes; para ello se utilizarán diferentes fuentes como lo son los medios electrónicos y bibliografía o compendios doctrinarios entre otros.

Se examinará la jurisprudencia de la Corte Constitucional en este caso la sentencia C-780 de 2007 en materia de acoso laboral con el objetivo de identificar cuál posición jurídica predomina en cuanto al tratamiento de las presunciones contenidas en la ley 1010 de 2006.

Se hará un paralelo entre las sentencias proferidas por las altas cortes que se refieran concisamente al tema de las presunciones dentro de un proceso laboral, en este caso se tomarán sentencias como la número. 35125 de Marzo de 2009 y número 24313 de Marzo de 2005 de la Corte Suprema de Justicia. Sala de

Casación Laboral, la sentencia C- 780 de 2007 y C- 960 de 2007 de la Corte Constitucional de Colombia y demás sentencias que puedan encontrarse que aborden el tema de las presunciones en materia laboral esto en miras a fortalecer el estudio jurisprudencial del caso.

En el sentido de constitucionalizar el análisis se introducirá el tema del acoso laboral dentro de la amplia perspectiva que ofrece el concepto de bloque de constitucionalidad, arguyendo los esquemas normativos internacionales pertinentes como formas de entender la legislación nacional de acuerdo a una propedéutica lógica y coherente.

MARCOS DE REFERENCIA:

1. Marcos de Antecedentes o Estado del Arte

Dentro de los propósitos de este trabajo se encuentra visualizar el desarrollo jurídico y judicial que ha tenido en Colombia y otros países la denominada figura del “mobbing” ò acoso laboral, por tanto puede decirse que el acoso laboral constituye una práctica, presente en los sectores público y privado, mediante la cual de manera recurrente o sistemática se ejercen contra un trabajador actos de violencia psicológica, que incluso pueden llegar a ser físicos, encaminados a acabar con su reputación profesional o autoestima, llevando en muchos casos a la generación de enfermedades profesionales, en especial, el denominado “*estrés laboral*”, y que en muchos casos, inducen al trabajador a renunciar.

No obstante, a pesar de su frecuente ocurrencia y los devastadores efectos psicológicos y aún físicos que tales actuaciones generan en quien debe soportarlas, se encuentra que sólo hasta comienzos de este siglo empezaron a darse respuestas legislativas a dicho fenómeno en algunos países de Europa. En efecto, en varios Estados europeos han sido adoptadas normatividades tendentes

a evitar y sancionar este tipo de conductas que constituyen el denominado acoso laboral.¹⁹

Así, por ejemplo, Suecia promulgó la Disposición relativa a las medidas a adoptar contra toda forma de persecución psicológica en el trabajo y definió la persecución psicológica, como *“recurrentes acciones reprobables o claramente hostiles emprendidas contra trabajadores/as individuales, de tipo ofensivo, de tal modo que suponen el aislamiento de estos trabajadores/as del colectivo que opera en el lugar de trabajo”*

En igual sentido, la Ley Belga del 11 de junio de 2002 relativa a la protección contra la violencia y el acoso moral o sexual en el trabajo, define el acoso moral, como: *“las conductas abusivas y reiteradas de todo género, externas o internas a la empresa o institución, que se manifiesten principalmente en comportamientos, palabras, intimidaciones, actos, gestos y escritos unilaterales, que tengan por objeto o por efecto atentar a la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un trabajador, o de otra persona a la que este capítulo le sea aplicable con ocasión de la ejecución de su trabajo, poner en peligro su empleo o crear un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”*.

El Código de Trabajo francés también incluye una tipificación de la conducta de acoso moral, según la cual *“ningún trabajador puede sufrir las conductas repetidas de acoso moral que tengan por objeto o por efecto una degradación de las condiciones de trabajo susceptible de afectar sus derechos y su dignidad, de alterar su salud física o mental o de comprometer su futuro profesional*.

El Código de Trabajo de Noruega, por su parte, estipula que *“los trabajadores no serán sometidos al acoso ni a otra conducta impropia y el trabajo deberá ser organizado de tal forma que no ofenda la dignidad del trabajador.”²⁰*

¹² Véase, en documento electrónico: <http://contenidos.universia.es>

¹³ *Ibídem.*

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha elaborado otra definición del término, según la cual, el mobbing es *“la acción verbal o psicológica de índole sistemática, repetida o persistente por la que, en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo, un grupo de personas hiere a una víctima, la humilla, ofende o amedrenta.*

En América los avances legislativos en la materia han sido mucho menos significativos que aquellos alcanzados en varios de los Estados europeos, a pesar de esto en países como el nuestro se ha avanzado en la consecución de una norma sobre la materia como lo es la ley 1010 de 2006, la cual dentro del marco latinoamericano resulta bastante avanzada ya que como lo expresan algunos estudios en varios de los países latinoamericanos, a pesar de haberse presentado iniciativas parlamentarias en materia de prevención, control y sanción de las conductas relacionadas con el acoso en el lugar de trabajo, éstas, en su mayoría, no han logrado ser concretadas en legislación efectiva al respecto. La protección de las víctimas de conductas de hostigamiento laboral ha tenido lugar más bien por la vía judicial, como se verá a continuación.

“En México, en agosto de 2006, un grupo parlamentario propuso algunas reformas a la Ley Federal del Trabajo con el fin de tipificar el acoso laboral para prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y, en general, todo aquel trato atentatorio contra la dignidad humana en el ámbito laboral, pero la iniciativa no llegó a concretarse. La legislación existente en la materia se contrae a la tipificación de la conducta de acoso sexual, y a un par de estipulaciones contenidas en la Ley Federal del Trabajo, según las cuales es una justa causa para la terminación unilateral del contrato por parte del trabajador, ser objeto de amenazas o malos tratos provenientes del patrón, su familia o el personal directivo o administrativo, así como la inclusión dentro de las obligaciones del patrón, aquella relativa a la abstención de cualquier tipo de maltrato hacia el trabajador.

En Argentina existen dos cuerpos normativos provinciales que constituyen importantes avances en la lucha contra la violencia laboral en los ámbitos públicos de las provincias. Se trata de la Ley 4.148 de Prevención, Control y Erradicación de la Violencia Laboral en el Sector Público, de la provincia de Misiones, y la Ley 12.434 de Prevención y Erradicación de la Violencia Laboral en los Ámbitos del Estado provincial, de la provincia de Santa Fe. Con todo, en este país, al igual que en otros tantos del continente, a pesar de la carencia de legislaciones concretas en la materia, los jueces, mediante la interpretación sistemática del ordenamiento, han protegido los derechos de quienes se han visto ofendidos con conductas de hostigamiento en los ámbitos laborales. Así, por ejemplo, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, profirió, en abril de 2005, un fallo mediante el cual ordenó remitir al tribunal de origen un proceso en el cual el demandante invocaba como causal de despido indirecto la persecución laboral sufrida, después de haber declarado la nulidad del rechazo de la demanda interpuesta. Para ello, el juez colegiado reconoció la ocurrencia de “mobbing” y precisó que éste *“se caracteriza por la repetición de comportamientos hostiles, técnicas de desestabilización contra un trabajador que desarrolla como reacción graves problemas psicológicos duraderos, es decir que, se trata de un proceso destructivo sutil que puede llevar a la discapacidad permanente”*, por lo cual consideró que, en virtud del principio *in dubio pro operario*, el tribunal que había rechazado la demanda debió ponderar los factores de persecución laboral alegados y valorarlos adecuadamente.²¹

2- Marco Conceptual

Los conceptos a tratar dentro del proyecto son minuciosamente dirigidos a abordar el problema hermenéutico de la presunción, dentro de la institución negativa de la violencia dentro las relaciones laborales, es decir dentro del acoso laboral:

²¹ Véase, en documento electrónico: <http://www.losrecursoshumanos.com>

Un punto importante dentro de esta investigación es la estructura cognoscitiva primordial, por lo cual los conceptos a tratar dentro del proyecto son minuciosamente dirigidos a abordar el problema hermenéutico de la presunción al interior de las relaciones laborales hostiles, es decir intrínsecamente al acoso laboral, de este modo se pueden describir:

- I. La relación laboral como una idealidad voluntaria en la prestación de un servicio subordinado y el conocimiento aplicado a la estructura jurídica que busca proteger a los trabajadores del fenómeno del acoso laboral, así la epistemología o teoría del conocimiento surge como una herramienta para proteger a los trabajadores de la desregulación de la relación jurídica de trabajo, mediante el análisis hermenéutico de las condiciones de subordinación.
- II. Los medios probatorios y su importancia en el derecho laboral, aclarado por supuesto desde la óptica de la doctrina, la jurisprudencia, la ley y la normatividad internacional.
- III. La presunción dentro de la normatividad nacional y doctrina jurídica:
En materia conceptual “La presunción como medio de prueba resulta de un razonamiento por el cual de la existencia de un hecho reconocido ya como cierto, según los medios legítimos, se deduce por el legislador en general, o por el juez en el caso especial del pleito, la existencia de un hecho que es necesario probar”²²
El artículo 176 del Código de Procedimiento Civil Colombiano establece que *“las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”*

²² Lessona, Carlos. Las presunciones en el derecho probatorio. Editorial LEYER. Bogotá, 2009. Pag 44

Las presunciones según la ley colombiana son de dos tipos: legales, cuando quiera que éstas admitan prueba en contrario; y de derecho, en aquellos eventos en que no exista la posibilidad de desvirtuar el hecho indicador a partir del cual se construye la presunción, de manera que ésta, sencillamente no admite prueba en contrario.

La doctrina también habla de esta manera de las presunciones legales, si están establecidas por la ley, y simples, si son dejadas a la prudencia del juez.

Las presunciones legales, a su vez, se dividen en presunciones legales absolutas (*iuris et de jure*); relativas o mixtas (*juris tantum*), según que con ellas este prohibida la prueba en contrario (presunciones legales o absolutas), o permitida siempre cualquiera prueba en contrario (presunciones legales relativas), o permitida solo una especie determinada de prueba en contrario, o solo en ciertos casos este consentida la prueba contraria (presunciones legales mixtas).²³

- IV.** La Prueba indiciaria referida al maltrato laboral: En el marco de las presunciones en materia laboral se tiene que según sentencia C 960 de 2007 una modalidad probatoria presuntiva, con miras a beneficiar la labor verificadora a favor del trabajador:

(...) Tanto la ley como la jurisprudencia han establecido la presunción de existencia de una relación laboral al margen del nombre asignado al contrato, lo que ha sido denominado como contrato realidad, es decir, aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma(...).

²³ Ibidem

*(...)La protección al trabajador frente al acoso laboral, en los términos de la ley parcialmente acusada, obedece a la existencia real de subordinación pues la dependencia en la relación es la que determina la posibilidad de acoso, de acuerdo a los sujetos y al ámbito de aplicación de la ley (...).*²⁴

V. Los diversos tipos de violencia dentro de la prestación de una actividad subordinada, enfocados al recaudo probatorio, al análisis probatorio, a las fuentes y formas de prueba. Hacia estos tipos de situaciones de los cuales el artículo 7 de la ley 1010 de 2006 en estudio, estipula se presume siempre que se acredite la ocurrencia repetida y publica de los siguientes hechos:

a) Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias;

b) Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social;

c) Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;

d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo;

e) Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;

f) La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo;

g) las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;

²⁴ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C 960 de 2007. M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

h) La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona;

i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;

j) La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados;

k) El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;

l) La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor;

m) La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos;

n) El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.

VI. La violencia dentro del acoso laboral en las tipificaciones referidas así:

- a. Maltrato laboral: todo acto de violencia física y moral dentro de una relación de trabajo.
- b. Persecución laboral: Toda conducta reiterada y dañina que tenga como motivo la renuncia provocada.
- c. Discriminación laboral: Todo trato diferenciado por cualquier tipo de condición social, racial, política, filosófica etc. que tenga por fin envilecer la dignidad de la otra persona.
- d. Entorpecimiento laboral: Esto es la conducta tendiente a hacer menos productivo el trabajo del obrero.

- e. Inequidad laboral: Asignación de funciones a menosprecio del trabajador.
- f. Desprotección laboral: Son las conductas dirigidas a menoscabar la salud física y moral del trabajador.

VII. La subordinación como fundamento de la existencia de la relación laboral mediante contrato laboral, tomando como eje fundamental la ley 1010 de 2006 y la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, se puede establecer que la situación propiamente dicha del acoso laboral se presenta siempre dentro de los ámbitos de la subordinación y la dependencia, propias de esta rama de las ciencias jurídicas, pues como observa el alto tribunal es la dependencia dentro de una relación personal la que determina la posibilidad probatoria de acoso laboral²⁵, así como ciertas actuaciones con relación a esta que permite presentar presunciones que equilibran la parte procesal a favor del trabajador.²⁶

El honorable tribunal ha dicho refiriéndose a la necesidad de la subordinación:

(...) El contrato laboral ha sido definido por el Código Sustantivo del Trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo determina que la relación laboral consta de tres elementos determinantes para que ésta exista (relación personal, subordinación o dependencia continuada y

²⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-960/07. M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁶ Se trata, como se dijo en el acápite anterior, de una institución jurídica que permite al legislador invertir o desplazar el objeto de la prueba, con el propósito de corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba en favor de quien se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta, en este caso concreto, como manifestación directa del principio in dubio pro operario y proteger así bienes jurídicos particularmente valiosos. Sentencia C-780/07. M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

*salario) y advierte que la relación laboral no deja de serlo por razón del nombre que se le de (...)*²⁷

3- Marco teórico

Se hace necesario que en el presente análisis se tomen ciertos marcos de referencia directos, que en este trabajo no son muchos pues por ser un tema de nuevo interés dentro de la doctrina mundial, es muy difícil de decantar con posiciones argumentativas no ideologizadas, por eso es importante recurrir a literatura clásica que ayuda a proyectar ciertos fenómenos históricos que proporcionan facilidad para comprender las categorías jurídicas analizadas, así mismo la normatividad en estudio como eje de este Trabajo de grado:

La ley 1010 de 2006 es la pieza clave del trabajo de grado, pues reconoce las diferentes expresiones del acoso laboral y los bienes jurídicos que este perturba, por lo mismo se debe usar un marco jurisprudencial que explique y decante los detalles de lo que esta legislación quiere lograr. Pero la legislación sería una base poco solida sino se sustenta en un bloque de constitucionalidad que explique las garantías existentes que permite a los trabajadores ser protegidos de toda violencia producida por el ambiente de trabajo.

Uno de los textos de interesante reflexión en cuanto a la filosofía probatoria dentro del derecho es el texto del profesor Ramiro Pinzón Asela Indicio y Conocimiento, perspectiva filosófica en el derecho probatorio; pues agrega de manera muy coherente (y como lo indica su subtítulo), una perspectiva diáfana dentro de la estética jurídica, esto sin contar con los autores que sobre el mismo tema en materia procesal disciplinaria y procesal general se pronuncian como por ejemplo, el doctor José Rory Forero Salcedo y Gustavo Humberto Rodríguez quienes desde una perspectiva jurídica interdisciplinaria tanto pretenden elaborar una estructura científica de los procedimientos verificadores de toda estructura jurídica;

²⁷ Corte Constitucional Colombia. Sentencia C- 960 de 2007. M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

conjuntamente se tomará el código de procedimiento civil y el código de procedimiento laboral y el código único disciplinario que son obras ineludibles dentro de este tipo de enfoque interdisciplinar.

En los libros de derecho laboral hay dos importantes Autores que permiten comprender las categorías del mismo; uno es el derecho Laboral de Domingo Campos Rivera, colombiano, y otro el de Santiago Barajas Montes de Oca de nacionalidad Mexicana. Estos autores tienden a darle al derecho laboral un sentido proletarista y tuitivo, sin que por ello dejen de ser rigoristas en el manejo de la técnica jurídica, que es en últimas el sentido dado por la legislación de los diferentes países; de esta manera logran manejar el significado de la carga probatoria en el derecho laboral, como una concreción de la historicidad de las relaciones entre empleados y empleadores.

De esta forma toman importancia la hermenéutica y la argumentación jurídica para el entendimiento del contexto técnico normativo que arroja el tema en cuestión; por lo mismo es importante obtener el marco teórico que da el libro de argumentación jurídica de autoría del Consejo Superior de la Judicatura. Lo anterior no significa que la bibliografía no pueda ser aumentada en el transcurso de la investigación, dado que la misma llegará como complemento y enriquecimiento de esta estructura investigativa.

CAPITULO I

TEORIA DEL MOBBING Ò ACOSO LABORAL

1.1 Antecedentes del acoso laboral

1.1.1 Antecedentes internacionales del Mobbing

El acoso laboral es una práctica común tanto en el sector laboral público y privado y remonta sus inicios a la existencia misma de las relaciones laborales, en las cuales sin duda alguna, prevalecen posiciones de poder y por tanto situaciones de conflicto que sobrepasan los límites del trato digno en el ambiente laboral. Sin embargo, conociendo de esta latente y degradante práctica, hasta hace pocos años se comenzó a hablar de las repercusiones del “Mobbing” denominado en español como acoso laboral, ya por sus consecuencias en la salud del trabajador, pero sobre todo a las afectaciones que produce en el sistema económico empresarial lo que motivó a académicos y juristas²⁸ a replantearse la ecuación: productividad = beneficio, y a sustituirla por: bienestar laboral más motivación = productividad=beneficio.

En búsqueda de un concepto jurídico del mobbing que facilite analizar el tratamiento que se le da al acoso laboral en el Derecho, es necesario definir los orígenes mismos de la palabra “mobbing”. Se tiene que el llamado “mobbing” fue un término Inglés que en los años sesentas, el etnólogo austriaco Konrad Lorenz, utilizó para describir el comportamiento de grupos de animales, que quieren asustar o echar a un intruso o enemigo.²⁹

En los años setenta el Doctor Peter-Paul Heinemann, médico sueco, investigó el comportamiento hostil que presentan ciertos niños hacia otros en las escuelas y

²⁸ RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos. Tratamiento Jurídico del Mobbing. Primera edición. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008. Pag. 28

²⁹ Véase. BULA TRUJILLO, Edwin Roberto. Una aproximación al estado del arte en Mobbing. Bogotá. 2007. Universidad Externado. Facultad de Administración.

utilizó el término mobbing, para enfatizar la gravedad de algunas conductas, que podrían conducir a la víctima al aislamiento y al suicidio. En 1972 publicó su primer libro sobre mobbing, que aborda la problemática de la violencia de grupo entre los niños en las escuelas, este tipo de acoso en la escuela también se conoce como “bullying”.

En este sentido es de destacar que se ha referido a Bulling como el acoso escolar, bossing como el acoso de los superiores jerárquicos y es aquí donde debe recordarse que este es el típico acoso que se conocía, en el cual eran las relaciones de subordinación por estructura orgánica empresarial lo que llevaba a un hostigamiento del empleador a un trabajador quien estaba subordinado al mismo y siempre con el fin de que este último renunciare a su empleo.

El termino mobbing fue acuñado como tal por el psiquiatra alemán Henz Layman que tomo para su referencia el termino *to mob*³⁰, que traducido del Ingles significan respectivamente: *mob*: “cuadrilla, gentuza” y el verbo *to mob* como “lanzarse contra alguien ó injuriar groseramente”. Para Layman refirió a la acción de rodear a alguien para hostigarle y forzar su huida, definiendo como mobbing “La comunicación hostil ó in ética, dirigida de manera sistemática por uno ó varios individuos contra otro, que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento y activamente mantenido en ella”³¹

En el ámbito anglosajón la palabra mobbing no indica acoso laboral y es utilizada la palabra “bully” ó “bullying”, para algunos autores³² el mobbing se diferencia por tener características más del ámbito de la psicología y también en que el mobbing establece la posibilidad de un acoso de un número plural de personas y el bullying de una sola.

³⁰ MORATALLA ESCUDERO, José Francisco. Mobbing: Análisis Multidisciplinar y estrategia legal. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 2005. Pág.39. En: RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos. Tratamiento Jurídico del Mobbing. Primera edición. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008. Pág. 19.

³¹ Ibid. P. 20.

³² RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos. Op. Cit .p, 127.

En la doctrina anglosajona no se habla solo del acoso entre empleador y trabajador, sino también que se ha avanzado en la clasificación de otro tipo de acoso como lo es:

El “Client bullying” cuando el agresor es un cliente ó usuario de la empresa.

El “Gang bullying” cuando la agresión viene de un grupo de poder concreto del entorno laboral ó relacionados con el mismo (relaciones descendente, horizontal y ascendente que se verán más adelante).³³

En los primeros hallazgos sobre el acoso laboral en los Estados Unidos, al comienzo de 1976, el Doctor Carroll Brodsky, psiquiatra y antropólogo, escribió el libro: *The Harassed Worker*³⁴, basado en las reclamaciones presentadas por un equipo de trabajadores de California, las cuales establecieron que estos presentaban enfermedades y no se encontraban en condiciones para laborar, debido a los malos tratos recibidos por parte de los empleadores, compañeros de trabajo o clientes, y por la alta demanda de producción; esto refleja claramente lo que es considerada la teoría del “mobbing”, como un acoso ya no solo en forma descendente por las relaciones de jerarquía sino entre compañeros de trabajo e inclusive clientes de la empresa, con las denominaciones antes referidas.

En Francia se conoce el acoso laboral como harcèlement ó acoso moral por influencia de la investigadora Marie France Hirigoyen, quien agregó para el estudio teórico del mobbing los riesgos de abuso de los procedimientos de sanción por acoso laboral, ya que muchas conductas de exigencia dentro de las funciones y reglamentos de trabajo se confunden con el acoso propiamente dicho, es por esto que la investigadora manifestó³⁵ que no todo conflicto o roce brusco en la relación de trabajo tiene significación para tipificar acoso. Sólo lo es aquella conducta que,

³³ RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos. Tratamiento Jurídico del Mobbing. Primera edición. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008. Pag. 24.

³⁴ BULA TRUJILLO, Edwin Roberto. Op cit.

³⁵ Congreso de la Republica de Colombia. Ponencia para primer debate al proyecto de ley 236 de 2005 Senado, 88 de 2004 Cámara, Diario Oficial, 198 de 2005.

además de persistente, no va seguida de ningún "esfuerzo de matización" (excusas y correctivos)

Y resulta no menos importante dentro de los estudios más recientes realizados por esta investigadora que el acoso tenga una afectación mayor hacia la población femenina siendo presentada una encuesta en la cual el acoso se daba 70% más hacia mujeres y un 30% a hombres, lo que deja entre ver que del acoso desde lo sexual está sumamente vinculado al acoso laboral y en muchos casos se hace dificultosa su diferenciación. .

En los países del norte de Europa, ha ocurrido un avance interesante por no decir más rápido en lo que se ha concebido como mobbing, en Suiza y en Alemania, se continúa utilizando el término mobbing y se prosigue en esa línea de investigación. En Alemania³⁶, el principal representante de los estudios sobre el mobbing, es el Profesor Dieter Zapf, de la Universidad de Francfort. En Italia, el Profesor Ege quien dirige el centro de investigación de estrés psicosocial y del mobbing, confirmándose que el mobbing ha estado históricamente relacionado con las enfermedades profesionales y que hasta ahora se ha tenido un avance en torno a una definición propia que obedezca también en el derecho a una tipificación de la conducta, ya que sus consecuencias no solo pueden percibirse en cuanto a la salud, sino incluso y más importante aún en el clima laboral y su productividad.

Los antecedentes del mobbing refieren a la doctrina y denominaciones dadas por los mismos investigadores del tema, que en su mayoría pertenecen al área de la psicología, por lo cual los estudios encontrados abarcan los elementos que puedan configurar el mobbing, los sujetos que participan del mismo, el perfil del sujeto ó grupo agresor, así como las conductas asumidas por la victima del acoso, todos, aspectos de suma importancia para reconocer esta práctica

Sin embargo, es importante observar que en una primera búsqueda de su significado se encontró que la palabra mobbing no se ha incorporado al diccionario

³⁶ Ibid.

de la Real Academia de la lengua Española y por tanto en sentido técnico es un barbarismo.

1.1.1.1 Causas del acoso laboral

Dada su deconstrucción conceptual, es preciso entender adicionalmente el acoso laboral observando las posibles causas que participan en su configuración. Para ello la investigación más reciente de Iñaki Piñuel señala algunos eventos que suelen ocurrir de manera previa a la acción abusiva en la relación laboral.³⁷

- El mobbing se puede dar por envidia ó celos profesionales
- Por la resistencia a la manipulación exhibida por la víctima
- Un espíritu crítico de la víctima respecto del grupo dominante
- Independencia de la víctima frente al grupo dominante
Por rechazo del agresor a alguna característica personal ó profesional que distingue a la víctima de la “mayoría silenciosa”
- Por concurrir en la víctima circunstancias que en opinión del agresor la convierten en el vehículo perfecto para manifestar a los demás (masa silenciosa) su poder y capacidad de amedrentamiento.

1.1.1.2 Perfil del acosador

Es importante observar que estas conductas reflejan la inseguridad e incapacidad del agresor para comunicarse por otro medio, es, digamos, un reflejo de la violencia como método ante la incapacidad racional de utilizar otras vías para expresarse o lograr la ejecución de intereses propios.

Por lo tanto el perfil del agresor como lo refiere Iñaki se acerca a una persona “con una profunda alteración de la personalidad. Son sujetos que carecen de norma moral interna; que no dudan en eliminar a un posible opositor (...) son sujetos que suelen rodearse de personas mediocres ó sumisas”³⁸

³⁷ RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos. Tratamiento Jurídico del Mobbing. Primera edición. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008. Pag. 22

³⁸ Ibid. Pag. 31

Es así como en análisis de los expertos los tres rasgos de la personalidad del agresor, el pre-patológico ó patológico, el moral y el intelectual, son enormes orificios por los que se introducen los dos motores básicos del mobbing: la envidia y el miedo.

