

EL *MOBBING* COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN LA RELACIÓN DE TRABAJO: APUNTES Y PROPUESTAS PARA UNA EFECTIVA TUTELA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Jhonatan Yovera Mendoza^(*)

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho se encuentra siempre relegado por los constantes cambios que se dan en una sociedad determinada, para la protección de intereses que reclaman tutela, conviene un sistema ordenado que sea coherente y pleno; sin embargo, y muy lejos de lo que en algún momento hubiese imaginado Bobbio⁽¹⁾, encontramos en nuestro caso una vorágine de normas que son importadas robóticamente de sistemas foráneos, promulgadas descuidadamente y que ilusamente, se cree que pueden hacer frente nuevas situaciones de lesiones, reales o razonablemente potenciales de intereses protegidos, y para colmo de males no pocas veces encontramos insalvables contradicciones o no encontramos soluciones coherentes, cual si se abriese una «caja de pandora». Ello termina en los hechos generando desprotección sobre todo, frente a nuevas situaciones en las cuales se requiere una intervención de nuestro ordenamiento para la efectiva tutela de un determinado interés jurídicamente relevante. Aun así, el tema a cuyo estudio se dedicara en los párrafos siguientes no es, para nada nuevo, no obstante en nuestro medio ha cobrado de manera reciente un inusi-

(*) Alumno del Décimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) Nos referimos, a la conocida teoría del ordenamiento jurídico esbozada por Norberto Bobbio. Al respecto, vide BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, p. 189.

tado interés⁽²⁾, pese a que el Derecho no basta para hurgar en sus orígenes, puesto que es una concepción propia de la psicología⁽³⁾, el denominado *mobbing* comenzó a ser estudiado por estas disciplinas; sin duda el tema reviste de una gran sensibilidad social; sin embargo en el plano jurídico, se requiere un cuidadoso examen respecto a sus efectos para evitar de este modo que el tema degenerare en una «moda» o en un sinfín de acumulación de mera información que contribuya poco o nada a solucionar un problema social que no es ajeno a nuestro entorno.

De este modo, y frente a los problemas y limitaciones del sistema ya expuestos, el propósito del presente trabajo es procurar un estudio de este fenómeno social en las relaciones laborales, dedicando primero algunos párrafos a su análisis desde la psicología del trabajo, para delimitarlo luego como una categoría jurídica, determinando sus efectos y los bienes jurídicos que lesiona. Para ello abordaremos el problema no solo desde el Derecho del trabajo, sino recurriendo además a instituciones del Derecho civil, Derecho constitucional, Derecho procesal, en búsqueda de soluciones desde nuestro ordenamiento, para lo cual señalamos que el *mobbing* constituye un supuesto de violación de los derechos de la personalidad en la relación de trabajo siendo necesario abordar este fenómeno social que sigilosamente se hace un lugar en nuestro entorno.

2. EL MÉTODO: LA COMPARACIÓN JURÍDICA COMO IMPRESCINDIBLE HERRAMIENTA PARA EL OPERADOR DEL DERECHO

Antes de iniciar el estudio de nuestra institución, es necesario realizar algunas precisiones ulteriores sobre el método, el cual será el dogmático, sin descuidar prestar atención a las normas y sentencias respectivas. Para ello partimos, como aconseja Grossi⁽⁴⁾, abdicando de un «provincialismo autorreferencial», ya que el Derecho peruano no es sino una combinación de influencias de diversos sistemas, modelos, instituciones y normas de los cuales el legislador ha tomado, en muchas ocasiones irreflexivamente soluciones de «sistemas prestigiosos» para aplicarlos de manera directa a «sistemas menos prestigiosos» como el nuestro. Por ello es necesario que el operador del derecho conozca, en esta fecunda época de «globalización jurídica» o de «*americanization*»⁽⁵⁾ los orígenes y el sentido de una institución jurídica en su contexto original para de ahí realizar una evaluación de compatibilidad sobre la viabilidad de la adopción de esta en nuestro sistema con la finalidad de contribuir sistemas jurídicos eficientes que no estén destinados a resolver meras controversias doctrinales sino adecuarse a las necesidades de la sociedad afín de resolver conflictos de intereses⁽⁶⁾ como el que se ha planteado en este trabajo.

Precisamente, para ello es de suma utilidad el recurso a la *comparación jurídica*, herramienta por la cual se pueden extraer soluciones de sistemas foráneos, con la finalidad de mejorar el Derecho nacional. Aprendiendo respecto a la cultura jurídica de los diferentes pueblos, se puede entender mejor nuestro propio Derecho, conociendo además cómo las reglas jurídicas están condicionadas por acontecimientos sociales y, entre la diversidad, qué modelos pueden ser adoptados⁽⁷⁾. La imitación no es per se nociva, el problema es cuando se saca una institución de su contexto y se le «transplanta»⁽⁸⁾ de modo imperfecto a un contexto distinto sin evaluar si es o no compatible el sistema a incorporar. Por ello, «cualquiera que se proponga adoptar una solución foránea la cual es considerada como superior, debe hacerse dos preguntas, primero, si esta ha sido satisfactoria en su país de origen y, segundo, si funcionara en el país en el cual se propone incorporarla. Bien podría resultar imposible adoptar, sin ninguna modificación, al menos, de una solución propuesta y sometida a prueba, debido a diferencias en los procedimientos judiciales, los poderes de diver-

-
- (2) Al respecto, cabe señalar la bibliografía en nuestro medio, destacan los trabajos de LEÓN, Leysser L., «Como leer una sentencia, a propósito de los nuevos retos de la responsabilidad civil por daños por violencia psicológica en el centro de trabajo (*mobbing*)», en *Proceso & Justicia*, Nº 3, Lima, 2005, pp. 167-185; LEÓN, Leysser L., *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 417-459; BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, Palestra, Lima, 2007; MOLERO SUÁREZ, Marlene, *El acoso psicológico en las relaciones laborales empresariales: perfiles, contrastes y respuestas desde el Derecho laboral en el Perú*, Tesis para optar por el título de abogada, PUCP, Lima, 2007.
- (3) GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás, «Configuración jurídica del *mobbing*», en *Derecho & Sociedad*, Año 14, Nº 20, Lima, 2003, p. 58; ANASTASIO, Guglielmo, «Responsabilità civile e *mobbing*», in *Diritto & Pratica del lavoro*, Nº 17, Milán, 2008, p. 1, en www.dplmodena.it/.
- (4) LEÓN, Leysser L., *El sentido de la codificación civil: Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos, y su influencia en el Código civil peruano*, Palestra, Lima, 2004, p. 12.
- (5) Término empleado por Paolo Grossi para referirse al fenómeno de la circulación del modelo jurídico estadounidense en función a su poder económico. Citado por LEÓN, *El sentido de la codificación civil: Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos, y su influencia en el Código civil peruano*, cit., pp. 328 y ss.
- (6) *Ibidem*, pp. 286 y ss.
- (7) ZWEIGERT, Konrad y KOTZ, Hein, *An introduction to Comparative Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 19 y 20.
- (8) Utilizamos el termino empleado por Alan Watson, creador de la teoría de los *Legal Transplants* fue enunciada a inicios de la década de 1970 (WATSON, Alan, *Legal transplants*, 2ª ed., The University of Georgia Press, Georgia, 1993). Este prestigioso romanista señala que la mutación jurídica se explica a través de prestamos masivos de modelos, normas o sistemas jurídicos de una sociedad a otra, ello sin duda supuso una nueva explicación sobre la formación de los sistemas jurídicos. Al respecto, LEÓN, *El sentido de la codificación civil: estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos, y su influencia en el Código civil peruano*, cit., p. 329.

sas autoridades, la realidad de la economía, o el contexto social general donde se pretende insertarla»⁽⁹⁾, para tomar decisiones para la adopción de un determinado remedio se debe hacer una análisis no solo de las posibles consecuencias jurídicas de la implementación de un modelo foráneo, sino también evaluar las consecuencias económicas, sociales y morales que supone la inserción de un modelo en nuestro ordenamiento, a ello también contribuye la comparación jurídica como un método válido y útil que guía al operador del derecho hacia soluciones mas adecuadas a las exigencias de la sociedad.