Pero también se dijo por parte de Leyman que la principal causa del mobbing no había que buscarla ni en el agresor, ni en la víctima, sino en la “organización” es por esto que una de las conclusiones a seguir es la suma importancia que tiene el fundamento estatal frente al respeto a la dignidad humana, en nuestro país a partir de la Constitución de 1991 en Colombia, se manifiestan los pilares que soportan los valores nacionales y es así como el respeto a los derechos humanos, la paz, el trabajo, la libertad entre otros son mandatos hacia los particulares y más aún de los servidores públicos para que en su guía establezcan relaciones productivas no explotadoras y que siempre la propiedad privada tenga un fin social en sí misma.³⁹

1.1.1.3 Niveles de acción del mobbing respecto de los sujetos que participan:

En una delimitación de los niveles que existen de acoso laboral respecto de los sujetos que participan del mismo se puede referir que existe:

Mobbing horizontal: cuando se refiere al acoso entre “pares” ó compañeros de trabajo. A modo de ejemplo puede referirse que este tipo de acoso es frecuente cuando dos asalariados, compiten para la obtención de un puesto o un ascenso. Para Francisco Javier Abajo Olivares⁴⁰ los grupos tienden a igualar a los individuos, intentando eliminar las eventuales diferencias que pudieran parecer, por lo mismo se conoce a este tipo con el síndrome de cuerpo extraño.

Hay que añadir a este respecto que mientras más se profundice un sistema económico basado en la libre competencia encontraremos más recurrentemente esta práctica entre compañeros de trabajo, ya que las competencias internas dentro de la organización en un estado escaso de oportunidades labores causarán

³⁹ Constitución Política de Colombia. Editorial Temis. Bogotá. Art 24.

⁴⁰ OLIVARES ABAJO, Francisco Javier. Mobbing: Acoso psicológico en el ámbito laboral. Segunda edición ampliada. Argentina: Lexis Nexis Argentina, 2006. Pag. 22

probablemente una participación mayor hacia este tipo de prácticas vejatorias a fin de dejar vacante algún puesto, así como algún posible ascenso.

Mobbing Ascendente: Es tal vez uno de los acosos menos frecuentes y más innovadores para esta teoría y es aquel acoso que se produce en aquella situación que una persona que ocupa dentro de la organización empresarial una posición de jerarquía y entra a ser hostigado por sus subordinados. Debe observarse entonces que su posible su ocurrencia puede manifestarse por ejemplo en el caso de la llegada de un nuevo miembro a la organización, lo que puede traer consigo la observancia de un ente extraño que cree conocer más que los demás.

Mobbing Descendente: es el más conocido por lo que refiere propiamente a las relaciones laborales en que existe un exceso de poder, de un superior a un subordinado y que lo utiliza para causar daño. Este tipo de acoso tiene consecuencias más graves sobre la salud, que el acoso horizontal y/o ascendente, ya que la víctima se siente más aislada y le es más difícil hallar recursos probatorios para defenderse judicialmente.

Este tipo de acoso también ha sido denominado como *bossing* y Marine France Hirigoyen manifiesta que “esta situación es la más frecuente en el contexto actual, que da a entender a los asalariados que deben estar preparados para aceptar cualquier cosa con tal de conservar su empleo”⁴¹

Incluso puede darse que el acoso del superior jerárquico venga dado por órdenes expresas de la organización laboral (un superior al mismo). Puede advertirse la recurrencia de este tipo de situaciones para países donde la práctica de corrupción lleva en muchas ocasiones a que el sistema de cuotas burocráticas obliguen a un servidor a coaccionar a otros que tengan una línea política diferente ó sencillamente a la necesidad de implementar su propia nómina de trabajadores, incluso a costa de tener que acosar al trabajador para lograr su propio retiro.

⁴¹ Hirigoyen. Marie-France. El acoso moral: El maltrato psicológico. En RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos. Tratamiento Jurídico del Mobbing. Primera edición. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008. Pag. 25

No menos importante resulta el estudio doctrinario que se ha hecho respecto de los requisitos para configurar el Mobbing, el definir las conductas que no refieren no configuran el mobbing y que pueden converger en otras prácticas también hostiles pero que no generan los elementos de daño entre otras para calificarse incluso desde el Derecho como una práctica no solo reprochable sino judicializable.

Por tanto veremos según ratifica Carlos Cubillo Rodríguez, que los requisitos son:

- a) Una presión laboral tendenciosa. Los parámetros que deben guiar es la objetividad frente a lo que puede considerarse un ataque a la dignidad del otro. Para Carbonell Vaya⁴² la presión laboral tendenciosa siempre ha existido y era conocida como síndrome de chivo expiatorio ó síndrome de rechazo cuerpo extraño, por lo mismo deben visualizarse los procesos que conducen ó tienden a este acoso: 1. La explicación del acoso en función de la personalidad, tanto de las víctimas como del acosador 2. En función de las características inherentes a las relaciones interpersonales y 3. Basándose en las características del entorno laboral y social.**

Insistiré como se observará en adelante que la regla de experiencia es el razonamiento lógico sobre este tipo de conductas, en las cuales violentar la dignidad del trabajador debe guiarse por lo que la lógica común indica como tratos desproporcionados ó no tolerables; esta presión debe ocurrirse en el lugar de trabajo y que poco a poco será más complejo de detectar en la medida que avanza las nuevas tecnologías y los límites entre lo que corresponde a la vida privada y del trabajo ó publica son más escasas, llevando a una tendencia avasalladora hacia los empleos por órdenes de prestación de servicio, en los que por demás no existe relación laboral (aun cuando en la práctica cotidiana en países como Colombia se observe que se configuran en ocasiones situaciones de

⁴² CARBONELL VAYÁ, José Enrique; GIMENO NAVARRO, Miguel Ángel; MEJÍA GARCIA, Ana. EL ACOSO LABORAL, ANTES LLAMADO MOBBING: Un enfoque integrador. Valencia, España: TIRANT LO BLANCH, 2008. Pag. 37

mayor subordinación, por la propia inestabilidad laboral) y empleos también denominados de “confianza” en los cuales se toma como fundamento la disponibilidad del trabajador y las exigencias que se le pueden hacer son mayores y permitidas por el Derecho.

El carácter “laboral” de la presión sufrida se define como un ataque que se produce en el contexto de las relaciones interpersonales que se establecen entre dos individuos que actúan dentro de una relación laboral”, concepto importante para excluir como se dijo anteriormente aquellas relaciones que no configuran frente al Derecho dicho vínculo, pero que como se advirtió frente a la realidad Colombiana resultan ser estas relaciones civiles descarnadamente más violentas es por sujetarse a la necesidad de trabajo de una población con escaso poder adquisitivo.

En adhesión a lo que denomina como “tendenciosidad” por la jurisprudencia española⁴³ esta presión obedece a un plan que puede ser explícito ó no, pero que en todo caso tiene un objetivo, es decir “tiende a...”.

b) Que exista una relación de causalidad entre el comportamiento hostigador y el daño producido. Es decir una conexión entre el comportamiento del agresor y la situación objetiva de acoso provocada por el mismo, sin tener en cuenta a este momento si el daño que se produce es de tipo físico, psicológico ó moral.

Para Carbonell Vaya esta causalidad se da también tomando en cuenta que ocurra en el lugar de trabajo y es indispensable para distinguirlo de otro tipo de conductas de acoso como se vio en un comienzo (acoso escolar, que se trató como “bulling” en un inicio) y que en el Derecho tiene una gran importancia pues nos permite atribuir la competencia judicial al mismo.

En este punto del análisis sobre el mobbing es de suma importancia advertir que esta conducta sea ejercida por un miembro de la organización empresarial,

⁴³ Sentencia juzgado de la social número 2 de Gerona, España En: RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos. Tratamiento Jurídico del Mobbing. Primera edición. Madrid: Universitaria Ramón Areces,2008.Pag.25

incluyendo a los proveedores ó clientes del mismo, esta situación para la doctrina; diferente de lo que se tiene para Colombia ya que de acuerdo a la ley marco que tipifica el acoso⁴⁴, la participación de terceros ajenos a la organización no existe ó al menos no se judicializa.

c) Situación de asimetría entre el agresor y la víctima. Esto refiere ya no a la jerarquía como se conocía antes en el acoso laboral, sino la posición de dominancia del acosador frente a la víctima, ya sea esta dada por recursos, mayor apoyo en la empresa ó incluso superioridad jerárquica. Este que es un criterio no solo tomado por el tratadista Carlos Cubillos Rodríguez, sino también referido en la jurisprudencia española sentencia del juzgado de lo social número 2 Pamplona, de 24 de septiembre de 2001, donde se estima que la “asimetría” entre hostigador y víctima puede significar que el primero tiene una posición de poder por dinero, , apoyo laboral u superioridad respecto de la víctima.

La superioridad que se presenta, como se dijo, no solo se da en la jerarquía que ostente el acosador y por lo mismo la teoría del mobbing entra a reevaluar los sujetos que participan en la misma, ya que no se observa solo el acoso como aquel producido del empleador hacia el trabajador sino más allá de esto, es la relación no igualitaria y discriminatoria que resulta del provecho de una situación de indefensión por parte del acosador y que a la postre se refleja en el desequilibrio procesal al momento de recaudar las pruebas requeridas por la víctima para probar la intención de causar daño y los hechos que la evidencian.

d) Daño. No se valora al mobbing sino por la capacidad que tiene de producir daño, en este sentido la doctrina coincide en que es requisito indispensable para la constitución misma del acoso laboral, la consecuencia que produce en la víctima.

⁴⁴ CONGRESO DE LA REPUBLICA: Ley 1010 de 2006, artículo 6, sujetos activos y pasivos del acoso laboral,

No significa que las conductas hostiles que no conduzcan a un daño evidente no sean reprochables, pero ellas en sí mismas no producen el efecto jurídico que si otorga la producción del daño con posibilidad de probarse; sea este daño de tipo psicológico, físico ó moral, entendiendo que el daño moral es la máxima protección a la protección al bien jurídico de la dignidad y paz laboral, descrito para nuestra legislación en el preámbulo constitucional.⁴⁵

1.1.1.4 Daño y su relación con la Presunción

En este punto del estudio es de suma importancia destacar lo que se ha dicho por Enrique Carbonell Vaya, Miguel Gimeno Navarro y Ana Mejias Garcia⁴⁶ en cuanto la exigencia del dolo. Esto significa que la presión laboral tendenciosa, como regla general, no persigue el daño por el daño, sino que en si misma tiende a la búsqueda de un resultado que comúnmente es provocar la salida del trabajador de la empresa, lo que plantea sin duda alguna un problema al momento de acreditar la finalidad ó tendenciosidad del sujeto acosador.

Por tanto: “algunos autores entienden que el dolo que la intencionalidad no es susceptible de constatación empírica, es necesario partir de la presunción de su existencia salvo prueba en contrario” siguiendo que “la jurisprudencia ha aceptado, en la mayor parte de los casos enjuiciados, la presunción, reconociendo la existencia de un plan doloso y consciente salvo prueba en contrario”⁴⁷

Este avance en la jurisprudencia española coincide y fundamenta aún más el propósito que tuvo el legislador Colombiano al establecer una presunción en la constitución del acoso laboral siempre que se hallen acreditados las circunstancias que se enumera en el artículo 7 de la ley 1010 de 2006, en vista siempre de bienes superiores y por lo mismo muchos autores sobre el mobbing

⁴⁵ Constitución Política de la Republica. Editorial Legis. Vigésima Edición. 2007. P. 13.

⁴⁶ CARBONELL VAYÁ, José Enrique; GIMENO NAVARRO, Miguel Ángel; MEJÍA GARCIA, Ana. EL ACOSO LABORAL, ANTES LLAMADO MOBBING: Un enfoque integrador. Valencia, España: TIRANT LO BLANCH, 2008. PAG. 181

⁴⁷ CARBONELL VAYÁ, José Enrique; GIMENO NAVARRO, Miguel Ángel; MEJÍA GARCIA, Ana. EL ACOSO LABORAL, ANTES LLAMADO MOBBING: Un enfoque integrador. Valencia, España: TIRANT LO BLANCH, 2008

prescriben el acoso laboral como acoso moral, por ser esta conducta una afectación más a la autoestima del trabajador que a su salud física.

Los bienes jurídicos que se protegen entonces son la salud laboral por un lado y la dignidad de la persona del trabajador, agregando en mi concepto que todo en búsqueda de lo que la Constitución Colombiana en su Preámbulo define como búsqueda de la paz, libertad, trabajo y justicia.

1.1.2. **Antecedentes en Colombia**

En Colombia se tiene como circunstancia particular a diferencia de otros países como España, Argentina y Francia que han desarrollado una amplia doctrina y alguna jurisprudencia sobre el mobbing; que en nuestro país los antecedentes del acoso laboral resultan ser escasos, como lo evidencia en exposición de motivos presentada el 29 de julio del año 2004⁴⁸ por los Representantes a la cámara William Vélez, María Teresa Uribe, Manuel Caroprese y el Senador Mario Uribe, donde se expresan:

“Aunque el acoso laboral es una realidad social cotidiana muy extendida en todos los ámbitos del mundo laboral contemporáneo, ha pasado inadvertida por los controles estatales, por las políticas de protección laboral y muy poco se registra en los estudios de las agencias estatales” y reitera que para Colombia “es hora de que nuestra legislación aboque el estudio de este fenómeno como verdadero problema social que está pidiendo a gritos un adecuado tratamiento”

Pero aún cuando los antecedentes sean nulos y solo podamos referir a algunas normas por analogía, como se expondrá más adelante, esto denota un merito mayor y un reconocimiento necesario a nuestros legisladores al presentar y hacer realidad una ley que no solo define y sanciona el acoso laboral, sino que busca a través de mecanismos internos de resolución de conflictos, en las empresas, lograr que el acoso sea disminuido y que sean reconocidas las conductas

⁴⁸ CONGRESO DE LA REPUBLICA, Diario oficial 400 de 2004

perjudiciales en el espacio de trabajo, dignificando la labor del trabajador Colombiano.

El informe de ponencia para el año 2005 del proyecto legislativo 088 de 2004⁴⁹, nos expone el espíritu del legislador para promulgar lo que posteriormente se conocería como Ley 1010 de 2005 “por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo”, en este informe se habló de los bienes protegidos y se expresó así:

“En este informe de ponencia se comparte la convicción de que un ambiente armonioso de trabajo no solo contribuye al respeto a la dignidad humana sino que se traduce en mejora de la productividad”

El espíritu de la ley, su naturaleza mixta y su integralidad para responder a este fenómeno hace parte de los argumentos que se encontraron en el proceso de aprobación de la ley y de donde se puede inferir la protección a los derechos humanos y al mandato constitucional dispuesto en el preámbulo de la carta política como lo es la dignidad humana, el trabajo y la paz. Los bienes expresamente manifiestos por la Ley que entró a sancionar el acoso son:

El trabajo en condiciones dignas, la libertad, la intimidad, la honra, la salud mental del trabajador y la afectación que el acoso laboral puede proveer a nuestra economía, por desmejorar la productividad.

Por esta razón el legislador para el año 2004 tomó como fundamento doctrinal de este flagelo lo que en Estados Unidos, en Inglaterra y con otras denominaciones en Europa se termina asumiendo como “Teoría del Mobbing ó acoso laboral” y aludió a los estudios que la investigadora Marie-France Hirigoyen expuestos en su obra El Acoso Moral, donde refirió:

"Por acoso en el lugar de trabajo hay que entender cualquier manifestación de

⁴⁹ Véase, Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial, Gaceta 198 de 2005. Primer debate proyecto de ley 88 de 2004 que posteriormente se convertirá en la ley 1010 de 2006.

una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que pueden atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o síquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo o degradar el clima del trabajo".⁵⁰

No obstante en la misma época que se encontraba en trámite la ley de acoso laboral es decir para el año 2004, ya se tenían estudios que indicaban que pese a la no existencia de una tipificación del acoso laboral, no significa que el acoso fuese una conducta ajena a las relaciones laborales, por el contrario una de las investigaciones realizadas en el 2004 por el Ministerio de la protección social y la Universidad de Antioquia⁵¹ sobre violencia en el trabajo en Colombia; informa que el 20% de los trabajadores colombianos están expuestos a acoso laboral, y está afectando la calidad del ambiente de trabajo, la salud y la vida de los trabajadores. Este estudio permitió visualizar el problema de esta conducta y diferenciarla poco a poco de otras que se conocían a través de otras normas sustanciales ó vía protección judicial por las Altas Cortes en aplicación al principio de la no discriminación y protección de la dignidad humana.

1.1.2.1 Acoso sexual y acoso laboral

Puede observarse entonces que los antecedentes solo podrían asumirse por analogía a conductas que incluso son recientes en nuestro sistema normativo. El acoso sexual hace parte de estas conductas, pero indica el estudio doctrinal de la investigadora Hirigoyen en referencia, que no deben confundirse estas dos conductas ya que el acoso sexual si bien produce una afectación sea esta física ó moral, ese resulta ser el fin en sí mismo, buscando un beneficio y aprovechándose de una condición de superioridad ó indefensión. Diferente del acoso laboral que

⁵⁰ France Hirigoyen, Marie-. *El Acoso Moral*: Editorial Paidós, Barcelona, 1999, p. 48 En: Congreso de la República, Diario Oficial, Gaceta 400 de 2004, proyecto de ley 88 de 2004, exposición de motivos.

⁵¹ MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA. *Formas y consecuencias de la violencia en el trabajo – Colombia 2004*, Colombia, Universidad de Antioquia, 2004. En: BULA TRUJILLO, Edwin Roberto. Una aproximación al estado del arte del Mobbing. Bogotá. 2007. Acoso laboral Colombia. Universidad Externado. Facultad de Administración. Pag.

aún teniendo varios elementos por ser un acoso en el cuál existe una contingencia de “superioridad” y la consecuencia de lastimar bienes jurídicos como la dignidad, la moral ó incluso la integridad física, el propósito en sí mismo es la afectación a su trabajo ó del ambiente laboral, con miras a su renuncia u hostigamiento laboral. Sin embargo, queda en la valoración del juez delimitar estas conductas de acuerdo a las pruebas que se recauden y al daño infligido, a fin de establecer los antecedentes del acoso.

Por lo anterior, es necesario decir que no solo en nuestra legislación sino que aún actualmente en otros países este es el único mecanismo para tipificar el acoso en el lugar de trabajo, es así como en España el Código Penal habla en el artículo 184 “el que solicitaré favores de naturaleza sexual para sí mismo ó para un tercero, en el ámbito de la relación laboral (...) será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco años”.⁵² A pesar de ello Luis Lafont Nicuesa al escribir sobre el acoso moral en el trabajo y su relación con el acoso sexual, esboza la necesidad de crear un tipo especial dentro de la legislación Española que refiera exclusivamente al acoso laboral. De manera similar en Colombia, muy seguramente haciendo merito de nuestra tradición de un Derecho escrito, específicamente en la ley 1010 de 2006, muchos de los conceptos definidos sobre acoso laboral provienen de la jurisprudencia española.

1.1.2.2 El antecedente más claro eran las Enfermedades profesionales

En Colombia la conducta de acoso laboral se encontraba enmarcada de lo que se denominaban enfermedades profesionales y se remitía al Artículo 1 numeral 42 del Decreto 1832 de 1994 sobre las patologías causadas por el estrés, esto lo manifiesta la Procuraduría General de la Nación en un estudio de caso realizado⁵³ dentro de la presente investigación y es que el acoso laboral se encontraba determinado y enmarcado dentro de una relación de causalidad de la enfermedad profesional y las conductas en la empresa que la provocaban; el decreto 1832 de

⁵² NICUESA LAFONT, Luis. El delito de acoso moral en el trabajo. Primera edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.Pag. 63

⁵³ Procuraduría Delegada Primera Vigilancia Administrativa, Pagina Oficial, Caso radicado: 013-128951 de 2005, entre Silvia Ines Alvarés Quintero y el investigado Jairo Herrera Arango.

1994 definió las enfermedades profesionales y la relación de causalidad necesaria para determinarlas como tal.

El artículo 2 del decreto 1832 de 1994 determinó esta relación de causalidad: “En los casos que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades profesionales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional, será reconocida como enfermedad profesional. Para determinar la relación de causalidad en patologías no incluidas en el artículo 1º de este decreto, es profesional la enfermedad que tenga relación de causa-efecto, entre el factor de riesgo y la enfermedad”.

El ministerio publico resalta en su análisis que: “El acoso moral cuando se presenta con causa o con ocasión del trabajo y se despliega en el medio ambiente laboral, es una enfermedad profesional. La Administradora de Riesgos Profesionales da contestación por la responsabilidad laboral según el Decreto 1295 de 1994, pero la empresa y las personas involucradas pueden ser demandadas civil y penalmente por la víctima o sus familiares”.

Debe aclararse, que según algunos autores como Ángel Jurado Segovia⁵⁴ es diferente el Mobbing de lo que habitualmente se entiende por el estrés, aunque podrían considerarlo como un tipo característico de estrés laboral, como se denomina a la enfermedad profesional. Según el Instituto de Seguridad e Higiene de España en el Trabajo el estrés es *“la respuesta fisiológica, psicológica y de comportamiento de un individuo que intenta adaptarse y ajustarse a presiones internas y externas; es decir, que el estrés aparece cuando se produce un desajuste entre el puesto de trabajo y la organización”*; el Mobbing va más allá, Si bien los sujetos que lo sufren pasan por una misma fase de estrés, propia de situaciones excesivas y desproporcionadas, posteriormente el agresor emprende actos malintencionados que marcan la diferencia entre ambos fenómenos, además reconociéndose que las consecuencias del acoso laboral destruyen la moral del trabajador que en últimas es una consecuencia mucho más desbastadora que la consecuencia en su salud.

⁵⁴ SEGOVIA JURADO, Ángel. ACOSO MORAL EN EL TRABAJO: Análisis Jurídico-Laboral. Primera edición. España: La Ley, 2008. Pag. 383

Se entiende entonces que como antecedente era la Administradora de Riesgos Profesionales la encargada de asumir la responsabilidad, pero la empresa y las personas involucradas pueden ser demandadas civil y penalmente por la víctima o sus familiares, remitiéndonos a las normas sustantivas y procesales que tratan la materia.

Respecto de estos mecanismos que tenían las personas para demandar vía ordinaria ya fuera civilmente y penalmente, debía remitirse por analogía a lo que se denominaba “Persecución laboral” y que entra a ser regulado también por la ley 1010 de 2006 dentro de una de las modalidades de acoso laboral.

Es claro que el desarrollo casuístico en procura de la protección del trabajador avanzó más rápidamente al Derecho Positivo en la materia, encontrándose que en el desarrollo normativo de esta degradante práctica en materia laboral se vio reflejada en textos como la Constitución Política de 1991, los Decretos 1832 y 1295 de 1994, el Código Laboral, el Código Penal e incluso el Código único Disciplinario en las conductas de servidores públicos. Y por otro lado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que habían establecido aspectos relativos e indirectos a esta figura teniendo como base la protección de los derechos fundamentales, al trabajo y a la dignidad humana, e incluso referiré un bien mayor como lo es la Paz.

En cuanto a las normas del derecho sustantivo que por analogía se toman como conductas que afectan el bien jurídico del trabajo digno, tenemos que el Código Penal Colombiano en el capítulo octavo habla de los delitos contra el trabajo y la libre asociación, refiere:

“Artículo 198: Violación de la libertad de trabajo. El que mediante violencia o maniobra engañosa logre el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran, o por los mismos medios perturbe o impida el ejercicio de la actividad de cualquier persona”

También se habla del sabotaje como una conducta contra el trabajo y se le da una sanción mucho más drástica:

“Artículo 199. Sabotaje. El que con el fin de suspender o paralizar el trabajo destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe herramientas, bases de datos, soportes lógicos, instalaciones, equipos o materias primas, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.”

Es importante tener en cuenta que estas son conductas tipificadas actualmente por nuestro derecho, pueden activarse dentro de un proceso penal en conductas ilícitas del campo laboral, que incluso son conductas que también atentan contra el trabajador las determinadas en el Código Penal (Ley 599 de 2000) como: las lesiones personales (art. 111), la incapacidad para trabajar (art. 112), la perturbación física (art. 115), la injuria (art. 220), la calumnia (art. 121), entre otras.

En las normas del derecho procesal laboral, podemos encontrar en concordancia con el principio *in dubio pro operario* que sintetiza la Honorable Corte Suprema de Justicia al invocar que el grave incumplimiento de las obligaciones del empleador podría constituir prueba indiciaria del acoso laboral:

“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben tanto al empleador como al trabajador, faculta al uno o al otro para dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa, de acuerdo con el artículo 7º, literales a) numeral 6 y literal b) numeral 8 del Decreto 2351 de 1965.”⁵⁵

Disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 62 que consagra como obligaciones del empleador la de guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, la prohibición al patrono de ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia n. 35125 de Marzo de 2009.

dignidad (art. 59-9) y establece deberes y prohibiciones similares para el trabajador exponen que el Estatuto Laboral, pese a haberse expedido con anterioridad a la Constitución de 1991, establece como una de las obligaciones del patrono la de “...guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador...” (Artículo 57, numeral 5), y le prohíbe “ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad” (artículo 59, numeral 9). Por tanto, el resquebrajamiento de estos mandatos, faculta al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo, y reclamar las indemnizaciones del caso.⁵⁶

Las multas y la terminación de contrato se compilaron posteriormente en la Ley 1010 de 2006 como una de las consecuencias de la sanción por acoso laboral. La terminación del contrato laboral sin justa causa (en caso de renuncia) e indemnización al trabajador víctima de acoso laboral provienen del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

La naturaleza mixta de la ley 1010 de 2006, puede observarse no solo en las consecuencias que tocan a los particulares rigiendo las relaciones que se guían por el Código sustantivo del trabajo, sino también en las relaciones laborales del sector público. Define una serie de sanciones para el servidor público que se halle responsable por acoso laboral como: las que el Código Disciplinario Único, contiene en el catálogo de deberes y prohibiciones del funcionario público, entre los que se encuentran: el deber de tratar con respeto a las personas con las que se tenga relación en razón del servicio (art. 34-6), la prohibición de imponer a otro servidor público trabajos ajenos a sus funciones o impedirle el cumplimiento de sus deberes (art. 35-3), o los actos de violencia contra compañeros de trabajo u otros funcionarios públicos (art. 35-6), así como las conductas que pueden calificarse entre las faltas graves o leves establecidas en forma genérica en el artículo 50 del Código Disciplinario Único.

Sin embargo, debe tenerse de presente que es en este campo donde la ley 1010 de 2006, hace un aporte a una nueva visión y exigencia dentro de las relaciones

⁵⁶ Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-461 de 1998, Magistrado ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

laborales del sector público, ya que promueve de forma exegética la sanción de falta gravísima a los servidores que se encuentren responsables por acoso laboral. Así el Ministerio Público⁵⁷ ha señalado que *“en los eventos que la conducta de acoso laboral no pueda enmarcarse dentro de la descripción hecha por el artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, no podrá catalogarse como falta gravísima. Así las cosas, en esos casos el operador disciplinario deberá determinar si la conducta encuadra dentro de alguna de las modalidades de la conducta de acoso laboral y realizar la respectiva graduación de la falta, de conformidad con las circunstancias de agravación y atenuación que refiere la misma ley sin perjuicio de los criterios establecidos en la Ley 734 de 2002”*.

1.1.2.3 Antecedentes en la Jurisprudencia de las altas cortes colombianas sobre el acoso laboral

Los jueces de la república hacen un constante análisis hermenéutico donde se evidencia la protección del derecho a un trabajo digno. Sin embargo, en el desarrollo jurisprudencial colombiano no se encuentra referencia explícita acerca del acoso laboral como materia, pues se encontraba que las conductas hostiles hacia el trabajador derivaban en uno, una enfermedad profesional y dos, una persecución que como fin tenía provocar la renuncia del trabajador.

1.1.2.3.1 Antecedentes Jurisprudenciales en la Corte Constitucional

En sentencia T-461 de 1998 (Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra), la Corte Constitucional trató el hostigamiento en las relaciones laborales y su relación con el derecho a la dignidad humana, conceptuando que “al ser el respeto de la dignidad humana un principio vital de nuestro Estado Social de Derecho, es un mandato que obliga no solo a las autoridades públicas sino a los particulares, cualesquiera sea la relación que existe entre estos y que es además,

⁵⁷ Concepto Consulta No. C- 134 de 2008 a la procuraduría regional de Antioquia. En documento electrónico: www.procuraduria.gov.co/html/consulta.htm

un principio de convivencia y expresión de tolerancia” y se remite al artículo 25 de la Constitución que establece que *“toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”* Reitera en sentencia T-013 de 1999 con ponencia nuevamente del magistrado Sierra: “no puede el empleador ejercer actividades o conductas que desconozcan los derechos del empleado” y manifiesta más adelante “En materia laboral no debe imperar indiscriminadamente la autonomía de la voluntad de las partes, que haga nugatorio los derechos de la parte débil de la relación: *el trabajador*”. Esto último de vital importancia para entender el espíritu posterior de la ley 1010 de 2006 frente a la disposición de presunciones a favor de la víctima de acoso laboral.

En sentencia T-790 de 1999, frente a los mecanismos internos dispuestos para sancionar , el magistrado ponente José Gregorio Hernández, resalta que en los procedimientos internos no es permitido al patrono *“utilizar tales procedimientos con el objeto deliberado de perseguir o desalentar al trabajador que ejerce actividades sindicales, pues éstas se encuentran garantizadas por la Constitución Política y no es legítimo que se las obstruya so pretexto de exigir a aquél que cumpla con las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo”*.

En la anterior sentencia de la Corte Constitucional se procedió a tratar un caso típico de persecución laboral, en el que un trabajador vinculado a una empresa privada era hostigado a participar de reuniones políticas a favor de un Senador de la república. Contiene esta sentencia valor agregado, ya que garantiza los derechos de un particular.

1.1.2.3.2 Antecedentes Jurisprudenciales producidos por el Consejo de Estado

El Consejo de Estado, en expediente 9271 de 1998,⁵⁸ desvirtúa la presunción de legalidad del acto de renuncia, debido a que el material probatorio aportado logró desvirtuar este imperativo para resolverse que el empleado se vio obligado a

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. (Consejero Ponente: Silvio Escudero Castro) Expediente Número 9271. Marzo 19 de 1998.

renunciar víctima de la constante persecución. Manifiesta el Consejo de Estado: “No hace falta, entonces abundar en razonamientos adicionales, para llegar a establecer que la presunción de legalidad que cobijaba al acto acusado logró ser desvirtuada, toda vez que se acreditó que personal directivo de la entidad demandada (SENA) se valió de maniobras, artimañas y manipulaciones para constreñir al actor en orden a apremiarlo en presentar la renuncia del cargo que desempeñó” en ese sentido debió verse que el acto de renuncia estuvo viciado ya que voluntad del demandante, obedecía a actos de acoso laboral, en cuanto vicia la voluntad: Primero, la violencia entendida como constreñimiento físico o psíquico ejercido sobre una persona para que declare una voluntad, la intimidación como amenaza de un mal para lograr de una persona una manifestación de voluntad y el dolo como artificio o engaño por el cual se induce a una persona a declarar una voluntad que de otro modo no hubiera declarado o habría sido diferente. En el caso pese a las excelentes calificaciones de la funcionaria, se le trasladó sin razón alguna y se le desmejoró continuamente, hasta el punto de ver afectada su vida familiar y su salud. Razón por la cual se resuelve que en dicho caso se presentó una típica conducta de persecución laboral.

De las sentencias se observa el antecedente del acoso laboral en Colombia se enmarcaba en las enfermedades profesionales y en la denominación de persecución laboral, que tiene por fin buscar la renuncia del trabajador. Esto último fue acogido por la ley 1010 de 2006, para enmarcarlo dentro de una de las seis modalidades de acoso laboral, que vista de manera integral no tiende solo a buscar la renuncia del trabajador sino a causar daño, sea este moral, físico ó psicológico dentro del ambiente laboral.

1.1.3 Definición del acoso laboral

Una vez definidos los elementos constitutivos del acoso laboral, frente a la doctrina nacional e internacional es pertinente que el concepto que aquí se escoja

sea el que ha definido nuestra legislación. No obstante, teniendo algunas consideraciones dadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia puede definirse el acoso laboral como una situación social propia de las relaciones de excesiva subordinación, las cuales pueden determinar un carácter violento en el curso del vínculo jurídico entre empleado y empleador, es además una práctica que se constituye en la expresión de un entorno generalmente hostil, hacia una persona que dentro de la sujeción jurídica que existe entre empleador y trabajador resulta siendo la parte débil, es decir, aquella parte que está puesta en condiciones de inferioridad.⁵⁹

El artículo 2 de la Ley 1010 de 2006 manifiesta que: “se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”

1.1.4 Legislación internacional sobre acoso laboral

Respecto al acoso laboral puede encontrarse algunos avances en materia legislativa así:

1.1.4.1 España:

El ordenamiento jurídico español no tiene aún norma específica sobre la materia, los conceptos de acoso se decantan de las normas, laborales, penales, civiles y derecho administrativo. Sin embargo, la jurisprudencia ha desarrollado una labor

⁵⁹ Véase. Corte Constitucional, Sentencia C- 780 de 2007, Magistrado ponente: Humberto Sierra Porto.

en su conocimiento bastante meritoria, hasta tal punto que ha sido referente para nuestra legislación.

Se tiene que en España durante la legislatura 2000 a 2004, se produjo una iniciativa en el parlamento pero no obtuvo la votación suficiente. Las normas que por interpretación de lesión a otros derechos se encuentran según Carlos Cubillos Rodríguez⁶⁰ son:

Del derecho administrativo

Falta grave ó muy grave de acuerdo a la ley de infracciones y sanciones en el orden social aprobada por el decreto legislativo 5/2000 de 4 de agosto. Situación que en correspondencia toma la ley 1010 de 2006 que en el caso del derechos disciplinario se sanciona como falta gravísima, así lo ha determinado el Legislador, cuando a través del estatuto del empleado público ha tipificado el acoso moral, entre los tres niveles posibles, en el nivel de faltas muy graves artículo 95.2, aplicable este régimen disciplinario tanto a los funcionarios de carrera como personal laboral al servicio de la administraciones públicas.

En España las convenciones tienen poder disciplinario y por tanto las empresas pueden establecer mecanismos y sanciones para los casos de acoso laboral, mecanismo que en dado caso que produzca una sanción y el trabajador no esté de acuerdo entra a disputarse vía judicial, como lo manifiesta Ángel Jurado Segovia⁶¹ cuando en la impugnación judicial de una sanción se aleja la inexistencia de los hechos imputados para sancionar, corresponde al empresario la carga de probar tales hechos, de lo contrario el juez revocará totalmente la sanción impuesta.

Importante resulta en derecho comparado que nuestra legislación, Ley 1010 de 2006, contempla la presunción de acoso laboral en su artículo 7, asunto principal

⁶⁰ RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos. Tratamiento Jurídico del Mobbing. Primera edición. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008. Pag. 37.

⁶¹ SEGOVIA JURADO, Ángel. COSO MORAL EN EL TRABAJO: Análisis Jurídico-Laboral. Primera edición. España: La Ley, 2008.

de este trabajo, presunción que resulta en un descargo de la obligación de probar a favor de quien alega el acoso, siempre que los hechos enunciados taxativamente y constitutivos del acoso sean públicos y reiterados y se presente prueba sumaria de los mismos, una vez acontecida esta etapa se daría aplicación de la presunción. En Colombia no se puede por parte de la empresa establecer sanciones al “acosador”, prevé la ley 1010 de 2006 unos mecanismos de resolución pacífica de los conflictos, siendo el poder de la empresa, escaso en términos que se dirige a mantener los elementos básicos de convivencia, pero nunca una facultad de *ius punendi*.

Para el caso Español se instituye un sistema de distribución de la carga de la prueba en materia de sanciones disciplinarias que se aproximan al principio de presunción de inocencia, ya que en este se hace el traslado de la carga pero hacia el sancionado, es decir el supuesto acosador; dicha situación sin perjuicio de la naturaleza de los procesos laborales, lo cual podríamos asumir como un derecho con tendencia a la protección del trabajador. Sin embargo, para los procesos disciplinarios cambia este concepto y prioriza el derecho del trabajador a quien se sanciona, puesto que la competencia en la dirección del proceso sancionatorio está en manos de la empresa y por tanto, como una seguridad que da la ley para evitar abuso y caer en malas prácticas sobre el acoso, se prefiere guardar esta posibilidad (de traslado de la carga de la prueba) y no entregarla a la empresa quien pudiera en dado caso utilizarla para deshacerse de un trabajador, violentando así sus derechos fundamentales.

Lo anterior no significa que no se proceda al establecimientos de presunciones a favor de la persona que se considere víctima de acoso, para referirlo con Segovia Jurado, se tiene que en analogía con el acoso sexual, algunas veces tratado desde el acoso laboral se parte de la difícil consecución de las pruebas para demostrar tales conductas y por tanto en estas investigaciones también se da porque se abogue por la presentación probatoria mínima, que haga sospechar del acoso, para que opere el traslado de la carga a favor de la víctima.

En el derecho penal

El Delito contra la integridad moral, contra los derechos de los trabajadores, delito de discriminación y delito contra la seguridad e higiene, entre otros son los tipos más recurrentes en el Derecho Español.

Cabe aquí anotar que en materia legislativa uno de los avances que se ha encontrado en este país es una Ley provincial donde se busca específicamente sancionar este delito.

En la jurisprudencia su avance provoca en muchos casos situaciones de gran impacto social es así, porque si el acoso laboral es una figura innovadora, no resulta tan lejana la tipificación del acoso sexual y por lo mismo es análogo hoy a las conductas contra la dignidad en el trabajo, en el año 2000 en el caso "Nebenka"⁶², en el que una concejala de Ponferrada denunció al alcalde por acoso moral y sexual. La sentencia fue favorable a la víctima y produjo la dimisión del gobierno local, genero gran interés por tratarse de este tipo de acoso. A partir de ese fallo, las denuncias y demandas aumentaron considerablemente hasta registrar un número de cuarenta y seis sentencias en la materia, incluidos casos en las Fuerzas Militares.

En el derecho laboral

Es causa de terminación del contrato con indemnización, de acuerdo al artículo 50 del estatuto de los trabajadores, igualmente puede ejercerse la acción por despido por vulneración a derechos fundamentales, para resolverse con anulación del despido.

Se tiene que en el derecho Español el acoso laboral provoca el ejercicio de protección de los derechos fundamentales que se judicializan vía social, como lo refiere la sentencia de 28 de abril de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y que busca la reparación de los daños por degradación moral en la esfera personal, familiar y social del trabajador y la reparación por daños morales y psicológicos.

⁶² Congreso de la republica exposición de motivos 2004 gaceta 004

Para concluir el panorama de lo que se tiene por acoso laboral frente al derecho Español, del cual se realizó mayor profundidad por ser tal vez nuestra referencia más cercana para la adopción de la ley en estudio; diré que el ordenamiento Jurídico Español, siguiendo al derecho comunitario, ha prestado atención a las consecuencias de la violencia en el trabajo por vía del acoso sexual y acoso discriminatorio, es decir por analogía, pero no ha concebido una norma propia que defina, sancione y prevenga el acoso en el lugar de trabajo.

1.1.4.1 Suecia:

Se encuentra como uno de los primeros países de la Unión Europea en expedir una legislación nacional para prevenir el acoso moral en el trabajo desde una óptica preventiva. Dentro del estudio de antecedentes para la formalización en Colombia de una norma que permitiera sancionar el acoso laboral se tomo como referencia que en Suecia y Francia lo sancionan como conducta punible desde 1992 y con posterioridad Estados Unidos, Alemania, Italia y Australia⁶³, por lo mismo en Septiembre de 1993 adoptó como instrumento regulador específico la Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral que cuenta con seis secciones, en las que básicamente declara que el empresario está en la obligación de organizar el trabajo, de tal forma que prevenga anticipadamente el acoso moral y de adoptar medidas correctoras, apoyar y tratar a las víctimas en casos de aparición de situaciones de mobbing.

1.1.4.3 Francia:

En este país se puede observar en el Código del trabajo, artículo 122-49 la definición de acoso moral como “aquellas conductas repetidas que tengan por objeto o por efecto una degradación de las condiciones de trabajo susceptible de atentar contra sus (del trabajador) derechos y dignidad, de alterar su salud física ó mental ó de comprometer su futuro profesional”⁶⁴, es interesante observar que el

⁶³ Congreso de la republica, gaceta 198 de 2005.

⁶⁴ SEGOVIA JURADO, Ángel. COSO MORAL EN EL TRABAJO: Análisis Jurídico-Laboral. Primera edición. España: La Ley, 2008.Pag. 178

legislador hizo un esfuerzo por adoptar como lo hizo en el 2002, la Ley de Modernización Social que incluye en el capítulo IV una legislación específica sobre el acoso moral en el trabajo. Si bien esta ley aporta en su artículo 169 una definición específica de acoso moral en el trabajo e insiste en el carácter reiterado de las conductas vejatorias de hostigamiento, no toca lo relacionado con la finalidad de acosador. Así mismo, esta ley da la posibilidad a quien se le impute haber ejercido directa o indirectamente una conducta, demostrar mediante elementos de hecho, que sus conductas no constituyen hostigamiento y que por lo tanto es ajeno a tales situaciones.

El Código Penal, expresa en su artículo 222-33-2 que "el hecho de hostigar a otro con repetidas conductas vejatorias con el objeto o efecto de degradar las condiciones de trabajo, de atentar contra sus derechos y contra su dignidad, de alterar su salud física o mental o de comprometer su futuro profesional, es castigado por un año de encarcelamiento y por 15000 euros de multa".

Debe verse en este derecho que en lo administrativo según el código del trabajo artículo L. 122-50 el orden de hacer efectiva la tutela frente al acoso moral.

1.1.4.4 Suiza:

En este país debe tomarse lo dicho en el código del trabajo, denominado código de obligaciones, ya que no se cuenta en él con una ley específica sobre la materia. El artículo 328 del Código de Obligaciones permite proteger al trabajador: "El patrono deberá adoptar todas las medidas necesarias para asegurar y mejorar la protección de la salud y garantizar la salud física y síquica de los trabajadores"⁶⁵. Se ha interpretado que la lucha contra el acoso debe formar parte de esas medidas, dado que el acoso pone en peligro la salud física y síquica de la persona acosada. El Código de Obligaciones es el instrumento que regula de manera general el asunto en este país. Sin embargo, de los países nórdicos este en uno que se sigue continuamente en los estudios sobre mobbing. Así lo hizo el legislador Colombiano al sugerir su estudio y tomar de su legislación referencias tales como la dada en el artículo 328 sobre la protección de la personalidad del

⁶⁵ Gaceta del Congreso de la República No. 400 de 2004.

trabajador, señala que el empresario tiene la obligación de aplicar todas las medidas necesarias a fin de evitar conductas vejatorias que atenten contra la integridad personal del trabajador.

1.1.4.5 Argentina:

En este país latinoamericano es posible encontrar legislación específica desde las provincias; la Constitución nacional, la ley 20.744 (LCT), la ley 23.592 “antidiscriminación” y ley 24.557 de riesgos del trabajo.

Respecto de la tutela de derechos constitucionales ha de verse que se da en protección de los principales elementos que lesiona la conducta de acoso laboral ya que la Constitución de 1994 en su artículo 14 manifiesta: El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que aseguran al trabajador de condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; protección contra el despido arbitrario, estabilidad del empleo público⁶⁶.

La ley de contrato laboral que es el estatuto que rige las relaciones entre empleador y trabajador contempla en su artículo 63 el principio de la buena fe “Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen trabajador y un buen empleador, tanto al celebrar, ejecutar ó extinguir el contrato ó relación de trabajo”

Al abordar el fenómeno del mobbing se decanta que dicha conducta vulnera gravemente no solo el principio de colaboración, solidaridad (presente en la legislación argentina)⁶⁷ sino también el principio de buena fe, que la ley exegéticamente manda en las relaciones laborales y que se vé disminuido ante una conducta violenta que aunque no se espere resulta de unos hechos no ajustados a lo que la regla de experiencia manda para estos contratos.

Dentro de los parámetros de “buen empleador” se encuentra lo que el artículo 78 de la ley 20.744 manifiesta como deber de ocupación “el empleador deberá garantizar al trabajador ocupación efectiva, de acuerdo a su calificación ó

⁶⁶ OLIVARES ABAJO, Francisco Javier. Mobbing: Acoso psicológico en el ámbito laboral. Segunda edición ampliada. Argentina: Lexis nexis Argentina, 2006. Pag. 266

⁶⁷ <http://www.hcdiputados-ba.gov.ar/>

categoría profesional". Esto indica de buena manera que labores a menosprecio del trabajador son conductas que no están ajustadas a tratos dignos hacia el trabajador.

Lo anterior corresponde plenamente a los que la ley 1010 de 2006 en su artículo 2 numeral 5 "Inequidad laboral" que es otorgar funciones a menosprecio del trabajador.

Es importante considerar que para la legislación argentina, uno de los avances en torno a normas que traten el tema, es la Ley 23.592 "Antidiscriminación" en su artículo 11 habla del despido discriminatorio: "Se considera despido discriminatorio el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religioso, ideología u opinión política ó gremial, en este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal.

Importante resulta conocer a este punto que en materia procesal no descarga probatoriamente al trabajador considerado víctima de la discriminación.

En La ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, se manifiesta que las enfermedades psicológicas serán evaluadas si tienen conexión con las descritas en la lista de enfermedades profesionales, en todo caso su valoración en aras de un resarcimiento económico es difícil de lograr, solo si las mismas pueden determinarse como incapacidades psiquiátricas parciales.

La Ley No. 13168 del 18 de Diciembre de 2003 se establece un marco normativo para prevenir, controlar, sancionar y erradicar la violencia laboral en el ámbito de la administración pública provincial. Los primeros artículos de la ley se dedican a definir términos como violencia laboral, maltrato psíquico y acoso en el trabajo, entre otros, con el fin de dejar claras las situaciones en las cuales se aplicará dicha legislación. Así mismo, señala expresamente que ningún funcionario y/o empleado de la Provincia podrá ejercer sobre otros las conductas que esta ley define como violencia laboral, y que quien lo hiciere será sancionado disciplinariamente o suspendido de su cargo hasta por sesenta (60) días consecutivos. A pesar de la existencia de esta ley, el Diputado Veramendy presentó en el 2004 un proyecto de ley para prevenir y sancionar actos de violencia laboral. El autor reconoce "que si bien la provincia de Buenos Aires

legisló recientemente sobre la materia, estableciendo un régimen destinado a combatir la violencia laboral en las relaciones de empleo público, existen razones jurídicas y prácticas que permiten sostener que esta norma, puede ser perfeccionada y extendida a las relaciones de empleo privado de la provincia". En este sentido, en el proyecto, el concepto de violencia laboral incluye cuatro especies: el maltrato físico, el maltrato psíquico y social, el acoso y la inequidad salarial.

Del mismo modo, contempla el proyecto que la responsabilidad primaria de prevenir los actos definidos como de violencia laboral recae sobre los empleadores, aún cuando el comportamiento que violenta la norma haya sido realizado por un subordinado o un tercero vinculado en forma directa o indirecta. Así, el empleador debe dar fin a la acción violenta y lograr, a través de un procedimiento interno y confidencial, la reparación del daño laboral, moral y material causado a la víctima. En consecuencia, señala que el incumplimiento de esta obligación legal conlleva la sanción de multa en cabeza del empleador. En fin, se trata en definitiva, de establecer un régimen preventivo y punitivo que otorgue a la autoridad de aplicación un conjunto de herramientas eficaces para combatir un fenómeno cada vez más extendido en el mundo laboral. Las alteraciones registradas en el campo laboral como consecuencia de las transformaciones del modelo económico requieren, necesariamente, un marco jurídico ajustado a la época.

1.1.4.6 México

En México⁶⁸ de las iniciativas legislativas presentadas, entre ellas la de la Diputada Cristina Portillo Ayala ante el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos que modifica los artículos de la Ley Federal del Trabajo y que permiten manejar de forma puntual los temas relacionados con el acoso laboral. Se tiene con base a la información de las redes electrónicas que en su exposición de motivos la diputada manifiesta: "El acoso laboral tiene como objetivo intimidar, apocar, reducir, aplanar, amedrentar, y consumir emocional e intelectualmente a la

⁶⁸ Véase en Documento electrónico: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/dir/DIR-ISS-06-06.pdf>

víctima, con vistas a eliminarla de la organización o satisfacer la necesidad insaciable de agredir, controlar y destruir que suele presentar el hostigador, que aprovecha la situación que le brinda la situación organizativa particular para canalizar una serie de impulsos y tendencias psicopáticas.

Por acoso laboral hay que entender, pues, cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que pueden atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o síquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo o degradar el clima del trabajo.

Su despliegue conlleva una comunicación hostil y desprovista de ética que es administrada de forma sistemática por uno o unos pocos individuos, principalmente contra un único individuo, quien, a consecuencia de ello, es arrojado a una situación de soledad e indefensión prolongada, a partir de acciones de hostigamiento frecuentes. Derivado de la alta frecuencia y larga duración de estas conductas hostiles, tal maltrato se traduce en un enorme suplicio psicológico, psicosomático y social. Muchos estudiosos explican el origen de este fenómeno patológico en el deseo intrínseco de poder que tenemos las personas, llegando a haber una mezcla explosiva cuando, en muchas ocasiones, a este deseo se le unen emociones intensas tales como la envidia. Sus secuelas en la persona que lo sufre, afectación a la autoestima, frustración y estrés.”⁶⁹

Las consecuencias físicas y psicológicas del acoso laboral son devastadoras. El miedo continuo puede derivar en un estado acentuado de ansiedad y estrés. Surgen los sentimientos de fracaso, impotencia, frustración y apatía, acentuados por la pérdida de concentración y memoria. La víctima puede volverse hipersensible, agresiva, irritable y alcohólica, lo que afecta e, incluso, destruye su vida social y familiar. En última instancia, aparece la depresión y, en ocasiones, el acosado pierde el rumbo hasta considerar el suicidio como la única alternativa posible a la pesadilla que soporta a diario.

⁶⁹ Ibid.

En consecuencia la ponente de la iniciativa adiciona diversos artículos a la Ley Federal del Trabajo:

“Artículo 52 A. El acoso laboral consiste en cualquier conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un trabajador por parte de un patrón, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.

Artículo 52 B. Sin ser una enumeración restrictiva, el acoso laboral puede darse, entre otras, bajo las siguientes modalidades generales:

1. Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física sexual y los bienes del trabajador.
2. Toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre;
3. Todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad
4. Toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia, mediante la descalificación, carga excesiva de trabajo, cambios permanentes de horario y cualquier otra forma de producir desmotivación laboral;
5. Todo trato diferenciado por razones de raza, género, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social;
6. Toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador, como la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos”.⁷⁰

Podemos encontrar que las conductas propuestas en el país mexicano no dista de lo que en nuestro derecho conocemos como acoso laboral, en cada una de las seis conductas, tanto así que podríamos decir que son equiparables a lo que en Colombia se definió en el artículo 2 de la ley 1010 de 2006 como a) maltrato

⁷⁰ Ibid

labora, b) persecución laboral c) discriminación laboral d) Entorpecimiento laboral e) Inequidad laboral.

1.1.4.7 Venezuela

En el diario oficial de Venezuela⁷¹, puede encontrarse que de forma explícita el País venezolano cuenta con la Ley Orgánica De Prevención, Condiciones Y Medio Ambiente De Trabajo, El objeto de esta Ley es garantizar a los trabajadores, permanentes y ocasionales, condiciones de seguridad, salud y bienestar, en un medio ambiente de trabajo adecuado y propicio para el ejercicio de sus facultades físicas y mentales.

En su artículo 4º la norma manifiesta respecto de las condiciones de trabajo:

“1. Las condiciones generales y especiales bajo las cuales se realiza la ejecución de las tareas.

2. Los aspectos organizativos funcionales de las empresas y empleadores en general, los métodos, sistemas o procedimientos empleados en la ejecución de las tareas, los servicios sociales que éstos prestan a los trabajadores y los factores externos al medio ambiente de trabajo que tienen influencias sobre él”⁷².

De forma implícita la norma conmina al empleador y a sus representantes para que proporcione un ambiente de trabajo libre de acoso laboral sopena de incurrir en sanciones pecuniarias y penales.