3. EL MOBBING: DE LA PSICOLOGÍA DEL TRABAJO A SU SUBSUNCIÓN EN UNA *FATTISPECIE*⁽¹⁰⁾ JURÍDICAMENTE RELEVANTE

3.1. El *mobbing* en el plano de la realidad extrajurídica: orígenes y breve estudio desde la psicología del trabajo

Para una comprensión del fenómeno es necesario recurrir a nociones de la psicología laboral, la cual abordó sus orígenes. Se debe al etólogo austriaco Konrad Lorenz, los primeros estudios referentes a la agresión, desde un análisis del comportamiento animal⁽¹¹⁾; sin embargo, sería el psiquiatra alemán de origen sueco Heinz Leymann, quien dedicaría un estudio detallado al *mobbing*, en el decenio de 1980-1990⁽¹²⁾; este término deriva del verbo inglés *to mob* que significa «agredir, atacar, asediar, acosar», con lo cual en aquel entonces profesor de la Universidad de Estocolmo se refería al «proceso de atormentar, hostigar o aterrorizar psicológicamente a otros en el trabajo»⁽¹³⁾. Otros términos

(9) ZWEIGERT / KOTZ, *An introduction to Comparative Law*, cit., p. 16.

(10) El termino *fattispecie* tiene varias acepciones para efectos de este trabajo la usaremos como «supuesto de hecho», mantenemos el termino original para mantener el significado y preservar su contenido, ya que también la emplearemos como «hecho jurídico».

(11) LORENZ, Konrad, *Sobre la agresión, el pretendido mal*, 5ª ed., Siglo XXI, México D. F., 1976, pp. 77-86. El término también sería tomado poco tiempo después por el médico sueco Paul Heinemann para describir la violencia infantil en las escuelas.

(12) Cabe señalar que Leymann publica en Hamburgo, en 1993, su principal contribución respecto a este tema, al que llama *Mobbing*. *Psychoterror um arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann* (en español, *Mobbing*. El psicoterror en el centro de trabajo y cómo defenderse frente a él). Al respecto se ha dicho que «es el resultado de un exhaustivo análisis de ciertas formas de conducta detectadas en empresas donde resultaba claramente lesionada la esfera psíquica de los trabajadores. En todos los casos la premeditación era la nota singular» (LEÓN, *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit., p. 428).

(13) LEYMAN, Heinz, «Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (*mobbing*) en el trabajo», en www.mobbing.nul.

empleados son *bullying*, *harrasment*, *harcelement morale* y *asedio moral*⁽¹⁴⁾, en habla castellana se emplean los términos *psicoterror* (como también lo denomino Leymann)⁽¹⁵⁾, *acoso moral*, *acoso psicológico*, *acoso psíquico*⁽¹⁶⁾.

De este modo, encontramos una variedad de definiciones proporcionadas por el mismo Leymann⁽¹⁷⁾, como proporcionadas por los mas reconocidos estudiosos del tema como la psicoanalista francesa Marie-France Hirigoyen⁽¹⁸⁾. Leymann identificó cerca de cinco conductas-tipo que engloban 45 conductas de *mobbing*⁽¹⁹⁾, siendo el acoso moral la mas relevante expresión de la violencia psicológica en el centro de trabajo, la cual implica un proceso en el cual se dan una serie de comportamientos abusivos, hostiles vejatorios, denigrantes e intimidantes con la finalidad de ocasionar un perjuicio o padecimiento psíquico en la salud e integridad psicosomática del trabajador, que dificulta su desempeño en el trabajo⁽²⁰⁾,

(14) Tal como se le conoce en los Estados Unidos y Gran Bretaña; Francia; y de manera reciente, en Brasil. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La protección de los derechos de la personalidad en los lugares de trabajo y nuevas formas de dominación en la era de la globalización», en *Temas actuales de Derecho Laboral*, Normas Legales, Trujillo, 2006, p. 267.

(15) LEYMAN, «Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (*mobbing*) en el trabajo», cit., p. 3.

(16) BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 7 y 8.

(17) Quien señala que el *mobbing* «conlleva a 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 base de acciones de hostigamiento frecuentes y persistentes (definición estadística: al menos una vez por semana) y a lo largo de un prolongado periodo (definición estadística: al menos durante seis meses)» (LEYMAN, «Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (*mobbing*) en el trabajo», cit.).

(18) Quien lo define como «toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud, etc.) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo» (HIRIGOYEN, Marie-France, *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 19).