1.1.4.8 Chile

Se tiene para este país una analogía con el delito de acoso sexual en el sitio de trabajo, ya que la Ley 20005 de Marzo de 2005, publicada en diario oficial de 18 de marzo de 2005⁷³, por la cual se adicionan algunos de los artículos del Código

⁷¹ Diario oficial, gaceta 38596: En: http://www.asambleanacional.gob.ve/index.php?option=com_docman&Itemid=190

⁷² Ibid

⁷³ Diario Oficial, gaceta de 18 de marzo de 2005. <http://www.congreso.cl/> En: <http://www.bcn.cl/>

de Trabajo, al estatuto administrativo lo cual permite actualizar la normatividad respecto del manejo del acoso laboral.

En el artículo 153 del Código de Trabajo se agrega el siguiente inciso “especialmente se deben estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores” Se habla en esta ley del acoso horizontal, entre compañeros y el vertical, refiriendo para este último en la modificación que hace al artículo 160 del código del trabajo y llevando la competencia para el caso de el empleador acosador al inspector del trabajo.

1.1.5. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La importancia que revisten las consecuencias ya no solo psicológicas, físicas ó morales hacia la víctima de acoso laboral, sino también la afectación al espacio laboral, puesto que estas conductas muchas veces son ejercidas sobre uno de los miembros de la organización como conducta ejemplificante al resto; lo que convierte el lugar de trabajo en un ambiente hostil para el ejercicio del mismo, resultando como consecuencia una afectación negativa en la productividad de la empresa, por lo tanto, evitar y sancionar las conductas de acoso laboral ya no solo importa respecto en la defensa de los derechos fundamentales de la persona, sino de la afectación que se hace a toda la sociedad con dicha conducta, lo que ha generado una reacción importante en las organizaciones internacionales y las estructuras del ámbito supranacional en protección de un bien mayor: el trabajo digno.

Desde antes que se expidiera la ley 1010 de 2006 por la cual se establece, en términos generales, una variedad de medidas tendientes a "prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje sobre la dignidad humana que se ejerce sobre quienes realizan su actividad económica en el contexto de una relación laboral privada o pública; Fueron protegidos estos mismos derechos desde una visión holística de la protección a los derechos humanos por la Corte

Constitucional en aplicación a la carta fundamental dando despliegue a la protección de los derechos humanos tomando como eje fundamental que Colombia es un país que reconoce las relaciones exteriores con respeto a su soberanía, que los tratados y convenios internacionales ratificados por nuestros legisladores y que busquen la protección a los derechos fundamentales serán criterio principal de interpretación de los derechos y deberes consagrados en nuestra Constitución, llegando incluso a advertir que de no existir de forma expresa garantías ó derechos que se encuentren en articulados diferentes de los tratados suscritos por nuestro congreso ó enunciados en nuestra carta política, no significará que los mismos no puedan tenerse como criterios auxiliares para la interpretación, teniéndose que los mismos servirán para guiar las decisiones del juez, así mismo estos derechos y garantías no podrán limitarse en estados de excepción.⁷⁴

Para el caso de los derechos humanos relacionados con el trabajo, radica una mayor importancia el bloque de constitucionalidad como se extrae del artículo 53 cuando haciendo referencia a la facultad que tiene el Congreso para expedir el estatuto del trabajo, el cual tendrá los siguientes principios mínimos fundamentales: *“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”*.

Manifiesta en uno de los apartes más interesantes de esta nueva visión del derecho al trabajo dispuesta por parte de los constituyentes dentro de este artículo que *“La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”*.

Colombia a partir de 1991 avanza claramente en la protección a los derechos humanos, es así como parte de la protección que por analogía teníamos hacia el acoso laboral antes de 2006, se daba en protección a los fundamentos que desde

⁷⁴ Constitución política, artículos 9, 53, 93, 94 y 214

el preámbulo de nuestra constitución establece: *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”*

Así mismo este camino en torno al bien fundamental de la dignidad humana lleva al artículo 13 dice que *“todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato ante las autoridades y gozarán de los mismos derechos libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*. El artículo 15 expresa que *“todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”*.

Claramente el derecho al trabajo es fundamento de nuestro sistema económico y por lo tanto su protección es de vital importancia, al respecto señala nuestra carta política en el artículo 25:

“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Estas normas permitieron a los jueces sancionar conductas de acoso laboral, como se ha visto en Corte Constitucional Colombiana en Sentencia T-461 de 1998 trató la persecución laboral en las relaciones laborales y su relación con el derecho a la dignidad humana, conceptuando que *“al ser el respeto de la dignidad humana un principio vital de nuestro Estado Social de Derecho, es un mandato que obliga no solo a las autoridades públicas sino a los particulares, cualesquiera sea la relación que existe entre estos y que es además, un principio de convivencia y expresión de tolerancia”* y se remite al artículo 25 de la Constitución que establece que *“toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”*⁷⁵

⁷⁵ Corte constitucional sentencia 461 de 1998

En las líneas precedentes se esbozó como nuestra articulación constitucional manda a la protección de los derechos al trabajador y a su dignidad, ahora dentro del escenario internacional se encuentra que la protección del trabajador respecto del acoso laboral se toma a partir de la Declaración Universal de derechos humanos, la declaración americana de los derechos y deberes del hombre, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y la declaración socio laboral del Mercosur⁷⁶.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Adoptada y proclamada por la resolución de la asamblea general de las naciones Unidas 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948⁷⁷, recoge pautas que suponen *per se*, una protección al derecho del trabajador; en el artículo 1º que:

"todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

En el artículo 23, numeral 1, refiere: *"toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo ya la protección contra el desempleo".*

El mobbing ó acoso laboral es igual que otras formas de violencia en el lugar de trabajo, un atentado contra la dignidad del trabajador y por tanto un trato no fraternal en contravía de lo dispuesto por esta carta en su artículo 1.

En el artículo 7 de la declaración se tiene *"Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación"*

Esto refiere entonces no solo a que la conducta sea discriminatoria, sino a que los mecanismos dispuestos para perseguir y condenar la conducta permitan no seguir

⁷⁶ OLIVARES ABAJO, Francisco Javier. Mobbing: Acoso psicológico en el ámbito laboral. Segunda edición ampliada. Argentina: Lexis nexis Argentina, 2006. Pag. 287

⁷⁷ Página oficial naciones Unidas En: <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>

discriminando a la víctima de acoso laboral, es por esto que el traslado de la carga es una protección en el proceso basado en el *In dubio pro operario*.

Declaración Universal de los derechos y deberes del hombre

Aprobada en el transcurso de la IX Conferencia Internacional Americana, llevada a cabo en la capital de nuestro país (Bogotá) en 1998⁷⁸ resulta importante, ya no en materia de los derechos que protege, en vista que de por sí ratifica la carta universal de derechos humanos, pero en su preámbulo dispone lo que son los considerandos para asumir como continente estos derechos: “Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”

No es menos importante la consideración de la felicidad como una búsqueda personal y social, es que acaso habría que preguntarse si en torno al trabajo, ¿es más importante la remuneración, el tiempo que se dedica al mismo a un buen trato y una dignificación de la persona a través del mismo? Inevitablemente el trabajo busca la dignificación de la persona, es por esto que su protección merece toda la protección del sistema normativo ya nacional, ya internacional.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos

Aprobado por resolución 2200 A (XXI) de la asamblea general de la ONU el 16 de diciembre de 1996 y que reitera los derechos de la carta universal de derechos humanos y en su artículo 26 enfatiza:” Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo,

⁷⁸ En página oficial de Comisión interamericana de derechos humanos <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>

idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".⁷⁹

Importante resulta entonces la ratificación de la no discriminación, no solo desde el derecho sustancial, sino más aún el derecho vivo, el derecho procesal.

Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales

Aprobado por resolución 2200 A (XXI) de la asamblea general de la ONU el 16 de diciembre de 1996⁸⁰, al igual que el pacto por los derechos civiles y políticos, en este se da prioridad a una gama de derechos que entran incluso a rebatir si existe jerarquía en torno a los mismos.

En el artículo 7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial los elementos básicos de un trabajo en condiciones dignas y con una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores, el principio de que debe haber un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual. Las Condiciones de existencia dignas no es solo para el ó la trabajadora sino para sus familias. Contempla también la seguridad y la higiene en el trabajo; la oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; una condición especial que conlleva a lo que en el anterior pacto se vio como la búsqueda de la felicidad que llamaría también bienestar: El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

La declaración Socio-Laboral del MERCOSUR

⁷⁹ En página oficial de Naciones Unidas En: <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>

⁸⁰ En: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>

Esta declaración hecha en la ciudad brasileña de Rio de Janeiro el 10 de diciembre de 1998 y que hace parte de los procesos de integración Latinoamérica, de gran importancia y por lo cual traigo en especial esta declaración, ya que el contexto Latinoamérica, merece especial tratamiento en cuanto a los derechos que en el se proclaman, pues su cultura e idiosincrasia hace de especial connotación un tratamiento a la no discriminación laboral.

En el preámbulo de dicha declaración manifiesta “Considerando que los Ministros de Trabajo del MERCOSUR han manifestado, en sus reuniones, que la integración regional no puede restringirse a la esfera comercial y económica, sino debe alcanzar la temática social, tanto en lo que se refiere a la adecuación de los marcos regulatorios laborales a las nuevas realidades configuradas por esa misma integración y por el proceso de globalización de la economía, como al reconocimiento de un nivel mínimo de derechos de los trabajadores en el ámbito del MERCOSUR, correspondiente a los convenios fundamentales de la OIT.”⁸¹

En el artículo 1 numeral 2 manifiesta: Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo.

Y sigue en los demás artículos reiterando la necesidad de promover condiciones dignas en el trabajo, para lo cual deben darse acciones tendientes a la seguridad, Higiene y programas de salud en el ambiente del trabajo.

Organización Internacional del Trabajo –OIT

Después de observar por el panorama de tratados y declaraciones que enmarcan una protección al trabajo en condiciones dignas debe verse lo que en Colombia vincula respecto de los convenios internacionales, en este punto al Organización

⁸¹ Pagina oficial de MERCOSUR: En: http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=2639&site=1&channel=secretaria

Internacional del Trabajo –OIT- es de vital importancia puesto que se asumen por Colombia de forma inmediata sus acuerdos.

Este organismo internacional en el Convenio 155, Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 3 junio 1981 en su sexagésima séptima reunión donde hablaría sobre la seguridad y la salud de los trabajadores y el medio ambiente de trabajo, que aunque no hace referencia expresa al tema de acoso moral en el trabajo, da las pautas para prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, con el fin de reducir al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo.

En la Declaración de la OIT adoptada en 1998⁸², relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, situación que ratifica a través de sus considerandos como la OIT es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer normas Internacionales del Trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales, manifiesta como propósito de los gobiernos el respeto a los derechos humanos y para cumplir tales propósitos, la Declaración abarca 4 áreas:

1. La libertad de asociación y la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva;
2. La eliminación del trabajo forzoso u obligatorio;
3. La abolición del trabajo infantil, y;
4. La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Sin duda alguna todos estos documentos son soporte de estudio al momento de tomar los instrumentos internacionales y por lo mismo los estudios realizados por

⁸² Página oficial de la OIT En: <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>

ellos son de vital importancia, la Organización Internacional de Trabajo, también se ha esforzado por hacer un seguimiento de las conductas de acoso laboral, para lo cual sí encontramos material específico, como lo son las revistas emitidas por este organismo.

Revista de la OIT, número 43 de junio de 2002⁸³

En la misma se pregunta: ¿son las amenazas, los insultos, los actos de sabotaje parte del menú diario de una jornada laboral? Para resolver que estas conductas ostensiblemente degradantes, hacen camino en algunas organizaciones.

Revista de la OIT, número 45 de diciembre de 2002⁸⁴

En esta se presenta una estadística, según la cual la violencia en el trabajo aflige a uno de cada dos de los 40 millones de trabajadores de la salud de todo el mundo. Lo que además resultó escandalizante, las investigaciones realizadas ponen de manifiesto que cerca del 25% de los incidentes violentos en el trabajo se produce en el sector de la salud, y que más del 50% de los profesionales de la atención sanitaria ha experimentado incidentes de este tipo. El estudio indica que la violencia en este sector va mucho más allá de la agresión, ya que pone en peligro la calidad en la atención de este servicio.

Muy valioso resulta este estudio para alertar a los países del mundo sobre la existencia y consecuencias del acoso laboral.

Dentro del sistema de normas internacionales se encuentran todos los documentos expedidos por la Unión Europea, que de una u otra forma se relacionan con el tema. Sin duda alguna, el documento más significativo sobre el acoso moral en el trabajo es la Resolución del Parlamento Europeo:

Resolución 2001/2339, de 20 de septiembre de 2001⁸⁵, sobre acoso en el lugar de trabajo, en esta resolución se deja claro que la prevención y solución del

⁸³ Revista de la OIT, número 43 de junio de 2002. Acoso moral: ¿Nuevo azote de la actividad laboral para los sindicalistas? En: OLIVARES ABAJO, Francisco Javier. Mobbing: Acoso psicológico en el ámbito laboral. Segunda edición ampliada. Argentina: Lexis nexis Argentina, 2006. Pag. 311

⁸⁴ ibidem

⁸⁵ RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos. Tratamiento Jurídico del Mobbing. Primera edición. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008. Pg. 69

mobbing para una mejoría de la calidad de los empleados, **es necesario se dé** por consenso entre los interlocutores y un adecuado tratamiento a las víctimas.

Esta resolución que trata también la mayor predisposición al acoso en el lugar de trabajo hacia el sexo femenino por lo cual se advierte no solo sobre la necesidad de prevenirlo, sino examinar los modelos de riesgos que pueden ir emergiendo como consecuencia de la aparición de nuevas formas de relación entre los profesionales.

Puede preverse una reevaluación al futuro de las relaciones laborales, teniéndose que los nuevos parámetros de contratación, por ejemplo para el caso Colombiano, están promoviendo aún más la impunidad para sancionar el acoso laboral, ya que es necesario probar el vínculo laboral, situación inexistente para la contratación por orden de prestación de servicios, en las cuales por la no estabilidad laboral, permite su terminación por agotarse la labor encomendada, aún cuando pueda percibirse soterradamente una persecución laboral.

La Resolución 2001/2339 (INI) mencionada en las líneas anteriores, entre otras cosas, recomienda a los Estados miembros que obliguen a las empresas y a los poderes públicos, así como a los interlocutores sociales, a poner en práctica políticas de prevención eficaces contra el acoso moral en el lugar de trabajo. También pide la información y la formación de los trabajadores, del personal que ocupa cargos directivos, los interlocutores sociales y los médicos laborales, tanto en el sector privado como en el público.

El parlamento Europeo en la Resolución 2039 del año 2001 y teniendo en cuenta la normatividad proferida y teniendo en cuenta que: - Un 8% de los empleados de la Unión Europea, es decir, unos 12 millones de personas, afirman haber sido víctimas de acoso moral en el lugar de trabajo en el intervalo de los últimos 12 meses, según una encuesta realizada a 21.500 trabajadores por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo.⁸⁶

La directiva 2002/73, de 23 de septiembre de 2002, el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea, relativa al mobbing discriminatorio por razón del sexo. Es esto se puede acontecer que puede darse dos tipos de discriminación:

⁸⁶ Ibídem

Discriminación directa: se produce cuando una persona es tratada de forma menos favorable que otra que análogamente tiene las mismas condiciones.

Discriminación indirecta: Se produce cuando una disposición legal o reglamentaria ó clausula convencional ó decisión unilateral ocasionan desventaja a una persona en relación con otras, por razón de su raza, sexo ó creencias. En todos estos casos se presentaría un caso discriminatorio.

El Parlamento Europeo en relación con el acoso laboral considera que el acoso moral en el lugar de trabajo es un fenómeno del cual, por el momento, no se conoce su importancia real, constituye un grave problema, y que es necesario prestarle mayor atención, reforzar las acciones destinadas a combatirlo e idear nuevas maneras de hacerle frente; señala a la atención el hecho de que el aumento creciente de los contratos temporales y de la precariedad del empleo, especialmente entre las mujeres, crea condiciones propicias para la práctica de diferentes formas de acoso. Recuerda los efectos devastadores del acoso moral para la salud física y psíquica de las víctimas y, con ello, de sus familias, que a menudo necesitan asistencia médica y psicoterapéutica y por lo general se ven abocadas a ausentarse del trabajo por incapacidad laboral o a dimitir; Subraya que, según varias investigaciones, las mujeres son víctimas de fenómenos de acoso laboral con mayor frecuencia que los hombres, ya se trate de un acoso vertical, descendiente (de un superior a un inferior) o ascendiente (de un inferior a un superior), de acoso horizontal (entre colegas del mismo nivel) o mixto. Como se ha visto se da una manejo completo de la teoría del mobbing.

Importante resulta ver que las falsas acusaciones (entendida como los procesos fallidos) de acoso laboral pueden transformarse en un temible instrumento de acoso laboral; lo cual ratifica que si bien en el acoso laboral no se da una necesaria relación de acosador= Empleador y víctima= trabajador, existe como se ha visto en sus elementos constitutivos una relación “asimétrica” respecto de acosador y acosado, que en todo caso pone en desventaja a la víctima de acoso laboral y esta desventaja no puede ser otra en materia judicial que la no consecución de los medios de prueba para probar el acoso.

Se ratifica entonces por el derecho internacional que deben darse todos los instrumentos de derecho que protejan al trabajador víctima de acoso laboral y debe entenderse dentro de esta protección aparecen los indicios y las presunciones como un mecanismo para nivelar las cargas procesales.

De importancia trascendente resulta comprender que la protección máxima que se hace del derecho al trabajo como se ha observado desde el derecho nacional e internacional ratifica el fin tuitivo que tiene en sí mismo el derecho laboral, este se traduce y trasfiere al campo de la protección de las demás conductas que trasgreden del derecho a un trabajo digno, entre las cuales como se ha visto resulta de gran impacto el acoso laboral y por ello las presunciones como fundamento mismo de esa carácter protector en el derecho procesal se manifiesta en el equipar las cargas procesales, pero siempre con la pregunta de su real efecto en lograr la verdad procesal. Por lo mismo un estudio detallado de las presunciones, permitirá observar su efecto dentro del libelo por acoso laboral.

CAPITULO II

Institución jurídica de la presunción

2.1 Origen de las presunciones-etimología

Etimológicamente, presumir es “creer”, “opinar” “tomar antes”, descifrada la palabra sería de *prae* y *sumo* ó de *prae* y *sumere*, que terminan significando una adhesión, lo que es probable; el principio base es la regla de experiencia y de acuerdo a esa experiencia van considerándose los tipos de presunción.

La presunción debe entenderse como un análisis empírico que lleva a juicios de experiencia; para Gustavo Humberto Rodríguez, el hombre conoce la realidad en la cual actúa a través de dos instrumentos: la experiencia y la ciencia; manifestando que la última sistematiza sus conocimientos los verifica y explica metódicamente y el conocimiento empírico lo conduce a juicios de experiencia, la experiencia viene siendo entonces un conjunto de verdades de sentido común, dentro de las cuales hay muchas que limitan con el saber científico.

Así entendidas las presunciones como juicios resultan ser generalidades, reglas, leyes pero que se asumen anticipadamente.

Esta regla de experiencia ó la gran regla de experiencia (como la gran presunción) tienen su fundamento en que lo que ha sucedido constantemente, ordinariamente, sucede también al presente, sobre un criterio común y lógico. Es decir que de ordinario las presunciones son medios de conocimiento para el juez que no se basa solo en el campo de lo intuitivo ó empírico sino también en la corroboración científica, es decir que cuando hablamos de las presunciones, asumimos que existen clases ó categorías entre ellas, podría decirse según el nivel de credibilidad que da la experiencia.

Es importante tener en cuenta que las presunciones no se alejan del contexto socio-político, ejemplo de ellas es la presunción que aún en nuestros tiempos existe a través de nuestro artículo 768 del Código Civil en conexión con el 769 se

presume la posesión de buena fe, nada distante a la máxima feudal de “ninguna tierra hay sin señor”⁸⁷ y que como podemos observar sigue significando una regla de experiencia elevada por el legislador a presunción legal.

Para el derecho laboral su fundamento tuitivo nos permite analizar la presunción que por ejemplo reporta el artículo 24 del código del trabajo y la seguridad social según el cual “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”, no solo como la aplicación de la regla de experiencia que basta establecer la prestación del servicio personal para que se presuma la existencia de la relación y/o contrato de trabajo, lo que conlleva una inversión de la carga de la prueba que se desplaza entonces al empleador (cuando se encuentra probada la prestación del servicio), a quien corresponderá desvirtuar la presunción, pero más allá de esto, podemos verificar en la misma una protección que se hace en el derecho laboral a favor del trabajador, bajo un criterio también de experiencia y es que en las relaciones laborales media una subordinación lo que se traduce en una relación desigual y a la que el derecho ha querido brindar mayor protección, a través de la aplicación de la presunción.

Esta condición “desigual” se mantiene para el análisis de las relaciones violentas de trabajo, donde esta “asimetría” en la relación laboral da como regla de experiencia que el acoso laboral resulta de un sujeto acosador que por su condición de superioridad ante la víctima acosada laboralmente, maltrata, persigue, da funciones a desprecio del trabajador, discrimina, no protege ó entorpece laboralmente al trabajador que esta por la relación empleador-trabajador y la subordinación entre los mismos, sujeto a una condición desigual procesalmente para acceder a los medios probatorios y defenderse.

⁸⁷ HUMBERTO RODRIGUEZ, Gustavo. MEDIOS PROBATORIOS: Los indicios, prueba pericial, presunciones, concurso indiciario, problemas generales de la prueba y pruebas en el contencioso administrativo. Primera edición. Bogotá: Jurídicas Wilches. 1989.Pag. 19

2.1.1 La presunción dentro de los medios de prueba

La presunción resulta ser tal vez una de las instituciones de buen interés para el derecho procesal, ya que en sí misma abren el debate sobre si hacen ó no hacen parte de los denominados medios de prueba; las presunciones nacen por una necesidad en el campo probatorio y tienen que ver con el sistema de conocimiento del juez que predomina en el sistema jurídico estatal, aparece entonces como prueba legal ó tarifa legal, dando así al juzgador unas pautas en torno en la cual fundar sus decisiones.

En el proceso de formación del conocimiento del juez, cuyo mandato legal es ceñirse a lo efectivamente probado, resulta de vital importancia conceptualizar ¿qué es la prueba?, ¿quién prueba? y ¿cómo prueba?

Se tiene entonces que la prueba esta al exterior del proceso, ya que ella explicita hechos ya acontecidos, como lo dice Spinelli⁸⁸ son acontecimientos del pasado, que están antes que de la realidad jurídica en la realidad social; por ejemplo la huella digital sobre el arma del delito, los medios de prueba entonces evidencian la prueba, así por ejemplo el testimonio acude a la memoria de la persona que presta (según la formalidad) juramento para el mismo. Se conoce esto como la preexistencia de la prueba, los medios por tanto serían los instrumentos y órganos que le suministran al juez el conocimiento de los hechos que integran el tema de la prueba: La declaración de parte (confesión o testimonio de parte, según se narren los hechos que le causen perjuicio al confesante o que por lo menos favorezcan a la contraparte y aun cuando no se presente la anterior circunstancia), el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos y los indicios.⁸⁹

¿Quién prueba?, traslada el debate a los sujetos que participan en el proceso, la regla general es que prueba el sujeto que aleja el hecho, una regla de experiencia

⁸⁸ Spinelli, Buenos aires, 1973 En: HUMBERTO RODRIGUEZ, Gustavo. MEDIOS PROBATORIOS: Los indicios, prueba pericial, presunciones, concurso indiciario, problemas generales de la prueba y pruebas en el contencioso administrativo. Primera edición. Bogotá: Jurídicas Wilches. 1989.

⁸⁹ PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de Derecho Probatorio. Editorial ABC, Decima quinta edición, 2006.

según el viejo adagio latino “actori incumbit probatio”⁹⁰ de acuerdo a esto la prueba siempre incumbe al actor y ese actor es el demandante en el proceso y el demandado se presentaba como un sujeto pasivo; este papel se ha transformado en las nuevas relaciones procesales, donde ambos sujetos del proceso deben probar sus afirmaciones, para lo cual debe garantizarse la igualdad de oportunidad procesal. El derecho ha dado pasos certeros en la **búsqueda** de la igualdad procesal tanto así que el juez ya no es solo un observador de la escena del debate sino que con respeto a su imparcialidad, pero en razón también de la búsqueda de la verdad; puede entrar a ordenar pruebas de oficio de tal forma que la carga probatoria adquiere un dinamismo al no encontrarse tan solo en una de las partes en pleito.

2.1.2 De la tarifa legal a la libre apreciación de pruebas

Encontramos entonces que el derecho probatorio Colombiano, es de gran aprecio por considerarse el derecho “vivo” , ya que es el que permite efectivizar los intereses de las partes en disputa; Colombia ha tenido una tradición positivista desde la cual se encuentra un sistema tarifario que le indica al juez una valoración que debe hacer de las pruebas, sin embargo, esta visión ha evolucionado en la medida que lo ha hecho nuestro código civil, recuerda Hernando Morales Molina ⁹¹que en nuestro derecho se pasó de un código privativista a otro manifiestamente publicista (código de 1971); inspirados en la ciencia procesal moderna con Carppelletti, quien dice que estas innovaciones tuvieron que ver con el rechazo *in limine* a las consideradas pruebas superfluas ó inconducentes y lo más importante: la consagración de la sana critica como sistema evaluador del juez; es aquí donde se elimina la presunción como prueba fundamentándose en la evolución misma del código de procedimiento cuyo texto anterior a los decretos 1400 y 2919 de 1970, señalaban como únicos medios probatorios la inspección judicial, los indicios, las presunciones, el testimonio, los documentos, la confesión, el dictamen pericial y el juramento; en contraste con lo que hoy manda nuestro

⁹⁰ CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Procesal Laboral. Primera edición. Bogotá: Temis S.A. 2003.Pag. 205

⁹¹ Libro de Hernando Morales molina

código de procedimiento civil donde se señalan estos mismos medios, con exclusión del juramento y de las presunciones. Pero esta exclusión no se hizo de forma taxativa, sino que, aplicando el principio de “libertad de medios” lo consagró en el artículo 175, en el cual después de relacionar dichos medios, añade: “y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este Código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes ó según su prudente juicio”.

El derecho laboral colombiano con una tendencia eminentemente tuitiva ha enmarcado su protección a la igualdad procesal hacia la inmediación del juez y a una la valoración libre de las pruebas así el Artículo 61 del código procesal del trabajo y la seguridad social manifiesta que el “El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio. En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento”⁹².

Es decir que en materia procesal el juez no se haya sujeto a tarifa legal, sin embargo las presunciones marcan una pauta de valoración de las pruebas al juez, quien debe una vez probados los hechos en las cuales se fundan las mismas, dar por constituido el derecho (es decir presunciones sustanciales) ó hacer un traslado de la carga de la prueba al demandado (consecuencia procesal de la presunción) quien de no desvirtuar al hecho indicador se presumirá responsable de la conducta.

Para Campos Rivera, “la función principal de las presunciones es la de eximir a las partes de la necesidad de probar. En este sentido no pueden, lógicamente, considerarse medios de prueba. No obstante las presunciones establecidas por la

⁹² Código del trabajo y la seguridad social. Editorial Temis. 2010.

ley son procedentes, siempre que los hechos en los cuales se funden se hallen debidamente probados”⁹³.

2.2 Concepto sobre la presunción:

Presunción en estricto términos de la real academia de la lengua española es el “hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado”; sin embargo esta alusión debe tener sus consideraciones más profundas y es que esta ficción se arraiga en la regla de la experiencia que permite al legislador entender que una conducta determinada tiene como consecuencia la conducta tipificada, para la figura en conocimiento significaría poder dar por constituida la responsabilidad de acoso laboral.

La presunción resulta entonces de un razonamiento por el cual de la existencia de un hecho reconocido ya como cierto, según los medios legítimos, también conocido como hecho indicador, se deduce por el legislador en general, o por el juez en el caso especial del pleito, la existencia de un hecho que es necesario probar⁹⁴, es decir el hecho factico que permite configurar el juicio de reproche debe ser demostrado, ¿cómo? A través de todos los medios de prueba.

En este sentido la ley⁹⁵ nos permite presumir la conducta del acoso laboral siempre que se hallen probados los hechos en que se funda esta presunción.

⁹³ CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Procesal Laboral. Primera edición. Bogotá: Temis S.A. 2003. Pag. 34

⁹⁴ LESSONA, CARLOS. Las presunciones en el derecho probatorio, Editorial LEYER, Bogotá, 2009.

⁹⁵ Artículo 175 del Código de Procedimiento Civil Colombiano establece: “*las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice*”

En la legislación colombiana se ha definido por el código civil la presunción de la siguiente manera:

Artículo 66: “Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

La ley nos habla entonces de unas categorías ó clases de presunciones a saber:

2.3 Tipos de presunción en el derecho colombiano

Una primera clasificación en relación con el origen de las presunciones es la que nos habla de la existencia de presunciones *juris* es decir de derecho ó legales y presunciones *facti hominis* ó presunciones de hecho ó de hombre, las primeras obedecerían al racionamiento del legislador y las segundas a trabajo lógico del juez, estas últimas obedecerían al análisis de los indicios. Para Lessona⁹⁶ las presunciones de hombre, las denomina simples y son las dejadas a la prudencia del juez.

Las presunciones según la ley colombiana son de dos tipos: legales también conocidas cuando quiera que éstas admitan prueba en contrario; de derecho, en aquellos eventos en que no exista la posibilidad de desvirtuar el hecho indicador a partir del cual se construye la presunción, de manera que ésta, sencillamente no admite prueba en contrario; también se habla de presunciones mixtas y refiere a aquellas que admiten una prueba en contrario.

⁹⁶ LESSONA, Carlos. Las presunciones en el derecho probatorio. Primera edición. Bogotá: LEYER, 2006. Pag.13

Las presunciones de derecho se ejemplificaban ciertamente en el artículo 92 del código civil que como muestra de lo que está sucediendo en el derecho internacional en el que este tipo de presunciones que no admiten prueba en contrario van desapareciendo y transformándose en presunciones legales ó mixtas es decir, que admiten prueba en contrario ó una prueba en contrario. La Corte Constitucional en sentencia C-004 de 1998⁹⁷, manifiesta que el origen de dicha presunción deviene del Código civil francés ó código Napoleón, y que fue traducido por Don Andrés Bello López para el Código Civil de Chile que posteriormente decantó en el Código civil Colombiano, este proceso indica que se mantuvo una tradición, ya que para el momento no se contaba con los elementos científicos suficientes que permitieran aseverar otra forma de protección a los derechos del menor, la corte declara inexequible la palabra “de derecho” y consagra la admisión de prueba en contrario generando así una presunción de tipo legal.

Como se expresó: Las presunciones legales, a su vez, se dividen en presunciones legales absolutas (*iuris et de jure*) según que con ellas este prohibida la prueba en contrario (presunciones legales o absolutas), que como se observó tienden a desaparecer como lo refieren sus denominaciones latinas dadas en la edad media, han sido censuradas por ser sin sentido, ya que no actúan como presunciones sino como mandatos legales así nos queda que las verdaderas presunciones son las denominadas relativas ó mixta (*iuris tantum*), que permite siempre cualquiera prueba en contrario (presunciones legales relativas), o permitida solo una especie determinada de prueba en contrario, o solo en ciertos casos este consentida la prueba contraria (presunciones legales mixtas).⁹⁸

Según Parra Quijano, la presunción es un juicio lógico del legislador o el juez, que consiste en tener como cierto o probable un hecho, partiendo de hechos debidamente probados. En la clasificación de las presunciones se refiere según estén relacionadas con la fuente: a) creadas por el legislador. Que pueden ser

⁹⁷Corte constitucional Sentencia C-004 de 1998 (M.P.)

⁹⁸ Lessona, Carlos. Las presunciones en el derecho probatorio, Editorial LEYER, Bogotá, 2009. Pag. 16

iuris et de iure (de derecho y por derecho), e iuris tantum (tan solo de derecho). b) Presunciones de hombre, juez (praesumptio hominis).⁹⁹ Como advertimos para el derecho colombiano son presunciones las ficciones creadas por el legislador.

La ley 1010 de 2006 en su artículo 7 manifiesta lo siguiente: “Se presumirá que hay acoso laboral si se acredita la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las siguientes conductas” y refleja catorce literales cada uno con la descripción de una conducta que de ser demostrada conduce al establecimiento de responsabilidad por acoso laboral, esta conducta admite cualquiera de los medios probatorios dispuestos para desvanecer dicha presunción que podemos asumir como una presunción de tipo legal. Incluso es de valorar aquí que no se invierte propiamente la carga de la prueba, exceptuándose de probar, sino que desde una visión muchos más radical en torno a la efectividad de dichas presunciones se diría que lo que ocurre es que varía el objeto de la prueba, para entenderse que se debe probar.

Para entender estos conceptos doctrinales es necesario hacer un breve repaso por las diferentes teorías que se han tejido alrededor de la presunción.

2.4 Teorías de la operación de la presunción

El análisis que la doctrina ha dispuesto brinda una visión mucho más amplia a las consideraciones sobre si las presunciones son ó no medios de prueba¹⁰⁰, es así como se levantan diversas teorías sobre ellas así:

- a) La presunción se distingue de la prueba.
- b) La presunción no es medio de prueba, sino un sustituto.
- c) La presunción es apenas un expediente de técnica legislativa
- d) La presunción es un problema de carga de pruebas

⁹⁹ PARRA QUIJANO, JAIRO, Manual de Derecho Probatorio. Editorial ABC, Decima quinta edición, 2006.

¹⁰⁰ HUMBERTO RODRIGUEZ, Gustavo. MEDIOS PROBATORIOS: Los indicios, prueba pericial, presunciones, concurso indiciario, problemas generales de la prueba y pruebas en el contencioso administrativo. Primera edición. Bogotá: Jurídicas Wilches. 1989. Pag. 22

- e) Todas las pruebas son presunciones
- f) La presunción es un medio de prueba idóneo
- g) La presunción es imposición legal de la prueba indiciaria
- h) La presunción no es medio de prueba en materia penal.

2.4.1 La presunción se distingue de los medios de prueba

Como se dijo anteriormente la prueba esta al exterior del proceso, en estas condiciones el objeto de prueba (un hecho por probar) se distingue del medio de prueba (actividad del juez: percepción y deducción) y la fuente de prueba (hecho ó hechos exteriores que sirven para la deducción), como se observa esta teoría que la trata CARNELLUTTI distinguiendo el medio y la fuente de prueba, denominando “medio de prueba a la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar, y fuente de prueba, al hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad”¹⁰¹

Apropiándonos es este sentido de la que sería la conducta de acoso laboral podríamos decir que el hecho desconocido (ó presumido) que es el acoso laboral es el objeto de prueba, la fuente de prueba el hecho conocido (ó hecho indicador, ó probado) que es una conducta por ejemplo de maltrato verbal reiterado y ante sus compañeros de trabajo y medio a la actividad física ó intelectual del juez; es decir el razonamiento lógico de que esos hechos indicadores hacen presumir ó sugerir que se configura el acoso laboral. Manifiesto por POTHIER “la prueba hace fe de una cosa directamente y por si misma, la presunción hace fe en fuerza de a consecuencia deducida por otra”¹⁰²

2.4.2 La presunción no es medio de prueba, sino un sustituto.

En esta se distingue los medios de las fuentes, entonces las fuentes como el raciocinio y los medios como pruebas directas y por tanto las presunciones como pruebas indirectas, por lo mismo se habla que deviene en un sustituto de la prueba, es decir en la incapacidad de probar el mismo hecho que daría certeza de

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Tratado De las obligaciones, POTHIER, josed

la conducta, para nuestro estudio el probar a través de los medios la conducta que de certeza del acoso laboral, por lo cual se deduce a través de pruebas indirectas como lo es la presunción.

2.4.3 La presunción es apenas un expediente de técnica legislativa

Uno de los teóricos de esta doctrina es Gian Antonio Micheli¹⁰³ para quien las presunciones resultan “medios idóneos para formular más claramente la hipótesis de un efecto jurídico” quien dice que la presunciones no tienen como finalidad la formación de la convicción del juez, que resultan en una técnica legislativa para simplificar las hipótesis y evitar así fallos de tipo negativo ó inhibitorio, caso colombiano, por ausencia de pruebas, por lo tanto las presunciones son una regulación positiva a una relación particular ó a un estado de hecho particular, disponiendo de los elementos de la hipótesis en modo diferente al normal y por esta vía indirecta llegar a la formación de la convicción del juez; en sentido estricto lo que sucede es un traslado de la carga de la prueba, es decir que no constituyen más que medios idóneos para formular más claramente la hipótesis de un efecto jurídico.

Esta teoría es asumida por nuestra Corte Constitucional¹⁰⁴ al respecto citando al doctrinante también en estudio Jairo Parra Quijano: “Cuando se analiza bien cuál es el propósito de las presunciones es factible llegar a la conclusión que las presunciones no son medio de prueba sino que, más bien, son un razonamiento orientado a eximir de la prueba, se podría decir, en suma, que las presunciones no son un medio de prueba pero sí tienen que ver con la verdad procesal”

Y cuando la Corte en sus diferentes sentencias habla de la verdad procesal, habla de otorgar igualdad de oportunidades procesales a las partes, para lo cual puede aplicarse el principio de *in dubio pro operario*, del cual se decanta el traslado de la carga de la prueba efecto jurídico de las presunciones.

¹⁰³ Gian Antonio Micheli, La carga de la Prueba En: HUMBERTO RODRIGUEZ, Gustavo. MEDIOS PROBATORIOS: Los indicios, prueba pericial, presunciones, concurso indiciario, problemas generales de la prueba y pruebas en el contencioso administrativo. Primera edición. Bogotá: Jurídicas Wilches. 1989. PAG. 25

¹⁰⁴ Corte Constitucional, Sentencia 731 de 2005, Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Esta técnica procesal se utiliza también para establecer circunstancias que de otra forma resultarían imposible de probar, en consonancia con las tesis expuestas por el tratadista, la Corte Constitucional en sentencia C-780 de 2006 manifestó: “En virtud de la presunción legal, se tiene una prueba completa desde el punto de vista procesal y es esa exactamente la finalidad jurídica que cumplen las presunciones y sin la cual carecerían de sentido” y sigue “Se trata entonces de *un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad*”.¹⁰⁵

2.4.4 La presunción es un problema de carga de la prueba

En concordancia con la teoría anterior a partir de la técnica jurídica el legislador hace un traslado de la carga de la prueba, por lo tanto la presunción no constituye un medio de prueba idóneo sino apenas un efecto al *onus probandi* ó carga de la prueba es decir “la ley con la regla de juicio escoge preventivamente la hipótesis que se pondría como base de la decisión en caso de duda”¹⁰⁶

De vital importancia resulta conocer que lo que se expresa con este traslado de carga realizado por el legislador es por razones de política jurídica, es decir son soluciones para provocar en el campo probatorio una mayor igualdad entre las partes, escindiendo a una de las partes (por en el caso del acoso entenderse como la parte débil de la relación laboral) de la obligación de probar por lo mismo ha dicho Couture¹⁰⁷ “La eliminación del campo de la prueba no es sino la consecuencia natural de su eliminación del campo del debate”, las razones que llevaron al legislador a establecer una presunción legal para el acoso laboral en el

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. C-780 de 2006 (M.P

¹⁰⁶ HUMBERTO RODRIGUEZ, Gustavo. MEDIOS PROBATORIOS: Los indicios, prueba pericial, presunciones, concurso indiciario, problemas generales de la prueba y pruebas en el contencioso administrativo. Primera edición. Bogotá: Jurídicas Wilches. 1989. Pga. 30

¹⁰⁷ ibidem

artículo 7 de la ley 1010 de 2006, pueden hallarse en la dificultad misma de probar los hechos que constituyen dicha conducta para lo cual se releva de la carga probatoria a la parte que se considera víctima en el proceso.

2.4.5 Todas las pruebas son presunciones

No resulta difícil entender esta teoría, si como se analizó en la etimología de la palabra presunción, se entiende como el manejo de reglas de experiencia, que en sí mismas se transforman en reglas ó conductas consideradas por la lógica como de concurrente devenir; en esto resultan las mismas normas, por lo cual para Gustavo Humberto Rodríguez las presunciones son medios de prueba, tanto así que los demás medios de prueba se basan en ellas, que denomina presunciones de hecho.

Así se manifiesta que “es innegable que hay una presunción de hecho en toda prueba histórica, o derivada del testimonio humano. La prueba testifical, la confesión, el documento, el dictamen pericial, reciben eficacia porque se presume la veracidad del hombre en sus afirmaciones”¹⁰⁸

Se advierte sin embargo que los jueces, cuyas argumentaciones pueden llevar a la cárcel cuando se trata de presumir deben hacerlo con mucho más cuidado, de ningún modo como el pueblo suele hacerlo, mucho menos afectando su imparcialidad; por lo mismo se habla que las presunciones que se aplican en nuestro derecho son las que por ley ha establecido el legislador y por tanto todo juicio sobre si estas disposiciones protectoras devienen ó no en una violación a la presunción de inocencia y llevan a una imparcialidad del juez, debe recaer en los en la razón superior que quiso el legislador al respecto el maestro brasileño Mozart Víctor Russomano afirma: “El juez es imparcial pero la ley que él aplica es parcial como todas las leyes de protección (...) (...) La imparcialidad personal y funcional del magistrado no está perjudicada por el hecho de que debe aplicar una

¹⁰⁸ *Ibíd.*

ley parcial. El juez recibe la acción e instruye la demanda y la estudia con absoluto espíritu de imparcialidad...”¹⁰⁹

2.4.6 La presunción es un medio de prueba idóneo

Carlos Lessona frente a esta teoría explica que las presunciones tienen un fin específico que es disminuir la libertad del juez en la aplicación de las pruebas, por lo mismo obedecen más a un sistema de tarifa legal, si exoneran de la carga de la prueba ello obedece a que son “una especie de prueba pre constituida por el legislador”¹¹⁰ por lo mismo resulta una obligación del legislador que el establecimiento de dichas presunciones sea razonado porque ellas afectan el proceso mismo, al darle valor de prueba plena a lo que para el mismo Lessona son indicios, es decir que la presunción que tiene carácter de prueba idónea es la simple.

2.4.7 La presunción es imposición legal de la prueba indiciaria

Tiene relación esta teoría con lo que se dispuso en el artículo 176 del código de procedimiento civil: “Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados” lo que supone que toda presunción, en el fondo no contiene sino un mandato legal de que se tenga a un indicio determinado como prueba, ya que como se verá son los hechos indicadores los que permiten generar la ficción jurídica, así: Si se pretende aplicar el artículo 7 de la ley 1010 de 2006 según el cual se presume el acoso laboral, deberá primero la víctima de acoso laboral demostrar sumariamente que se dieron conductas de maltrato, persecución, inequidad, discriminación, desprotección y entorpecimiento en el lugar de trabajo y que estas conductas se

¹⁰⁹ MEZA SALAS, Marlon, NAVARRO DE MEZA, Sara L. Aplicación del Principio Protector en el proceso laboral: a propósito de la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Venezuela 2003. En: Pagina asesoría jurídica Venezuela : <http://www.aje.com.ve>

¹¹⁰ LESSONA, Carlos. Las presunciones en el derecho probatorio. Primera edición. Bogotá: LEYER, 2006. Pag. 26

enmarcan en cualquiera de los diecisiete hechos que enuncia, los cuales deberá probar a través de todos los medios de prueba del derecho procesal colombiano.

La presunción por tanto resulta de un hecho probado (hecho indicador), un hecho presumido (ó indicado) y la relación entre ellos., la prueba consistiría en dar previamente, antes de toda demostración, por probado el hecho presumido.

2.4.8 La presunción no es medio de prueba en materia penal

Este parece ser un criterio asumido por varios doctrinantes, incluyendo la posición de magistrado Jaime Araujo Renteria en salvamento de voto de la sentencia que analiza las presunciones establecidas en la ley 1010 de 2006, al respecto manifestó:

“respecto de la presunción de inocencia, es necesario recordar que de este principio-derecho se deriva el principio relativo a la carga de la prueba que obliga al juez en caso de incertidumbre y de duda a absolver al imputado en virtud de la máxima *in dubio pro reo*.

Por tanto, debo recabar una vez más que en materia sancionatoria no pueden establecerse presunciones, pues quien tiene que desvirtuar la presunción de inocencia es quien denuncia el supuesto acoso laboral y no se puede invertir la carga de la prueba, lo cual es claramente contrario a los principios más básicos en materia sancionatoria”¹¹¹

Gustavo Humberto Rodríguez quien sostiene igual teoría, en tanto el principio de inocencia controvierte la aplicación de cualquier otra presunción y manifiesta que las presunciones en materia criminal aparecen en un momento histórico en el que aún no se habían delimitado las distintas naturalezas de los procesos civil y penal, aplicando entonces a éste las normas reguladoras de aquel y que se refuerza el traslado cuando entra en escena la teoría de la prueba legal, la que restringiría el arbitrio del juez por la imposición del legislador, lo que significaría en materia judicial sustituir la certeza moral por la certeza legal. Lo cual contrariaría la

¹¹¹ Salvamento de voto, sentencia No. 780 de 2007 Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto

naturaleza del proceso penal, por no decir que la lógica del mismo, preguntándose si ¿es admisible entonces otra presunción frente a la presunción de inocencia?

Hemos dicho que las presunciones pueden tener dos pretensiones: 1. Equilibrar las cargas procesales y 2. Dar por probado hechos que resultan imposibles de probar por otros medios. Podría en este entorno añadirse una tercera y son las razones de orden social, las cuales se traducen para el legislador en la protección de bienes jurídicos mayores y un afán por evitar el *non liquet* es decir la terminación del proceso por la carencia de pruebas, llevando a la impunidad conductas que ha considerado de grave efecto social.

Pero esta intervención del legislador es vista de plano en lo penal como rezagos de un sistema inquisidor; tanto así que Bonnier manifestó: “La creencia en la intervención directa e inmediata de la divinidad en los acontecimientos humanos, combinándose con la dificultad de obtener las pruebas directas de la culpabilidad, en un tiempo en que la administración y las policías judiciales eran casi nulas, ocasionó en los siglos barbaros la introducción de ciertas pruebas más ó menos arbitrarias, de las que se hacía depender la inocencia ó la culpabilidad del acusado”¹¹²

Es importante entonces en torno a la presunción de inocencia observar las presunciones en el derecho sustancial.

2.5 Presunción en las áreas del derecho.

2.5.1 Presunción en el derecho sustancial

Las presunciones tienen un valioso contenido sustancial, ya que son creadoras de derechos, como hemos visto su valor procesal al contrario se ve cada vez más disminuido al ceñirse sin más, al traslado de la carga de la prueba.

La presunción de inocencia que podría definirse mejor como un mandato dentro del *ius punendi* ó derecho punitivo puede equipararse a la presunción de buena

¹¹² HUMBERTO RODRIGUEZ, Gustavo. MEDIOS PROBATORIOS: Los indicios, prueba pericial, presunciones, concurso indiciario, problemas generales de la prueba y pruebas en el contencioso administrativo. Primera edición. Bogotá: Jurídicas Wilches. 1989.Pag. 43

fe del derecho civil y ambas indicarían que se presume de hecho por una regla de experiencia anterior, que el hombre generalmente busca actuar de forma correcta, en ambos se otorga un derecho el cual tiene que desvirtuarse a través de todos los medios de prueba sin dar lugar a dudas al juez. Por esta razón parecieran ser contradictorias con la aplicación de otro tipo de presunciones.

La buena fe en materia civil es considerada para el sistema jurídico como un bien jurídico que amerita una redistribución de cargas, difícil resulta entonces escindir las consecuencias que una presunción en el derecho sustantivo deriva en el procesal, sin embargo en la normativa Colombiana podemos referir las presunciones que se han previsto en materia civil así:

2.5.2 En materia posesoria

Es importante como se vio en el origen de las presunciones, que una de las más antiguas del derecho civil se remonta al periodo feudal, en interés social de la posesión sobre las tierras, de la cual se reportaba dueño y se consideraba una posesión de buena fe, en el artículo 768 del Código Civil Colombiano en conexión con el 769, manifiesta como concepto de la buena fe:

“La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio”¹¹³

Y el artículo 769: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

Así, en los títulos traslativos de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”.

¹¹³ Código civil Colombiano artículo 768 y 769

2.5.3 Buena fe en la Constitución de 1991

En este sentido La corte constitucional¹¹⁴ analizando el artículo 769 del código civil a la luz de la constitución de 1991, toma como fundamento el artículo 83 de la carta política como el mandato a las autoridades y los particulares para que sus acciones sean dadas con buena fe, presunción que se suscribe a norma superior frente a las actuaciones que a diario se presentan de los particulares a los servidores públicos, el principio fundamental es reconocer el respeto que se debe en estas relaciones jurídicas.

Esta presunción pasa a ser un postulado como lo manifestó el Dr. Álvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Potocarrero refiriéndose a su consagración en el texto de la constitución de 1991:

*"La buena fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio. Este mandato, que por evidente parecería innecesario, estaría orientado a combatir ese mundo absurdo de la burocracia, en el cual se invierten los principios y en el cual, para poner un ejemplo, no basta con la presencia física del interesado para recibir una pensión, sino que es necesario un certificado de autoridad que acredite su supervivencia, el cual, en ocasiones, tiene mayor valor que la presentación personal"*¹¹⁵.

Debe tenerse claro que la presunción de buena fe no excluye como lo ha dicho la corte en sentencia C- 1194 de 2008, la consagración por el legislador de situaciones que puedan hacer presumir la mala fe, porque aún cuando la buena fe es un principio general del derecho, ha dicho:

¹¹⁴ Corte constitucional sentencia C-544 de 1994, magistrado ponente Jorge Arango Mejía.

¹¹⁵ En cita. Corte constitucional sentencia C-544 de 1994, magistrado ponente Jorge Arango Mejía.

“No se trata de un principio absoluto, también se ha admitido la posibilidad de que, excepcionalmente, la ley establezca la presunción de mala fe y le atribuya los efectos que considere en cada caso.”¹¹⁶

Así es como artículos del código civil también llama sobre las actuaciones de mala fe, caso tal del artículo del cual también es preciso decir que si bien no contempla de forma explícita la palabra presunción, si se entiende como una de estas al referir:

Artículo 1932: ... *“Para el abono de las expensas al comprador, y de los deterioros al vendedor, se considerará al primero como poseedor de mala fe, a menos que pruebe haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado.”¹¹⁷*

La buena fe por tanto presume en las actuaciones cotidianas que en lo contractual se torna de vital importancia ya que es fundamento de otro principio del derecho privado, como lo prescribe el Artículo 1603 los contratos se entienden (presumen) ejecutados de buena fe, lo que convierte a su contenido en ley para las partes.

En materia contractual no podría ser menos importante para las relaciones laborales de los particulares que regidos por el código sustantivo del trabajo deben suscribirse en sus actuaciones a lo dicho por la Ley 1010 de 2006, en caso de faltar a las buenas costumbres en el trato en el lugar de trabajo.

2.5.4 Presunción Derecho laboral:

En el derecho laboral existe una serie de presunciones dentro de las cuales es dable considerar las que como el artículo 24 del código sustantivo del trabajo “presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo” y que seguidamente veremos sus implicaciones en el derecho procesal.

¹¹⁶ Corte constitucional sentencia No. 1194 de 2008, expediente D-7379 de 3 de diciembre de 2008

¹¹⁷ Código civil colombiano artículo 1932 sobre efectos de la resolución de no pago.

Las presunciones en el derecho sustancial son creadoras de derecho; para el caso de los trabajadores confluyen en este su carácter tuitivo por el cual el legislador ha previsto la irrenunciabilidad de sus derechos en protección incluso de su propio estado de necesidad, el cual puede en condiciones particulares llevarlo a atentar contra sus derechos fundamentales. El carácter irrenunciable de los derechos laborales expresa el alcance que se ha dado al derecho al trabajo en Colombia y en la mayoría de las legislaciones del mundo:

“El fundamento social de este principio puede estribar en que su renuncia atenta contra el orden público, y se basa en la protección contra la desigualdad de las partes: su fundamento jurídico se vincula, dice Bayón Chacón y Pérez Botija, a la presunción de que obedece a un vicio de origen. Todas estas presunciones, por implicar una relación especial con el orden público, han de considerarse en principio con iuris et de iure, pero en la práctica por admitirse la conciliación se convierten en presunciones iuris tantum”¹¹⁸

Relacionado esto con lo manifiesto en las relaciones contractuales del código civil colombiano, puede verificarse la calidad que ostentan los derechos laborales en contraste con el código civil artículo 15 refiere que: *«Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia»*

El derecho laboral como el penal reportan un interés especial para el estado, esta circunstancia especial del derecho laboral nos refuerza lo expuesto como fundamento del estudio del acoso laboral y es la protección que se brinda en esta relación por encontrarse implícita en la misma, una relación de desigualdad. Son normas estas dos de carácter público.

Otra presunción del artículo 88 numeral 2 cuando refiere que los primeros tres meses se presumirán como periodo de prueba”

¹¹⁸ GUERRERO FIGUEROA GUILLERMO, Teoría General Del Derecho Laboral, 5ª ed. Bogotá, Leyer, 2002 En: Rojas Chávez, Armando Mario; Hernández Meza, Nelson. El principio de la consonancia en el procedimiento laboral. Revista de Derecho N°21. Universidad del Norte. Barranquilla.

Y la del artículo 477 “cuando la duración de la convención colectiva no haya sido expresamente estipulada ó no resulte de la naturaleza de la obra ó trabajo, se presumirá celebrada por términos sucesivos de seis en seis meses”

Y así una serie de enunciaciones sobre situaciones que de corriente, el derecho da por configuradas como prerrogativas en las relaciones laborales y que pueden desencadenar en obligaciones del empleador hacia el trabajador.

Pero la importancia que las mismas revisten entran a decantarse en el derecho procesal como manifiesta Domingo Campos Rivera: “la función principal de las presunciones es al de eximir a las partes de la necesidad de probar”¹¹⁹ por lo cual la presunción toma su mayor fuerza en el derecho procesal laboral.

2.5.5 Presunción en el derecho procesal

Los efectos jurídicos que las presunciones otorgan en materia procesal están relacionados con el concepto que sobre las mismas se tengan en cuanto a los medios probatorios, como hemos visto para el derecho Colombiano no se tienen propiamente como pruebas, por lo cual sus efectos jurídicos descansan en el caso de las presunciones de derecho iuris et de iure es establecerse de forma soberana como hecho probado y eliminar toda posibilidad de probar el hecho presumido del supuesto factico, para las presunciones legales iuris tantum el efecto principal es el traslado de la carga de la prueba, otros doctrinantes el valor de las presunciones es óptimo hasta el punto de hacer innecesaria la prueba, lo que equivale a liberar de la carga probatoria.

Por el efecto que le ha otorgado nuestra legislación y jurisprudencia a las presunciones es necesario hacer una conceptualización sobre la carga de la prueba

¹¹⁹ CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Procesal Laboral. Primera edición. Bogotá: Temis S.A. 2003. Pag. 204.

Carga de la prueba

Es conocido el principio procesal que las partes guardan una completa igualdad en materia probatoria, pero como excepción a este principio, parte del viejo adagio *actori incumbit probatio* es decir la prueba le incumbe al actor, en otras palabras a quien la aleja, pero en ciertas oportunidades resulta a cargo de una de las partes la obligación o la necesidad de suministrar la prueba de los hechos que han sido alegados, tal puede ser porque se invocó a su favor o porque de ellos se deducen de lo que se pide o porque el hecho opuesto goza de presunción. Lo que significa al juez que a falta de prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica y que una de las partes aduce en su favor, no le queda otro camino que fallar de fondo y en contrario de esa parte.

2.5.6 Presunción en el derecho procesal Laboral

En el derecho procesal laboral se encuentra una de las presunciones más representativas de la protección en la igualdad procesal en aplicación del *in dubio pro operario*, lo que se trasfiere en que para la presunción del artículo 24 del código sustantivo del trabajo por la cual se presume que toda relación laboral está regida por un contrato de trabajo, lleva a que en materia probatoria se pruebe por la contraparte la no configuración de los elementos de la relación laboral baste decir: la no subordinación y el pago de una remuneración pago de salario, en este ejemplo puede verificarse con mayor fuerza la poca distinción que se presenta a la hora de definir si las presunciones tienen un fundamento más sustancial que procesal, como Corte Suprema de justicia expreso en el análisis de la sala de casación laboral haciendo referencia a la presunción:

“resulta irrelevante la discusión en torno a la categoría de norma sustancial, procesal o probatoria que pueda tener una presunción, pues cualquiera que fuera su naturaleza, sus efectos prácticos serían los mismos”.¹²⁰

Es decir el efecto procesal en el derecho laboral es corregir la desigualdad de las partes con base en el principio de *in dubio pro operario*; evitar que por dificultades probatorias no se llegue a fallos inhibitorios ó a la finalización del litigio en contra del trabajador.

En el proceso por acoso laboral la presunción expresada en el artículo 7 parte de la misma premisa de buscar la igualdad de cargas procesales, ya rigen a este proceso la misma situación de subordinación propia de las relaciones laborales y que en el sujeto víctima de la conducta de acoso tienden a agudizarse; porque ha de tenerse en cuenta que uno de los elementos que median el acoso laboral es la subordinación como lo hemos visto en los elementos constitutivos del mismo, el mobbing es “la situación de asimetría entre el agresor y la víctima”¹²¹ esto es de suma importancia, ya que, si bien no corresponde a una relación necesariamente de jerarquía, si prevalece una posición de dominancia ó superioridad respecto de la víctima, esto puede entenderse entre otros por la disposición de recursos, apoyo, conocimiento entre otros, respecto a la víctima.

En el derecho laboral por tanto pareciera estar clara esta circunstancia; pero este estudio por abarcar como tal los efectos de la presunción establecidas en el artículo 7 de la ley 1010 de 2006 en aras de configurar la responsabilidad por acoso laboral, nos lleva entonces al marco de las relaciones laborales frente a servidores públicos cuyo procedimiento sancionatorio se desarrolla de acuerdo al código único disciplinario. Es aquí donde se debe analizar si la protección al

¹²⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral, Radicación No. 9889 Magistrado Ponente: GERMÁN VALDÉS SÁNCHEZ.

¹²¹ RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos. Tratamiento Jurídico del Mobbing. Primera edición. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008 Pag. 40. Ya que el Mobbing se diferencia de Bulling por acotar no solo el acoso en relaciones laborales verticales, sino esta nueva teoría trata el acoso entre compañeros de trabajo ó relaciones horizontales, así como en dirección ascendente.

disciplinado por aplicación de la presunción de inocencia riñe con la disposición de otro tipo de presunciones

2.5.7 Presunción en el derecho procesal sancionatorio

Ya hemos visto en una de las teorías expuestas sobre la inadmisibilidad de las presunciones en materia penal, sin embargo aun cuando el derecho disciplinario toma principios del *ius punendi* ó derecho punitivo no quiere decir esto que se confundan con el derecho penal ó que tenga sus mismas reglas. Sin adentrarnos en la naturaleza propiamente del derecho disciplinario que pareciera se distingue tanto del derecho penal como del administrativo; ha dicho la corte en sentencia C-818 de 2005 que:

“el derecho sancionador del Estado en ejercicio del *ius puniendi*, es una disciplina compleja que envuelve, como género, al menos cuatro especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario y el derecho correccional. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador.

En Colombia la potestad disciplinaria que se aplica a los servidores públicos deriva en las nociones de jerarquía, competencia y disciplina allegadas de la ciencias de la administración; la noción de jerarquía emana del poder de mando ó jerárquico, la subordinación y el deber de obediencia y como tal resulta el poder disciplinario; este mismo poder se ejerce hacia los particulares “por razones de disciplina y de eficiencia en el servicio público y el ejercicio de la función administrativa”¹²² toma el nombre de potestad correccional y lleva al poder de policía, pero también de otras sanciones como por ejemplo las del derecho ambiental.

2.5.8 Relación de las presunciones frente al derecho ambiental

En la ley 1333 de 2009 , por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental, en el artículo 1 dice que la potestad sancionatoria la tiene el Estado y

¹²² Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Dogmatica del derecho disciplinario. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia.2004. Pag. 67

en el primer párrafo de la misma contempla que se presumirá la culpa ó dolo del infractor de las normas que allí se estipulan; en el análisis de constitucionalidad de norma la Corte¹²³ se remitió a un principio fundante en materia ambiental y es el principio de precaución y en un análisis de hermenéutica constitucional declara exequible dicho articulado por considerar que se están protegiendo los derechos establecidos en el marco de la constitución política de Colombia respecto del cuidado al medio ambiente.

No obstante todo el derecho sancionatorio está sometido a las reglas del debido proceso por mandato constitucional, pero no todo el derecho sancionatorio como se ha dicho esta ceñido a las reglas del derecho penal, por tanto puede contemplarse en el mismo normas sancionatorias de diversa categoría, lo que no viola el principio de inocencia y por tanto la aplicación de otras presunciones que guarda el sistema jurídico.

Esta presunción que hace parte del derecho procesal sancionatorio dentro de las presunciones *iuris tantum*, por admitir prueba en contrario y que provoca procesalmente el traslado de la carga de la prueba hacia el infractor de la norma ambiental, quien se enfrenta en ese orden de ideas al aparato estatal, **indica en la sentencia de constitucionalidad manifiesta**, que las mismas (presunción de culpabilidad) son procedentes en este tipo de derecho siempre que hayan sido producto del razonamiento del legislador y no atenten contra los preceptos constitucionales, como lo confirmo la Corte al confirmar la constitucionalidad de la norma.

2.6 Respecto al derecho procesal disciplinario proceden las presunciones

Podemos referir que la función disciplinaria se traduce constitucionalmente en vigilar, examinar y sancionar las faltas de los funcionarios públicos y los abogados en ejercicio de su profesión, el derecho sancionatorio aparece por los efectos que sobre la configuración del estado y la administración del mismo reviste la función pública, como lo destaca artículo 6 de la constitución política:

¹²³ Sentencia C-595 de 2010, magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio

Artículo 6: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

La importancia que reviste la función pública hace que el mandato constitucional sea mucho más estricto a estas nuevas relaciones entre los particulares y la administración dando nacimiento a las relaciones especiales de sujeción que dichas de otra forma son: "las relaciones jurídico/administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación"¹²⁴

El cumplimiento de los fines del estado requiere de una vigilancia y sanción de ser necesario sobre las conductas que no se apeguen a la ley ó que omitan su cumplimiento esta competencia se ha otorgado al Ministerio público, a la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura e inicialmente las oficinas de Control Interno de cada institución.

Dentro de los procesos sancionatorios adecuados por el legislador se encuentra el derecho disciplinario, policivo, ambiental, tributario entre otros, el principio común a este derecho es la presunción de inocencia y como se ha verificado el sistema de presunciones, así vistas son prerrogativas que se ha dispuesto por el legislador en su facultad de intervenir sobre el derecho punitivo estatal por razones superiores para resguardar la armonía con los principios y fines del estado; por lo mismo trasfiere una mayor rigurosidad al disciplinado ante las conductas que como el acoso laboral trasgredan estos principios.

¹²⁴ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. (1994). *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid: Civitas. En: RAMÍREZ TORRADO, MARÍA LOURDES: La reserva de ley en materia sancionadora administrativa colombiana, Revista Universitaria de Caldas. Volumen 6 Numero 1. 2009.

De gran importancia resulta para el estudio sobre los efectos que la ley 1010 de 2006 por la cual se sanciona el acoso laboral el observar que la misma para los servidores públicos que sean sujetos activos del acoso laboral contempla la imposición de la sanción de falta gravísima y envía su competencia al Ministerio Público. La naturaleza mixta de esta ley hace de mayor interés las presunciones aplicadas en ella a través de su artículo 7, ya que impone ciertamente una conducta punitiva en la cual de darse se verían gravemente afectados los servidores que incurran en ella, la Corte constitucional en Sentencia C- 413 de 1993, una de las primeras en el análisis en materia disciplinaria diría:

*“el derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan.”*¹²⁵ En esta misma sentencia resalta la competencia de la procuraduría por mandato constitucional.

La presunción en materia disciplinaria tiene por efecto procesal el traslado de la carga de la prueba, importante resulta a este respecto saber que en materia disciplinaria la carga de la prueba corresponde al Estado como consecuencia de la aplicación de principio universal de presunción de inocencia, en este caso *in dubio pro disciplinado* como lo enuncia Rory Salcedo¹²⁶ establecido en el artículo 9 del código disciplinario único, por lo tanto la actividad probatoria es mucho más estricta, ya que el operador disciplinario debe tener absoluta certeza de la constitución de la falta disciplinaria, el fallo sancionatorio solo es procedente cuando exista prueba que conduzca a la certeza de la falta.

Libre apreciación de la prueba:

La ley a dispuesto de todos los medios de conocimiento que el juez considere pertinentes para llegar a la certeza de los hechos y aunque el artículo 51 del código procesal del trabajo y la seguridad social, el artículo 130 del código único

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia C-417 de 1993, magistrado ponente José Gregorio Hernando Galindo.

¹²⁶ FORERO SALCEDO, José Rory. De las pruebas en materia disciplinaria: Legislación, doctrina, comentarios .Cuarta Edición. Bogotá: Ediciones IBAÑEZ, 2007

disciplinario, el 373 del código de procedimiento penal y el artículo 175 del código de procedimiento civil , no refieran como medio de prueba directo a las presunciones; sí convergen en la definición que el código de procedimiento civil da para las que algunos doctrinantes consideran como pruebas indirectas; y es que las presunciones son procedentes en el derecho procesal laboral, Procesal Civil y Disciplinario como lo predica el artículo 176: “Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”.¹²⁷

Ya que el principio base de las normas procesales como se observó en la evolución del sistema procesal es la libre apreciación de la prueba a través de la sana crítica del juez como lo predica el artículo 61 del Código de procedimiento Laboral: “libre formación del convencimiento del juez”; el Artículo 175 .Código de Procedimiento Civil: Medios de prueba “El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio”; el Artículo 131 del Código Único Disciplinario: “libertad de prueba; el Artículo 373 del Código de Procedimiento Penal: “libertad probatoria”. Este principio faculta al juez para admitir los medios de prueba que hagan llegar a la verdad procesal, que en todo caso es el fin mismo del proceso.

Es importante observar aquí que las presunciones no hacen parte de los medios de prueba. Ha dicho la Corte¹²⁸ al respecto citando al doctrinante también en estudio Jairo Parra Quijano: “Cuando se analiza bien cuál es el propósito de las presunciones es factible llegar a la conclusión que las presunciones no son medio de prueba sino que, más bien, son un razonamiento orientado a eximir de la prueba. Se podría decir, en suma, que las presunciones no son un medio de prueba pero sí tienen que ver con la verdad procesal. Los derechos fundamentales pueden verse vulnerados con el diseño legislativo de presunciones. Por ello no es solo recomendable sino que significa una exigencia ineludible realizar un juicio de proporcionalidad para verificar hasta qué punto elevar una valoración o un hecho o

¹²⁷ Código de procedimiento civil, artículo 176 Editorial Legis. 2010.

¹²⁸ Corte Constitucional, Sentencia 731 de 2005, Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

una síntesis de ambos a la categoría de presunción - sea *iuris tantum* o *iuris et de iure* -, restringe o puede llegar a restringir de manera desproporcionada un derecho fundamental. No basta con que el legislador ordene establecer una presunción. Deben existir elementos lógicos, fácticos y valorativos suficientes que permitan hacer compatible la configuración de presunciones con la justicia, con el debido proceso y con la eficacia”.

Los elementos de razonabilidad están dados en los antecedentes en su argumentación que se dieron a la ley para ser sancionada y el análisis que la Corte Constitucional realizó sobre la proporcionalidad de este traslado de la carga de la prueba en detrimento ó no de los derechos y principios fundamentales al debido proceso y la presunción de inocencia. Para acercarnos a estas dos circunstancias y entender en que caso se aplica dicha presunción es necesario hacer un acercamiento a los componentes de la Ley 1010 de 2006.

CAPITULO III

Las presunciones como búsqueda de la igualdad de cargas procesales en el libelo por acoso laboral

Además de resultar innovador en sí misma la aplicación de la nueva teoría del mobbing, esta se torna más interesante si se observa que la ley 1010 de 2006 por la cual se sanciona el acoso laboral, no solo trata las conductas lesivas en las relaciones verticales de poder, sino de todos los sujetos de las relaciones de trabajo; contempla esta ley los sujetos en el campo del derecho laboral privado y del sector público, llegando a establecer como sanción en el caso de los últimos la falta gravísima, abriendo el debate en torno a la aplicación de presunciones en materia sancionatoria; discusión superada en nuestro capítulo anterior pero que reafirmaremos sus efectos desde lo dicho por la Corte Constitucional en un claro estudio de las consecuencias probatorias de la presunción y la visión del legislador para brindar garantías en la real protección del trabajo en condiciones dignas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores.

La ley 1010 de 2006, no solo brinda una noción acerca del acoso laboral y sus modalidades, sino que de forma integral estipula las sanciones que resultan en caso de establecerse la conducta tipificada, reuniendo en este mismo texto el procedimiento a seguir por el juez laboral en caso del sector privado y remitiendo a la Ley 743 de 2002, Código Único Disciplinario, en el caso de investigación disciplinaria por el Ministerio público hacia servidores públicos; siendo común a los dos sectores las consecuencias de terminación de contrato con justa causa y no prestación de preaviso, así como multas, dineros destinados al Ministerio público.

Para el legislador no le fue suficiente con establecer los sujetos procesales, las sanciones, la graduación de las sanciones, la competencia, los procedimientos, las acciones preventivas a través de los reglamentos de trabajo, sino que en una visión de la protección real del derecho, llevó en materia procesal a la consagración de garantías a los testigos y la aplicación de presunciones para las conductas que fueran reiteradas y publicas de acoso.

Esta presunción establecida en el artículo 7 de la ley 1010 de 2006 es de las denominadas presunciones legales ó *iuris tantum* y ante la pregunta de su importancia en este proceso, se debe ratificar ciertamente lo que la doctrina ya ha formulado frente a este flagelo, caso España¹²⁹; y es que, la intencionalidad de causar el daño por el acosador no es susceptible de constatación empírica y por lo tanto es necesario partir de la presunción de su existencia, salvo prueba en contrario, es decir que ante una situación de violencia extrema y prolongada que se desarrolle en el ambiente laboral, a través de alguna de las catorce conductas señaladas en la ley 1010 de 2006, deberá entenderse, en principio, que el fin es la autoeliminación laboral del trabajador, ya sea por su renuncia (no voluntaria ó viciada su voluntad) ó por la baja en el servicio a consecuencia de una enfermedad profesional; así quedaría acreditada la intencionalidad o lo que la doctrina ha denominado plan doloso; este efecto para procederse procesalmente, lo que no resta contenido al fin mismo del derecho laboral y es ser por excelencia tuitivo.

Entonces se puede decir que la presunción dada por el legislador entra en debate sobre los bienes efectivamente protegidos, dándose por hecho que en un sistema de libre apreciación de la prueba; el legislador, así como el juez con base en una protección suprema de los principios del estado, pueden determinar cómo probadas, conductas que refieren a un análisis ya no solo desde las reglas de experiencia y de la lógica, sino de las consecuencias científicamente

¹²⁹ CARBONELL VAYÁ, José Enrique; GIMENO NAVARRO, Miguel Ángel; MEJÍA GARCIA, Ana. EL ACOSO LABORAL, ANTES LLAMADO MOBBING: Un enfoque integrador. Valencia, España: TIRANT LO BLANCH, 2008.Pag. 182

comprobadas por la continuidad de ciertos actos hostiles, violentos ó vejatorios sobre la salud del trabajador víctima de acoso laboral.

Las presunciones estipuladas por el legislador tanto en el derecho laboral como el derecho punitivo tienen una finalidad general y es la estabilidad del conglomerado social, es decir cumplen una función de orden público¹³⁰

Vistas las presunciones en el derecho sustancial y en el derecho procesal tanto laboral como disciplinario, se pudo observar que su estipulación radica en el espíritu que el legislador tuvo para dar por constituidos hechos que por la regla de experiencia e importancia que reviste en sus consecuencias sociales tienen en materia de orden público; dejando expresadas en la norma cuando actúan estas presunciones, ya que su efecto en materia procesal son los mismos que las dadas en el derecho civil, lo cual indica a un traslado de la carga de la prueba.

Por el efecto procesal de las presunciones en el equilibrio procesal, es necesario hacer un recorrido por los sujetos activo y pasivo del acoso laboral, así como de los sujetos procesales según nuestra legislación como quiera que la presunción en estudio resulte en un traslado de la carga de la prueba a alguno de ellos.

La teoría del Mobbing en la ley 1010 de 2006 refiere claramente al acoso ya no solo en las relaciones verticales de poder sino entre compañeros de trabajo, es decir relaciones horizontales.

De la teoría del Mobbing se extrae que los sujetos procesales ya no solo obedecen a las relaciones verticales de poder (bulling), es decir las tradicionales relaciones empleador-trabajador, como lo observamos en la doctrina internacional; sino que también entran a valorarse los hostigamientos que se producen entre compañeros de trabajo (mobbing horizontal) e incluso como lo refiere la ley 1010 en su artículo 6, el que pueda sufrir un jefe inmediato por uno de sus subalternos, es decir lo que para la doctrina es un mobbing vertical ascendente.

¹³⁰ MESA TORO, Aldo Tonny. Las presunciones y su importancia en el derecho laboral, Universidad de Medellín, tesis de grado. 1978. Pag. 14

Pueden ser sujetos activos del acoso laboral: La persona natural ó servidor público que se desempeñe como gerente, jefe, director, supervisor o cualquier otra posición de dirección, mando ó jerarquía en la empresa ó institución pública. Igualmente el trabajador ó empleado de la misma.

También tiene de innovador en la ley vincular como sujetos partícipes del acoso las personas que omitan acatar las sanciones que profieren los inspectores de trabajo.

Como sujetos pasivos ó víctimas del acoso laboral: Los trabajadores, empleados ó servidores públicos y los jefes inmediatos si el acoso proviene de sus subalternos.

3.1 En el proceso disciplinario por acoso laboral, ya no solo participa el Ministerio público y el disciplinado, sino que introduce a una tercera persona: La víctima ó su representante.

En cuanto a los sujetos procesales, cuando estos son servidores públicos la ley 1010 de 2006 no es armónica con la ley 734 de 2004, ya que la norma disciplinaria dispone en su artículo 89 que intervendrán en el proceso disciplinario el investigado y/o su defensor y el Ministerio Público y la ley 1010 de 2006 en su artículo 17 manifiesta que podrá participar del proceso la víctima de acoso ó su abogado. El Ministerio en concepto al respecto manifestó:

“ha de entenderse que la Ley 1010 de 2006 derogó tácita o indirectamente el artículo 89 de la Ley 734 de 2002, en lo tocante a quiénes pueden intervenir como sujetos procesales en la actuación disciplinaria; pero sólo cuando ésta se adelanta por conductas de acoso laboral, ya que esta ley posterior es particular y en tal virtud lo que ella establece constituye una modificación parcial del citado artículo 89”¹³¹.

3.2 Debe agotarse vía gubernativa tanto para las relaciones laborales el sector público como el sector privado.

¹³¹ Concepto 237 de 2009 Procuraduría General de la Nación.

En cuanto al tiempo planteado para la acción por acoso laboral, se ha dicho en consulta C-121 de 2010 de la procuraduría regional de Antioquia en análisis de los conceptos emitidos por el Ministerio Público en circular 20 de 2007 que el agotamiento del procedimiento establecido por la ley 1010 de 2006 del artículo 9 son las medias correctivas ó preventivas para que las entidades establezcan dentro de los reglamentos de trabajo un procedimiento interno, confidencial, conciliatorio y efectivo para superar las conductas hostiles en el lugar de trabajo, se crearían los comités de empresa de carácter bipartito, este vendría siendo el procedimiento interno que llega hasta la etapa de conciliación, una vez efectuada y quedar de acuerdo las partes en la empresa, se archiva el proceso; pero en caso de hallarse merito suficiente y no llegarse a conciliación entre las partes la misma entidad debe remitir el caso de acoso cuando se trate de un servidor público al Ministerio Público quien tiene por el artículo 9 y 10 de la ley 1010 de 2006 la competencia. Si la conducta de acoso es ejercida por un trabajador del sector privado debe interponer la demanda ante la jurisdicción laboral del sitio donde ocurrieron los hechos y el juez iniciará el proceso establecido en el artículo 13 de la ley. Pero que en todo caso es necesario agotar el procedimiento interno de conciliación, en el que incluso puede disponerse de la participación de entidades expertas en el tema (Cámara de Comercio).

3.3 La caducidad finiquita una vez instaurada la queja. La competencia en el sector público la tiene el Ministerio público.

En la medida que la ley de acoso laboral dispone la competencia en el Ministerio Público cuyo procedimiento remite a la ley 734 de 2002; es importante observar que el procedimiento seguido, como se puede observar en la casuística de la Procuraduría, en uno de los casos de apelación, proceso **161-5035 (020-172181/07)**, donde se manifiesta por parte de la procuradora primera delegada, que se reabre el proceso ante el no recaudo probatorio de acuerdo al artículo 156 de Código Único Disciplinario, teniéndose que el término de la investigación disciplinaria será de 6 meses contado a partir de la apertura de la investigación, artículo que se refiere al proceso ordinario, del cual se contarán los seis meses de

caducidad que presenta la ley 1010 de 2006 una vez se interpone la queja, en palabras de la Procuradora:

“Una vez sea interpuesta la queja por la referida conducta, y agotado el trámite previsto en el artículo 9º de la Ley 1010 de 2010 los términos y el procedimiento que se aplican son los previstos en Código Único Disciplinario”.¹³²

Lo cual quiere decir que la competencia de las oficinas de control interno se da en la medida que participan de los Comités bipartitos y en las empresas privadas de los Comités de Convivencia laboral para una etapa más preventiva y de conciliación. Pero el proceso disciplinario siempre está en manos del Ministerio Público.

3.4 La competencia es siempre del Ministerio Público, cuando la conducta de acoso sea entre servidores públicos y si estos con jueces conocerá el Consejo Superior de la Judicatura.

En cuanto a la competencia deja entre ver la ley 1010 de 2006 una incoherencia, ya que refiere en el artículo 11 que las entidades estatales podrán conocer de la falta disciplinaria, sin embargo habla de la facultad de provocar el poder preferente y el artículo 12 dice expresamente que la competencia en caso de servidores públicos es del ministerio público. En una interpretación del Ministerio público en concepto 237 de 2006 habla que para subsanar la falta de coherencia, se debe interpretar a través del numeral 2.º del artículo 5.º de la Ley 57 de 1887¹³³ que dispone que cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo código, se preferirá la disposición prevista

¹³²Procuraduría delegada primera vigilancia administrativa, proceso 161-5035 (020-172181/07. En: Pagina de la procuraduría. Relatoría

¹³³ Artículo 5o., numeral 2.º, Ley 57 de 1887.
(...)

2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.

en el artículo posterior. Así mismo, la ley posterior prevalece sobre la anterior, de acuerdo con lo establecido en artículo 2.º de la Ley 153 de 1887.¹³⁴

Así mismo manifiesta entonces que debe preferirse la aplicación del artículo 12 y por tanto la competencia siempre recae en el Ministerio Público para el caso de investigaciones por acoso laboral, acaecidas por servidores públicos, que en el caso de ser de la rama judicial corresponderá al Consejo Superior de la Judicatura.

En la casuística reciente, en este año 2011 se ha conocido el primer fallo en Colombia de destitución de una jueza en el departamento del valle del cauca, por ejercer actos de descalificación y humillación a unos de sus trabajadores, el fallo emitido por la sala disciplinaria del Consejo Superior de Cali, deja por sentado que estas conductas ejercidas de forma reiterada configuran inmediatamente acoso laboral.

3.5 La sanción para el servidor público es la falta gravísima, lo cual no obsta que se discipline por otras faltas que se encuentren en violación al régimen de deberes y prohibiciones del servidor público.

Hemos visto desde la legislación de otros países caso España que la conducta de acoso laboral acontecida en las relaciones laborales del sector público es sancionada con la máxima falta para este régimen; casuística que argumentaron el proyecto legislativo 088 de 2004 que daría nacimiento a la ley 1010 de 2006¹³⁵ en Colombia, sin embargo esta disposición profundiza las críticas a la aplicación de presunciones en el proceso disciplinario por acoso laboral, más, cuando pareciera no ser del todo clara la aplicación de esta sanción como falta gravísima, ya que debe tenerse en cuenta que si bien la ley 1010 de 2006, estipula que para el caso de servidores públicos la sanción a aplicar es la falta gravísima, también es cierto en consonancia con lo dicho por la Dra. Nataly

¹³⁴ Artículo 2.º, Ley 153 de 1887. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria á otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.

¹³⁵ República de Colombia, Gaceta oficial No. 400 de 2004

Bermudez Sanchez y referida en Concepto a consulta C- 134 de 2008 a la procuraduría regional de Antioquia que:

“en los eventos que la conducta de acoso laboral no pueda enmarcarse dentro de la descripción hecha por el artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, no podrá catalogarse como falta gravísima. Así las cosas, en esos casos el operador disciplinario deberá determinar si la conducta encuadra dentro de alguna de las modalidades de la conducta de acoso laboral y realizar la respectiva graduación de la falta, de conformidad con las circunstancias de agravación y atenuación que refiere la misma ley sin perjuicio de los criterios establecidos en la Ley 734 de 2002”¹³⁶. Por tanto se infiere de la misma la posibilidad de la graduación de la sanción, teniéndose por la autoridad que investiga la potestad de definirla.

Es importante observar que dentro de los antecedentes de la ley 1010 de 2006 aplicables a los servidores públicos, puede tomarse que la violación al régimen de deberes y prohibiciones del servidor público como los artículos 34, numeral 6 Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio y artículo 35, numeral 6 Ejecutar actos de violencia contra superiores, subalternos o compañeros de trabajo, demás servidores públicos o injuriarlos o calumniarlos de la Ley 734 de 2002¹³⁷; es posible que cuando no se pueda proseguir tipificación de acoso laboral de acuerdo a lo manifiesto en la ley 1010 de 2006 para estos casos, puede seguirse proceso por configurarse una de las violaciones descritas al régimen de deberes y prohibiciones del servidor público.

3.6 Las conductas presuntivas de acoso laboral se encuentran enmarcadas en las seis modalidades de acoso laboral y estas a su vez deben diferenciarse de lo que no es considerado acoso laboral. El poder disciplinario que también recae en el empleador siempre que sea proporcionado no constituye una conducta de acoso laboral.

¹³⁶ Nataly Bermúdez Sánchez¹³⁶, en el artículo “Apuntes sobre el régimen disciplinario de la ley de acoso laboral”, publicado en el Libro Lecciones de Derecho Disciplinario, Volumen 6, editado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público, página 65

¹³⁷ Consulta C-134 de 2008, Procuraduría Delegada Disciplinaria.

Hemos visto que la persecución laboral es el antecedente más claro de acoso laboral en Colombia y que en otros países se trata de igual forma vinculándolo siempre con los efectos en la salud del trabajador y secuencialmente con las enfermedades derivadas del trabajo. Pero los efectos del acoso sobre la moral del trabajador tiene que ver con el tipo de acoso que se ejerce; ya que, la lesión psicológica y afectación a la dignidad del trabajador se ve trasgredida de forma inmediata cuando los actos hostiles y denigrantes se realizan frente a sus compañeros de trabajo u otras personas en el espacio laboral; por lo mismo el legislador desde al año 2004 cuando se presentó la ponencia en Colombia del primer proyecto en miras a prevenir y castigar este flagelo, pensó en las consecuencias de las conductas hostiles que se ejercieran publica y reiteradamente y la situación de subordinación propia de las relaciones laborales, dos de los elementos que la doctrina del mobbing ha definido para el acoso y es la reiteración y distribución en el tiempo de los actos hostiles y la situación de asimetría entre el sujeto acosador y la victima. En base a estos razonamientos el legislador por las facultades que le confiere la constitución colombiana para definir las instituciones procesales decidió intervenir en el proceso por acoso laboral para equilibrar las cargas procesales, definiendo de forma taxativa las conductas que ejercidas de forma pública y reiterada constituirían de forma inmediata actos de acoso laboral. No si antes definir con la misma rigurosidad los actos que no constituirían acoso laboral estas situaciones todas enmarcadas en las seis modalidades de acoso laboral en Colombia así:

Artículo 2 Ley 1010 de 2006 Modalidades De acoso	TIPIFICACIÓN	Artículo 7 ley 1010 de 2006. Presunción en conductas ejercidas de forma pública y reiterada:	Artículo 8 Ley 1010. No es acoso laboral:
Maltrato Laboral	Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeña como empleado o trabajador; toda expresión verbal	a) Actos de agresión física independiente de sus consecuencias. b) Expresiones injuriosas y discriminatorias. c) Comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo. d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los	a) Las exigencias y órdenes, necesarias para mantener la disciplina en los cuerpos que componen las Fuerzas

	<p>injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.</p>	<p>compañeros de trabajo h) La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad. n) Envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social. f) Descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo. g) Burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público.</p>	<p>Pública conforme al principio constitucional de obediencia debida. b) Los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos</p>
Persecución laboral	<p>Toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.</p>	<p>e) Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios. m) La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos. j) La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados.</p>	<p>i) Las exigencias de cumplir con las estipulaciones contenidas en los reglamentos y cláusulas de los contratos de trabajo. j) La exigencia de cumplir con las obligaciones, deberes y prohibiciones de que trata la legislación disciplinaria aplicable a los servidores públicos.</p>
Discriminación laboral	<p>Todo trato diferenciado por razones de raza, género, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social o que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.</p>	<p>k) El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales.</p>	<p>f) Las actuaciones administrativas o gestiones encaminadas a dar por terminado el contrato de trabajo, con base en una causa legal o una justa causa,</p>

			prevista en el Código Sustantivo del Trabajo o en la legislación sobre la función pública
Entorpecimiento laboral	Toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.	l) La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor	d) La formulación de circulares o memorandos de servicio encaminados a solicitar exigencias técnicas o mejorar la eficiencia laboral y la evaluación laboral de subalternos conforme a indicadores objetivos y generales de rendimiento.
Inequidad laboral	Asignación de funciones a menosprecio del trabajador	i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa.	c) La formulación de exigencias razonables de fidelidad laboral o lealtad empresarial e institucional.
Desprotección laboral	Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador	l) La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor	g) La solicitud de cumplir los deberes de la persona y el

	mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador.		ciudadano, de que trata el artículo 95 de la Constitución.
--	--	--	--

De este cuadro se puede deducir que las catorce conductas descritas por el legislador como constitutivas de acoso laboral deben ser cotejadas ante las circunstancias propias de la empresa, los requerimientos del contrato ó manual de funciones del servidor público, para establecer si la conducta cumple ó no con los elementos que ya se han estudiado entorno al acoso laboral. La causalidad entre la conducta del agresor con el daño efectivamente producido sobre la víctima es uno de esos elementos al igual que la actividad tendenciosa, es decir, la presión desproporcionada cuyo objetivo es causar daño sea este de tipo moral, psicológico, físico ó daños a la salud del trabajador, cuya consecuencia sea esta afección y no siempre la acusación de la renuncia.

3.7 Los Sujetos procesales son partícipes del acoso, siempre que se encuentren bajo una relación de tipo laboral.

Es indispensable que medie una relación de tipo laboral, así lo ratifico la corte constitucional en sentencia C-960 de 2007; la presunción en estudio pretende por tanto superar la desigualdad entre las partes del proceso por acoso laboral. En la sentencia se habla de la prueba indiciaria referida al maltrato laboral, en el marco de las presunciones en materia laboral como modalidad probatoria presuntiva, con miras a beneficiar la labor verificadora a favor del trabajador, siempre que entre los dos medie una relación de tipo laboral que será objeto de primera verificación:

(...) Tanto la ley como la jurisprudencia han establecido la presunción de existencia de una relación laboral al margen del nombre asignado al contrato, lo que ha sido denominado como contrato realidad, es decir, aquél

que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma(...).

(...)La protección al trabajador frente al acoso laboral, en los términos de la ley parcialmente acusada, obedece a la existencia real de subordinación pues la dependencia en la relación es la que determina la posibilidad de acoso, de acuerdo a los sujetos y al ámbito de aplicación de la ley (...).¹³⁸

Los contratos civiles y/o ordenes de prestación no pueden por tanto recibir un tratamiento de la ley 1010 de 2006, situación del todo dificultosa si se tiene en cuenta la proliferación de este tipo de contratación en Colombia, de la cual no se deriva una relación laboral, aunque en la realidad pueda inferirse un mayor grado de desigualdad entre los sujetos de la relación comercial o civil por la necesidad del operario del servicio de ver satisfechas sus necesidades mínimas vitales en un contexto social que demuestra la creciente pobreza de sus habitantes y la informalización del empleo como mecanismo de subsistencia de sus trabajadores.

3.8 El efecto de la presunción es el traslado de la carga de la prueba en beneficio de la parte considerada más débil dentro del proceso y su alcance para establecer la responsabilidad por acoso laboral se da siempre que se demuestren los hechos indicadores de conductas reiteradas y públicas de acoso laboral. En pocas palabras nunca se ve eximido el trabajador de demostrar los hechos en que se fundan las presunciones.

Ha dicho la corte constitucional que la función que cumple la presunción en el derecho procesal es el traslado de la carga de la prueba y refiere que:

“Se trata entonces de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el

¹³⁸ Corte Constitucional de Colombia Sentencia C 960 de 2007, M.P

*riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad”.*¹³⁹

Se destaca que este tipo de presunciones lo que buscan es la protección de un bien jurídico mayor. Siguiendo a Gustavo Humberto Rodríguez en una de las teorías planteadas por Gian Antonio Micheli en su obra “La carga de la Prueba”, vista dentro de las teorías de la presunción. Las presunciones no constituyen más que “medios idóneos para formular más claramente la hipótesis de un efecto jurídico”; que resultan ser la inversión de la carga de la prueba. En otras palabras, son expedientes de la técnica legislativa.¹⁴⁰

Por tanto el primer requisito a demostrar para la aplicación de la presunción es la existencia de la relación laboral, posteriormente es necesario que se demuestren los hechos (indicadores) de alguna ó varias de las conductas descritas en el artículo 7 de la ley 1010 de 2006, que tiene su alcance siempre que se trate de conductas reiteradas y publicas que están descritas en catorce conductas que se enmarcan de forma general en seis modalidades de acoso laboral.

El alcance que da el legislador a estas presunciones también tiene que ver con lo descrito en el párrafo del mencionado artículo 7 de la ley 1010 de 2006, cuando faculta al juez para que excepcionalmente con un sólo acto hostil se acredite el acoso laboral y por tanto deje a la sana crítica del juez apreciar tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida, integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales del trabajador.

La corte suprema de justicia frente al acoso laboral ha tomado los elementos del acoso laboral, generando un valioso antecedente del mismo en cuanto a los vicios en la voluntad cuando el retiro laboral obedece a una persecución de tipo laboral.

¹³⁹ Corte Constitucional. Sentencia No. C-780 de 2006 M.P

¹⁴⁰ Nombre que el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez, da a una de las teorías sobre las presunciones, con la cual el no coincide pero expone para mayor conocimiento y que termina siendo la teoría aplicada por la Corte Constitucional Colombiana.

La Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, Sección segunda, julio 7 de 1988 en su momento estudio las conductas hostiles en el ambiente laboral, generando valiosos antecedentes que aún hoy son tomados en cuenta para los casos que son competencia de la ley 1010 de 2006, la corte manifestó que:

“cuando es el patrono quien manifiesta la decisión de terminar el vínculo laboral, manifestación que puede ser verbal, escrita o por hechos inequívocos, se tratará de un despido puro y simple que resultará justo o injusto según se alegan o no , y en el primer caso se demuestren debidamente las causas que lo motivaron. Y si tal decisión proviene del trabajador a causa del incumplimiento de sus obligaciones por parte del patrono, así debe hacerse saber a éste en el momento de darle término al contrato. Y si el trabajador demuestra ese incumplimiento podrá decirse que hubo un despido indirecto imputable al patrono. De lo contrario, habrá una simple terminación del contrato por parte del trabajador, que le ocasionará las consecuencias previstas por la ley para ese obrar ilegítimo”

La figura de acoso laboral en Colombia al igual que muchos países como se vio en la doctrina internacional se ha desarrollado por analogía a otras conductas tipificadas en la ley laboral, penal y contencioso administrativa; es así como el incumplimiento grave a los deberes del empleador dispuesto en el código del trabajo, el sabotaje ó entorpecimiento en el trabajo descrito por el código penal ó el trato discriminatorio ó las consecuencias en enfermedades profesionales eran figuras que referían a lo que hoy se tipifica como acoso laboral tendencioso y que esta violencia vicia la voluntad del trabajador que se ve obligado de esta forma a presentar su renuncia a la empresa.

3.9 Juicio de razonabilidad sobre la presunción legal del artículo 7 de la ley 1010 de 2006, sentencia C-780 de 2007, Corte constitucional:

Una vez se expidió la ley 1010 de 2006 se desarrolló una serie de análisis por parte de la corte constitucional sobre algunos de los apartes demandados por ciudadanos interesados en su mayoría de las disposiciones que resultaban violatorias al derecho a la igualdad por no hacer extensible esta norma a actividades en las relaciones civiles y a las situaciones de acoso en el ámbito privado, así como la exigencia del reglamento en la empresa ó la presentación de

denuncia por escrito, es así como la corte se ha pronunciado en las Sentencias C-738 DE 2006, C-282 de 2006, C-078 de 2006 y C-898 DE 2006, sin embargo para resolver el tema central de esta tesis se encuentra un valioso análisis de la Corte Constitucional en sentencia C-780 de 2007 ya que es esta la única que entra específicamente a estudiar si la presunción así prevista en el artículo 7 de la ley 1010 de 2006 es violatoria del derecho a la igualdad por consagrarse dicha presunción solo en las conductas reiteradas y públicas, sin embargo al momento de su estudio la Corte extiende su análisis a establecer si la norma es violatoria del derecho al debido proceso y al principio de presunción de inocencia, situación de gran interés como se ha visto en torno al proceso disciplinario seguido a los servidores públicos.

El primer análisis que se hace por la Corte es sobre los principios protegidos, y seguidamente procede a pronunciarse sobre las presunciones establecidas en esta ley, bajo el criterio de las presunciones allí establecidas buscan una equidad procesal lo que conduce a un traslado de la carga probatoria:

“La presunción exime, entonces, a quien la alega, de la actividad probatoria. Basta con caer en el supuesto del hecho indicador establecido por la norma para que opere la presunción. Así, lo que se deduce a partir del hecho indicador del hecho presumido no necesita ser demostrado. Se puede, sin embargo, desvirtuar el hecho indicador y se admite, por tanto, la actividad orientada a destruir el hecho a partir del cual se configura la presunción, cuando quiera se trate de una presunción legal”¹⁴¹.

Se resuelve que la presunción prevista en la ley 1010 de 2006, no violenta el debido proceso ó la presunción de inocencia, siempre que es una presunción legal ó *juris tantum* que admite prueba en contrario y que por tanto siempre podrá probarse la no ocurrencia de los hechos a través de todos los medios probatorios y en esto remite al código de procedimiento civil; manifiesta esta Corte que en ningún momento sea en el proceso “judicial ó disciplinario” se violenta el debido proceso ó la presunción de inocencia, dando por hecho este análisis frente a la norma superior constitucional y vuelve a enfatizar que se trata de una

¹⁴¹ Corte Constitucional sentencia 780 de 2007. Magistrado ponente Jorge Humberto Sierra Porto.

redistribución e cargas por lo cual reafirma que en este caso la presunción entra a superar un tecnicismo jurídico y refiere una especie de noción de la presunción al decir: “es una institución jurídica que permite al legislador invertir o desplazar el objeto de la prueba” con base en el propósito constitucional de corregir la desigualdad, descargando de esta forma al sujeto que se encuentra en una situación de indefensión, aplicando para equilibrar las cargas el principio *in dubio pro operario*.

Lo concluyente frente a este análisis es que se trate de una conducta que se realice de forma pública y reiterada ó por el contrario sea realizada de forma privada, en ambos casos es necesario probar el hecho que se aleja, esto es, en ninguno de los dos casos el quejoso se ve relevado de demostrar que la situación alegada se dio y sea acreditada a través de un hecho indicador; por tanto se puede deducir que es la aplicación automática de la presunción lo que diferencia las conductas acaecidas de manera reiterada y publica de acuerdo a las situaciones previstas en el artículo 7, debiendo ser tenida por la autoridad como acoso laboral pero si este tipo de situaciones hostiles se producen en privado deberá recurrirse a todos los medios de prueba: Testimonio, documentos, peritazgo, inspección judicial, juramento de terceros y propio, sin que en estos casos se aplique dicha presunción, por lo tanto el quejoso tendrá sobre si la carga probatoria tendiente a llevar a la plena convicción del juzgador sobre la responsabilidad por parte del empleador en la ilícita conducta de violencia laboral, para concluir esto el juzgador tendrá que tener los elementos materiales de prueba suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia que envuelve al empleador, más aún si esta hace parte de la naturaleza del proceso como se ha estudiado en materia disciplinaria.

Señalo la Corte constitucional¹⁴² en otra de sus sentencias que “*el principio de igualdad incluye la obligación objetiva de trato semejante por parte de las autoridades públicas, así como el derecho subjetivo a ser tratado igual. Las condiciones laborales, si bien no se encuentran enunciadas de manera explícita*

¹⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-230 de 1994. Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

dentro de las razones objeto de discriminación del artículo 13, deben tener un tratamiento similar si se tiene en cuenta la especial protección constitucional de la calidad de trabajador. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato”

En esta sentencia dada antes de la expedición de la ley 1010 de 2006, se puede observar que la protección al trabajador, es un principio que no resulta desproporcionado frente a los fines del Estado; por lo mismo el derecho vivo que impone el poder probar a través de los diferentes medios existentes para ello, las circunstancias propias que conllevan a judicializar el acoso laboral, tiene que observar la condición de las partes y valorar la afectación a la dignidad del trabajador que se ve expuesto de forma reiterada y pública a vejámenes por parte de un patrono ó compañero acosador.

En este momento se puede sugerir que las inferencias realizadas por el juez se basaban en un criterio de razonabilidad de acuerdo a los hechos probados dentro del libelo por acoso laboral, ya que el traslado de la carga probatoria no exime de la obligación de demostrar el hecho indicador.

3.10 ¿Cómo se demuestran los hechos indicadores de la conducta de acoso laboral?

A través de todos los medios probatorios, valga decir: Testimonio, documentos, peritazgo, inspección judicial, juramento de terceros y propio.

Pero resolver como se demuestran a través de estos medios los hechos indicadores, lleva a una situación más compleja y tiene que ver con una etapa anterior del proceso y es como se adquieren las pruebas, recordamos que la prueba es externa al proceso es decir, la razón principal para que dichos procesos no prosperen como se observa en los casos encontrados en la Procuraduría General de la Nación es la dificultad en la consecución de la prueba, ya que estas

se encuentran en el espacio del acosador, donde habita una situación de superioridad y/o asimetría en el sentido ya manifiesto en el primer capítulo.

Así, la prueba testimonial que consiste en el relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento que tiene de los hechos en general y le corresponde al administrador de justicia valorar la conducencia y pertinencia del mismo; no consigue siquiera llegar al espacio del debate, ya que el arribo del medio de prueba al menos indicador de la conducta por parte de quien la aleja, puede convertirse en un imposible probatorio ya que como el caso que se sigue, los testimonios corresponden a los que efectivamente manifiestan los compañeros de trabajo de la víctima, quienes están afectados por el mismo exceso de subordinación ó a quienes como se vio en una de las causas del acoso, está dirigida la conducta de acoso como una violencia ejemplarizante¹⁴³.

En el Caso Silvia Inés Álvarez, se observa claramente como sus compañeros evaden hacer alguna alusión directa a las conductas observadas en el trabajo:

Caso Silvia Inés Álvarez

La entidad competente para conocer el caso en primera instancia fue la procuraduría delegada primera vigilancia administrativa quien procedió al estudio del caso de la servidora pública Silvia Álvarez quien trabajaba en la Subdirección de Planeación Minera de la Unidad de Planeación Minero Energética –UPME; a esta dependencia llegó un nuevo subdirector JAIRO HERRERA ARANGO, de quien presuntamente empezó a ser víctima de las siguientes:

Conductas¹⁴⁴

1. Maltrato laboral: al recibir solicitudes de informes masivos con carácter urgente

¹⁴³ RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos. Tratamiento Jurídico del Mobbing. Primera edición. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008. Pag. 96

¹⁴⁴ Se enmarcan estas a manera didáctica del estudio, ya que en el caso por obedecer al año 2005, no se tenía por la actora conocimiento de las denominaciones dadas por la ley 1010 de 2006, aunque su resolución ocurriera en el año 2007.

2. Inequidad laboral: recibir órdenes para ejecutar labores que no correspondían a su cargo,
3. Persecución laboral: Suspensión de comisiones de trabajo,
4. Discriminación laboral: a) Separación del grupo (compañeros) y cuando se encontraba en las reuniones de trabajo la mandaba a callar públicamente, llegando la ofendida al llanto; b) No publicación de sus artículos por presión de su jefe inmediato el señor Jairo Herrera.

Pruebas presentadas:

1. Declaración,
2. Testimonio de seis (6) de sus compañeros de trabajo,
3. Documento: solicitud de cambio de lugar de trabajo

La procuradora delegada hace un recuento de las pruebas recaudadas que en su mayoría obedecen a los testimonios de los compañeros de trabajo, dentro de los cuales se destaca la observación de una de sus compañeras sobre el estado emocional e incapacidad laboral que constantemente aquejaban a la señora Silvia y el común denominador de sus compañeros al evadir ó manifestar en textual “no me consta” sobre las conductas acaecidas en el lugar de trabajo, en el caso se puede observar que el supuesto acosador mantenía una condición de subordinación no solo hacia la quejosa, sino a todas las personas que se presentaron como testigos, por ser el subdirector de la unidad, es decir su jefe inmediato.

Consideraciones de la delegada

Una vez recaudados los testimonios, la delegada advierte que los hechos en conocimientos ocurrieron antes de ser efectivamente sancionada la ley 1010 de 2006 y reitera lo que en este estudio se ha visto acerca de los antecedentes del acoso laboral en Colombia, manifestando la procuradora:

“El acoso moral cuando se relaciona con el trabajo se encuentra enmarcado en el Artículo 11 del Decreto 1295 de 1994, como enfermedad causada por el medio en

que el empleado se ha visto obligado a desempeñarse”.

Y asevera que aún cuando reposan documentos de las constantes incapacidades de la trabajadora producto del estrés y depresión laboral, esta conducta alejada como acoso por ser anterior a la ley debía ser verificada por la EPS en primera instancia y por la Junta de Calificación de la Invalidez Regional y Nacional, según el Decreto 2463 de 2001; situación que no se dio.

Por tanto entra a decidir sobre lo demostrado para manifestar que el material probatorio no se logró acreditar la ocurrencia repetida y pública de los actos de agresión moral y de expresiones injuriosas o ultrajantes en contra de Silvia Inés Álvarez, por lo tanto el plan doloso no pudo ser acreditado, por lo cual se archiva el proceso.

En el caso observado el testimonio que es en suma una prueba ideal para las conductas descritas en el artículo 7 de la ley 1010 de 2006, se ve menoscabado por la condición de subordinación propia de las relaciones laborales, lo que conduce muchas ocasiones a una doble victimización del trabajador asediado por un acosador laboral, porque no ha dejado de anunciarnos la doctrina que en las etapas del acoso laboral la etapa inicial es un aislamiento propio por parte de la víctima de acoso, ya que esta práctica desconcierta a la víctima y pasa inadvertida hasta que cobra sus mayores efectos en la salud física y mental del trabajador; lo que lleva a que los compañeros confundan estas secuelas con estrés profesional.

Perito como medio para demostrar antes y después de la ley 1010 de 2006 el daño producido por el acoso laboral

El peritazgo como se vio en el caso anterior pudo ser uno de los medios probatorios para demostrar el daño causado por las conductas propias del acoso en el lugar de trabajo, ya que este es un testimonio acreditado en el conocimiento de la disciplina que ejerce, el perito por lo mismo no solo se pronuncia sobre hechos del pasado ó presente sino incluso del futuro, las secuelas del acoso

laboral extienden todo su alcance en el daño moral y psicológico de la víctima, por lo mismo muchos autores como se vio en la doctrina lo denominan acoso moral, la reacción que provoca el acoso, sin embargo es de advertirse que el mismo no puede confundirse con el estrés laboral.

Acoso laboral no es igual a estrés laboral:

El estrés laboral es “respuesta fisiológica, psicológica y de comportamiento de un individuo que intenta adaptarse y ajustarse a presiones internas y externas”. En este contexto; el estrés laboral es propiciado, entre otras situaciones, por las exigencias laborales, la sobrecarga de trabajo, la competitividad o las responsabilidades. Como se vio en el recuadro están exigencias del medio no constituyen acoso laboral, aunque las condiciones laborales sobrepasen las capacidades de afrontamiento de los individuos, pueden aparecer toda una serie de alteraciones psicológicas y físicas que pueden sus síntomas pueden ser confundidos con el estrés postraumático de una víctima de acoso laboral.

Por lo mismo el peritazgo ciñe todo su conocimiento sobre el flagelo del mobbing para reconocer afectaciones mucho más profundas causadas por el deterioro de la autoestima así como de la dignidad del trabajador.

Para reconocer lo que en la práctica ha acontecido con el manejo probatorio y que lleva a verificarse como conductas que no son constitutivas de acoso laboral, tomare el caso Dumar Salazar Méndez, el cual entra a estudio por apelación de la procuradora segunda delegada para la vigilancia administrativa

Caso Dumar Salazar Mendez

La entidad competente para conocer en apelación el caso fue la procuraduría delegada primera vigilancia administrativa , quien estudia el caso del señor Dumar Salazar Mendez, quien laboraba en la contraloría de la ciudad de Armenia, cuyo jefe era la Contralora ELSA FLOREZ RESTREPO de quien manifiesta sufrió las siguientes conductas:

1. Persecución laboral: a) Descuentos realizados en la nomina; b) Afectación con los descuentos la liquidación de prestaciones sociales, situación que

también realizo la presunta acosadora. d) Envío constante de memorandos.

Pruebas:

1. Documentales: Descuentos efectivamente realizados por órdenes-resoluciones.
2. Testimonio: Secretaria de la contraloría

En el Ministerio Publico se encuentra de las pruebas efectivamente recaudadas en la primera instancia que efectivamente los descuentos fueron realizados de la nómina del trabajador el señor Dumar, afectando a demás con estos las liquidaciones de sus prestaciones sociales, que fue requerido además continuamente por quien era su jefe en ese momento al señora Elsa Flórez Restrepo y que fue esta quien solicito los descuentos en su nómina según testimonio de la secretaria de la contraloría de Armenia para el año 2004.

Consideraciones de la delegada:

Dentro de las conductas que se han visto, según recuadro presentado, no constituyen acoso laboral las conductas propias del ejercicio del poder disciplinario; esto mismo lo asevera la procuradora como motivación de su fallo:

“los memorandos son la herramienta o los medios por el cual la administración direcciona la estructura administrativa bajo su mandato, lo cual significa que al expedir dichos actos, no estaría ocasionando con ello violación alguna al deber funcional que le asiste al funcionario público”.

Y reitera frente al no pago de parte de la nómina es resultado de la no prestación del servicio sin justificación (por no ser acreditada la situación contraria) manifestando:

El no pago obedece al “(...) principio de que el empleado pierde su derecho al sueldo cuando no presta el servicio, no puede reclamarlo cuando no ha trabajado.

Y tal pérdida se produce ipso jure, con efectividad inmediata, de modo que el descuento del sueldo corresponde al descargo de la obligación de pagarlo”.

Es decir que la actuación no se enmarcaba dentro de las conductas de acoso laboral por no ser desproporcionados, ni contra ley, las circunstancias que de forma autónoma ejerció la Contralora de la ciudad de Armenia en su poder de autoridad.

Sin embargo la no existencia de una conducta de acoso laboral no conlleva a la permisividad de un trato degradante, discriminatorio u ofensivo cualquiera que sea la denominación que se le dé a la relación, ya que nuestro ordenamiento jurídico contempla la protección general a la dignidad humana, por lo cual la persona víctima de alguna situación de maltrato físico ó sicológico deberá recurrir a lo contemplado por la ley penal, a la jurisdicción civil ó a la investigación por otras conductas a través de lo dispuesto en el código único disciplinario.

CONCLUSIONES

Uno de los principales doctrinantes sobre el acoso laboral, el doctor Heinz Leyman¹⁴⁵ quien manifestó que la principal causa del mobbing ó acoso laboral no había que buscarla ni en el agresor, ni en la víctima, sino en la “organización”; lo que ratifica la importancia que ostenta la organización del Estado en aras de la protección a los derechos humanos. En Colombia a partir de la Constitución de 1991, se manifiestan los valores nacionales como el respeto a los derechos humanos, la paz, el trabajo, la libertad entre otros; estos son imperativos categóricos en las actuaciones de los particulares y más aún de los servidores públicos quienes se ven vinculados por mandato superior a que sus relaciones laborales sean armónicas respecto de los fines del estado.

El trabajo en el Estado Social de Derecho es el pilar fundamental para dar paso al desarrollo económico del país; por tanto son primeramente, el Estado a través de sus gobernantes quienes deben implementar políticas públicas en su protección y luego los particulares ó inversionistas los que en acogimiento al mandato constitucional deben propender porque el empleo se realice en condiciones dignas y justas, es decir, teniendo en cuenta todo lo que sea inherente a la dignidad humana en función de las necesidades del ser humano para su subsistencia y la de su familia, lo que se traduce en una obligación de brindar óptimas condiciones de trabajo que redundarán en un mejor nivel de la productividad empresarial, al igual que habrá capacidad de consumo para absorber la producción colectiva de las empresas, preservando el ciclo que requiere los circuitos de capitales para mantener el modelo económico neoliberal. Sin embargo, la lógica de acumulación capitalista que impone el mercado está arrasando con competidores, consumidores y con quienes son los verdaderos motores de la producción: los trabajadores.

Los argumentos motivos del informe de ponencia del proyecto legislativo 088 de 2004 que posteriormente se convertiría en la ley 1010 de 2006 recogió lo expresado anteriormente así:

¹⁴⁵ Leymann, Hanz. Mobbing y victimización en el trabajo. 1996. En: RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos. Tratamiento Jurídico del Mobbing. Primera edición. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008. Pag. 24

“En este informe de ponencia se comparte la convicción de que un ambiente armonioso de trabajo no solo contribuye al respeto a la dignidad humana sino que se traduce en mejora de la productividad”¹⁴⁶

Pese a las nefastas consecuencias producidas por el acoso laboral, este flagelo resulta ser un tema nuevo dentro de la doctrina y mucho más en la legislación nacional e internacional. Como se verificó, en Colombia no existen antecedentes específicos de esta conducta y los casos eran resueltos por analogía con las enfermedades profesionales. Antes de la expedición de la ley 1010 de 2006, las conductas hostiles en caso de los servidores públicos, se sancionaba por la violación al régimen de obligaciones y prohibiciones del servidor público y en el caso de las relaciones laborales del sector privado por incumplimiento grave de las obligaciones del empleador ó como persecución laboral en los casos vistos por la jurisprudencia colombiana¹⁴⁷; esta última denominación como persecución laboral se mantuvo una vez sancionada la ley 1010 de 2006 y entro a ser parte de las seis conductas descritas en la ley como acoso laboral.

El legislador colombiano tomo de la teoría del Mobbing los soportes doctrinarios necesarios para otorgarle los efectos jurídicos a la norma de acuerdo a los componentes de este flagelo como son: **a)** Presión laboral tendenciosa; ya no sola a lograr la renuncia del trabajador, sino a provocar otros daños de tipo moral, psicológico ó en la salud **b)** Relación de causalidad entre el comportamiento hostigador y el daño producido **c)** Situación de asimetría entre el agresor y la víctima **d)** Daño efectivamente causado. Estos componentes corresponden con las características que le son afines a todas las conductas en el marco de las relaciones de tipo laboral y es la relación desigual entre empleador y trabajador.

La teoría del Mobbing evolucionó para incluir dentro de los sujetos activos y pasivos del acoso laboral, ya no solo a los que derivaban en relaciones verticales de poder, entiéndase: empleador ò superior jerárquico - trabajador; sino también a los que como los compañeros de trabajo comparten de forma horizontal un mismo espacio laboral e incluyó además a los sujetos que teniendo una posición de jerarquía se veían acosados por sus

¹⁴⁶ Congreso de la República, Diario Oficial, Gaceta 198 de 2005, primer debate proyecto de ley 88 de 2004 que posteriormente se convertirá en la ley 1010 de 2006.

¹⁴⁷ Consejo de Estado, Expediente 9271, sala de lo contencioso administrativo. Consejero ponente Dr. Silvio Escudero Castro. 1998

subalternos, es decir relaciones verticales ascendentes de acoso laboral. Siempre reiterando que en cualquiera de estos casos se tiene el elemento de “asimetría” entre la posición de dominancia del acosador frente a la víctima del acoso laboral.

La trasgresión a los derechos humanos que reporta la conducta de acoso laboral, al entenderse como “La comunicación hostil ó in ética, dirigida de manera sistemática por uno ó varios individuos contra otro, que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento y activamente mantenido en ella”¹⁴⁸ hace que la prevención y protección a la víctima acoso se dé en armonía con el bloque de constitucionalidad por remisión directa del artículo 53 de la Constitución de 1991; por entenderse que esta conducta es lesiva de los bienes jurídicos de a la no discriminación laboral y el trabajo en condiciones dignas. La Organización Internacional del Trabajo ha trazado territorios de conocimiento sobre el acoso laboral; pero en general la doctrina apunta a que el derecho internacional sea aplicado por analogía con la protección de los derechos antes mencionados.

El sentido tuitivo del derecho laboral parte de lo que históricamente surgió por la intervención del Estado para imponer ciertas condiciones mínimas y máximas que debían imperar en el ámbito de las relaciones laborales, por entenderse que en estas mediaba la necesidad, lo que ponía como supuesto una situación de debilidad para el trabajador. Este fin protector de las normas sustantivas laborales, se traslada al proceso laboral, como mecanismo para alcanzar la igualdad entre las partes. En el proceso por acoso laboral cuya naturaleza mixta envuelve por los sujetos procesales abarca dos acciones según el caso, una ante los jueces laborales y otra disciplinaria ante el Ministerio Público. La búsqueda del equilibrio procesal por tanto afecto ambos procesos y la aplicación de presunciones establecidas por el legislador en el año 2006, extendió sus efectos y alcances a los sujetos sancionados y disciplinados por acoso laboral en Colombia.

El espíritu de la consagración de estas presunciones fue disponer de un instrumento para equilibrar la no igualdad entre el supuesto acosador, quien ostentaba una posición dominante, frente a la víctima de acoso laboral; el efecto fue el traslado de la carga de la prueba a favor del trabajador por entenderse como la parte débil de la relación laboral en protección del equilibrio procesal en el libelo por acoso laboral y lo hizo a través del artículo 7 de la ley 1010 de 2006. Esta ley por ser de naturaleza mixta extendió sus

¹⁴⁸Leymann, Hanz. Mobbing y victimización en el trabajo. 1996. En: RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos. Tratamiento Jurídico del Mobbing. Primera edición. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008. Pag. 66

consecuencias procesales en el proceso de la jurisdicción laboral para el sector privado y en el proceso disciplinario de conocimiento del Ministerio Público cuando los sujetos fueran servidores públicos.

La presunción debe entenderse como un análisis empírico que lleva a juicios de experiencia, pero estos razonamientos en Colombia han sido surtidos previamente por el legislador; estos juicios resultan de conductas consideradas por la lógica como de concurrente devenir o de evidente consecuencia, por tanto, es razonable deducir que si un empleador grita de forma constante haciendo alusiones degradantes a uno de sus trabajadores frente a sus compañeros de trabajo está siendo sujeto activo de acoso laboral.

Por tanto el alcance de las presunciones enmarcadas en el artículo 7 de la ley 1010 de 2006, no es otro que ofrecer un juicio anticipado sobre la consecuencia derivada de la demostración de los hechos indicadores de acoso laboral. Siempre que estos hechos se hayan ocurrido de forma reiterada y pública. Situación que finiquita en la incapacidad de la víctima de acoso laboral para demostrar a través de todos los medios probatorios los hechos indicadores en que se encuentran fundadas dichas presunciones. Por tanto el proceso demostrativo de los medios de prueba no se altera y el efecto procesal de las presunciones en el proceso por acoso laboral se reduce al traslado de la carga de la prueba, con fundamento en el principio *in dubio pro operario*.

Del análisis jurisprudencial se concluye en armonía con una de las teorías expuestas por la doctrina, que la presunción resulta ser un medio idóneo para formular más claramente la hipótesis de un efecto jurídico, que es en últimas el traslado de la carga de la prueba, que sintetiza la Corte Constitucional en sentencia C-780 de 2007 en la cual se estudia la presunción en el acoso laboral:

“Se trata entonces de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Sentencia C-780 de 2007, Corte Constitucional.

La posición de la Corte en su momento no fue pacífica ya que el magistrado Jaime Araujo Rentería apartó su posición del organismo colegiado, argumentando, lo que también se constató como una posición generalizada en la doctrina: la no admisión de las presunciones en materia penal y en este sentido su no aplicación dentro del proceso disciplinario por encontrarse regido por los principios del *ius punendi* y que deriva claramente en la aplicación del *principio pro disciplinado*.

Esta posición fue superada en el análisis jurisprudencial y evidenciado que el derecho disciplinario hace parte de la facultad sancionadora que tiene la administración y por tanto su naturaleza es correspondiente al derecho administrativo, por tanto las presunciones en la ley 1010 de 2006 como están planteadas no riñen con el debido proceso y/o la presunción de inocencia, ya que el legislador contempló una presunción de tipo *iuris et de iuris*, que admite prueba en contrario y que puede ser desvirtuada en el proceso a través de cualquiera de los medios probatorios dispuestos en el derecho.

Las presunciones establecidas llevan al juez a realizar unas inferencias con un criterio de razonabilidad de acuerdo a los hechos probados dentro del libelo por acoso laboral, ya que el traslado de la carga probatoria no exime de la obligación de demostrar el hecho indicador. Lo que nos conduce de nuevo a la imposibilidad probatoria para la víctima de acoso laboral, porque una de las grandes dificultades en los procesos judiciales por acoso laboral o mobbing consiste en la dificultad de poder disponer de pruebas directas. Pudiéndose destacar de acuerdo a la doctrina internacional que la dificultad de disponer de pruebas directas está motivada por tres causas, así, porque el acoso es un mecanismo sutil, envolvente y engañoso, porque el acosador niega el ejercicio de la violencia y porque pretende encubrir un fraude, a modo que desvía la atención; imponiendo a la postre de forma masiva en la población de trabajadores unas circunstancias laborales oprobiosas e indignas de la condición humana, porque una de las causas que invitan al acosador a ejercer esta lamentable conducta es la agresión a uno de los trabajadores como mecanismo ejemplarizante hacia el resto del conglomerado laboral, lo que sin más, indica que estos otros sujetos se encuentran en las mismas circunstancias de subordinación e inclusive hostigamiento que vicia la voluntad para manifestar lo que a través del medio probatorio testimonial son hechos indicadores de la reiteración y publicidad de la conducta de acoso, dos circunstancias que deben acontecerse para que entre a operar la presunción y extienda sus alcances en aras de establecer la responsabilidad por acoso laboral.

Como se ha visto en los casos de investigación disciplinaria por el Ministerio Público y la información recibida por los medios de comunicación recientemente, en la cual destaca la primera sanción en Colombia a un juez impuesta por la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Cali, por ejercer la funcionaria actos hostiles en contra de uno de sus subalternos.¹⁵⁰ El acoso laboral apenas comienza a visualizarse y sin lugar a dudas la ley 1010 de 2006, ha facilitado este proceso. Pese a este amplio avance legislativo, puede responderse a la hipótesis planteada que el efecto jurídico producido por las presunciones no alcanza a nivelar la desigualdad latente en la consecución de los medios probatorios por parte de la víctima de acoso laboral, por ser en todo caso el acoso laboral una conducta sutil, envolvente y engañosa que impide al trabajador disponer de los medios probatorios necesarios para demostrar los hechos en que se hayan fundadas las presunciones.

1. ¹⁵⁰ Elpasi.com.co, Judicatura destituye juez de Cali por acoso laboral.{Internet}. {Consultado 21 de enero de 2011}. Disponible: <http://www.elpais.com.co/elpais/cali/noticias/judicatura-destituye-juez-cali-por-acoso-laboralg>

Bibliografía :

1. **CAMPOS RIVERA, Domingo.** Derecho Laboral. Bogotá: Editorial Temis. 2003 Séptima Edición.478p.
2. **CARBONELL VAYÁ, José Enrique; GIMENO NAVARRO, Miguel Ángel; MEJÍA GARCIA, Ana.** EL ACOSO LABORAL, ANTES LLAMADO MOBBING: Un enfoque integrador. Valencia, España: TIRANT LO BLANCH, 2008. 252
3. **CARTILLA LABORAL,** 22ª Edición, Bogotá: LEGIS EDITORES S.A, 2008. 191 p.
4. **FORERO SALCEDO, José Rory.** De las pruebas en materia disciplinaria: Legislación, doctrina, comentarios .Cuarta Edición. Bogotá: Ediciones IBAÑEZ, 2007. 254 P
5. **FORERO SALCEDO, José Rory.** Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. Bogotá: Instituto de estudios del ministerio público. 2007. 225 p
6. **GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo.** Dogmatica del derecho disciplinario. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia.2004.456p.
7. **HUMBERTO RODRIGUEZ, Gustavo.** MEDIOS PROBATORIOS: Los indicios, prueba pericial, presunciones, concurso indiciario, problemas generales de la prueba y pruebas en el contencioso administrativo. Primera edición. Bogotá: Jurídicas Wilches. 1989.151p.
8. **PARRA QUIJANO, Jairo.** MANUAL DE DERECHO PROBATORIO: La prueba en los procedimientos civil, penal, laboral, canónico, contencioso-administrativo y en derecho comparado. Décima Quinta Edición. Bogotá: Ediciones ABC. 2006. 841 p
9. **RODRIGUEZ CUBILLO, Carlos.** Tratamiento Jurídico del Mobbing. Primera edición. Madrid: Universitaria Ramón Areces,2008.127p
10. **SEGOVIA JURADO, Ángel.** COSO MORAL EN EL TRABAJO: Análisis Jurídico-Laboral. Primera edición. España: La Ley, 2008. 745p.

11. **LESSONA, Carlos.** Las presunciones en el derecho probatorio, Editorial LEYER, Bogotá, 2009. 274p.
12. **NICUESA LAFONT, Luis.** El delito de acoso moral en el trabajo. Primera edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. 467p
13. **OLIVARES ABAJO, Francisco Javier.** Mobbing: Acoso psicológico en el ámbito laboral. Segunda edición ampliada. Argentina: Lexis nexis Argentina, 2006. 609p.

Normatividad

14. Constitución Política de 1991
15. Ley 1010 de 2006.
16. Código Sustantivo del Trabajo.
17. Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.
18. Código de Procedimiento Civil.
19. Código penal
20. Código Único Disciplinario.

Jurisprudencia

21. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Corte Constitucional: Sentencia C-780 de 2007.
22. Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Corte Constitucional sentencia C- 960 de 2007.
23. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Corte constitucional, sentencia T-882 de 2006.

24. Magistrado ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Corte Constitucional, sentencia C-857 de 2008.
25. Magistrado Ponente: DR. JORGE ARANGO MEJÍA, Corte Constitucional, sentencia C-004 de 1998.
26. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia No. 9889 de Septiembre de 1997
27. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia No. 35125 de Marzo de 2009.
28. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia No. 24313 de Marzo de 2005.

Artículos de revista:

29. Boada, J.; De Diego, R. y Vigil, A. (2003). Mobbing: análisis de las propiedades psicométricas y estructura factorial de cuatro escalas (MOBB-90; MOBBCF-21; MOBBCG-15 y MOBBCS-28). Revista Encuentros en Psicología Social,1,

Periódico:

30. Congreso de la República, Diario Oficial, Gaceta 198 de 2005, primer debate proyecto de ley 88 de 2004
31. Congreso de la República, Diario Oficial, Gaceta 400 de 2004, proyecto de ley 88 de 2004, exposición de motivos.

Tesis de grado:

32. **ORDUZ DURAN, Jaime.** Identificación Del Mobbing O Acoso Laboral En Una Empresa Del Sector Industrial De Mamonal, En Cartagena, Tesis

Laureada de Grado de Maestría. Cartagena: Universidad de Cartagena:
Facultad Psicología. A.T.

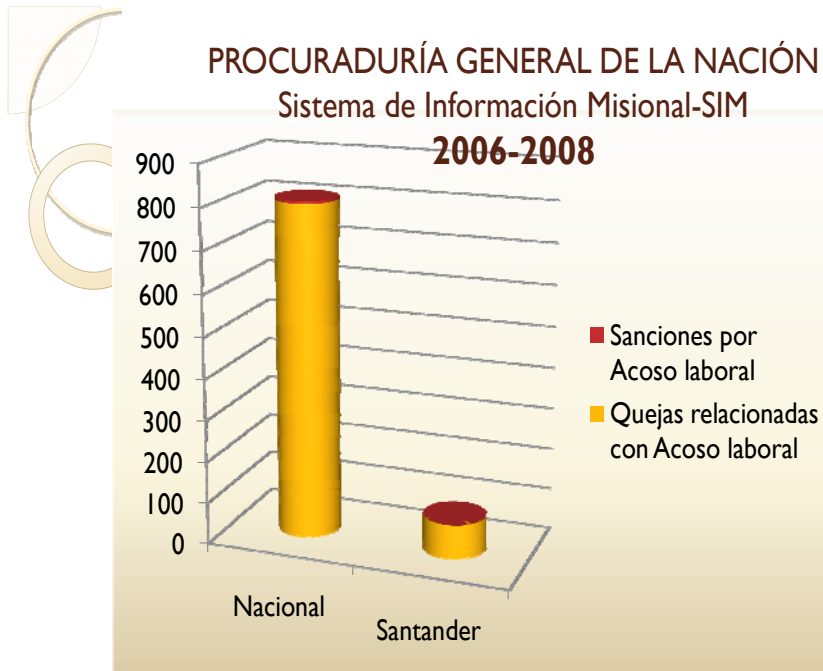
33. **BULA TRUJILLO, Eduim Roberto.** Una aproximación al estado del arte del Mobbing. Bogotá. 2007. Acoso laboral Colombia. Universidad Externado. Facultad de Administración.

Páginas WEB:

34. Procuraduría general de la nación: Relatoría {Internet}. {Consultado 17 de Diciembre de 2010}. Disponible: <http://www.procuraduria.gov.co/>
35. Elpasi.com.co, Judicatura destituye juez de Cali por acoso laboral. {Internet}. {Consultado 21 de enero de 2011}. Disponible: <http://www.elpais.com.co/elpais/cali/noticias/judicatura-destituye-juez-cali-por-acoso-laboralg>

ANEXOS

ANEXO A



El escaso reporte de sanciones por acoso laboral, no significa que la conducta no pueda ser investigada por violación al régimen de deberes y derechos de la ley 734 de 2002.

NOTA: ESTOS DATOS CORRESPONDEN A LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR EL SISTEMA DE INFORMACIÓN MISIONAL SIM, POR DERECHO DE PETICIÓN ANTE LA ENTIDAD. RADICADO: 19934.

ANEXO B



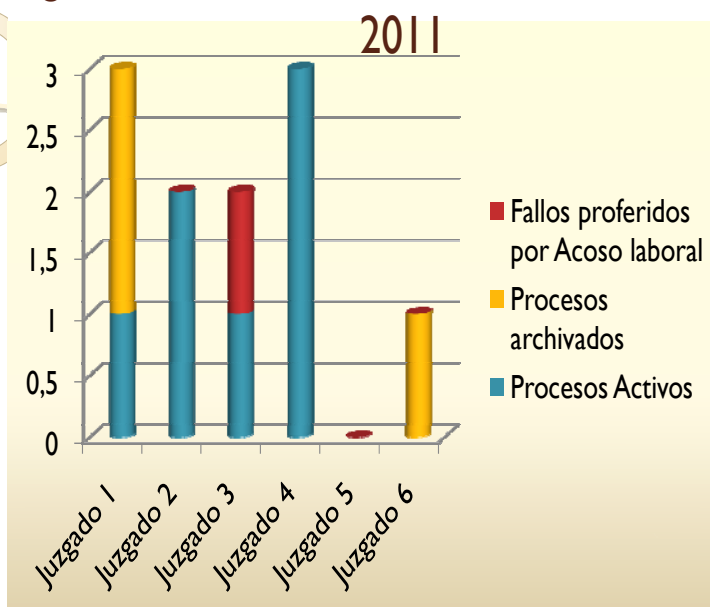
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Sistema de Información Misional-SIM 2008-2011



Se observa un incremento del número de quejas relacionadas con acoso laboral respecto de las acontecidas en el periodo 2006-2008 (801 casos); esto porque los casos que no se adecuan al acoso laboral se siguen por violación del régimen de deberes y derechos de la ley 734 de 2002, como extralimitación de funciones, abuso de autoridad, incumplir normas de policía, violación la libertad de asociación, entre otras.

ANEXO C

ACOSO LABORAL EN EL SECTOR PRIVADO Juzgados Laborales del Circuito en Santander



Solo se reporta un proceso efectivamente fallado en contra del sujeto acosador, con radicado 2008-302, en el juzgado Tercero Juez Dr. Luis Orlando Galeano.

ⁱ Tesis de grado

ⁱⁱ Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencia Política, Director Javier Alejandro Guerrero.