(19) Las cuales pueden agruparse en cinco acciones conforme las recoge Piñuel y Zabala: a) actividades de acoso para reducir las posibilidades de la víctima de comunicarse adecuadamente con otros, incluido el propio acosador; b) actividades de acoso para evitar que la víctima tenga la posibilidad de mantener contactos sociales; c) actividades de acoso dirigidas a desacreditar a la víctima o impedirle mantener su reputación personal o laboral; d) actividades de acoso dirigidas a reducir la ocupación de la víctima y su empleabilidad mediante la desacreditación profesional; y e) actividades de acoso que afectan a la salud física o psíquica de la víctima (PIÑUEL Y ZABALA, *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Santillana, Madrid, 2003, pp. 107-110).

(20) Piñuel y Zabala señala como efectos físicos y psicosomáticos: efectos cognitivos e hiperreacción física, síntomas psicosomáticos de estrés, síntomas de desajuste del sistema nervioso autónomo, síntomas de desgaste físico producido por un estrés mantenido durante mucho tiempo, trastornos del sueño y cansancio y debilidad (PIÑUEL Y ZABALA, *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, cit., pp. 107-110).

disminuyen su rendimiento y con este también el de la misma empresa, implicando un costo social⁽²¹⁾.

Respecto a las conductas que suelen generar las prácticas de acoso moral encontramos la discriminación (sobre todo por razón de sexo), la rivalidad y envidia entre compañeros de trabajo, determinados comportamientos incompatibles con las «reglas» establecidas por el grupo, el «acoso sexual frustrado», una estrategia empresarial o al autoritarismo del empleador, mientras que el miedo al despido o evitar una sanción del empleador genera en los hechos que no haya una reacción frente a las conductas de acoso⁽²²⁾. Las fases identificadas por Leymann son: a) incidentes críticos, concebida como un conflicto, de corta duración; b) acoso y estigmatización, a través de comportamientos reiterados; c) intervención de autoridades de personal, con la violación de sus derechos, con lo cual la víctima queda sumamente afectada, y el acosador eximido de toda responsabilidad; y d) exclusión, con el abandono del centro de trabajo⁽²³⁾.

Dentro de los tipos del *mobbing* encontramos: *vertical descendente*, cuando es el empleador o superior jerárquico quien realiza el acoso, siendo el trabajador en situación de subordinación la víctima, este es el supuesto más común y también es conocido como *bossing*; menos frecuentes son los supuestos de *mobbing vertical ascendente*, cuando el quien realiza el acoso es un trabajador que ocupa una posición superior en la pirámide jerárquica de la organización en el centro de trabajo respecto a la víctima, quien es un trabajador que ocupa un determi-

(21) Entre los costos podemos distinguir: a) trabajador: costos de tratamiento por enfermedades psíquicas contraídas con ocasión del *mobbing*: tal es el caso de depresión, estrés postraumático, neurosis, personalidad paranoide, entre otras enfermedades, el costo asumido por desempleo (en caso haya llegado a lo que para los psicólogos es la cuarta fase); b) empresa: costos de ausentismo del personal, costos asumidos por rotación y reemplazo de personal, costos por disminución de la productividad de los trabajadores y con ellos, de la empresa, costos de procesos; c) sociedad: costos desempleo, incidencia en la economía familiar, a lo cual le añadimos los costos de los procesos que muchas veces no son internalizados por los litigantes sino que son asumidos por los contribuyentes (LEYMANN, «Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (*mobbing*) en el trabajo», cit., p. 7). Al respecto, con útiles datos estadísticos, vide OLSEN, Lene, «Preventing workplace violence - we can't afford not to, in labor education, violence at work», en *International Labour Organization*, N° 133, Ginebra, 2003, pp. 31-35, en www.ilo.org/; MOLERO SUÁREZ, *El acoso psicológico en las relaciones laborales empresariales: perfiles, contrastes y respuestas desde el Derecho laboral en el Perú*, cit., pp. 109 y ss. En suma, económicamente, el *mobbing* supone una situación ineficiente, por generar externalidades negativas, y altos costos materiales y emocionales a los miembros de una sociedad, lo que habilita a su conveniente regulación o adopción de remedios para combatirlo.

(22) BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 34-44; MÁRQUEZ GARMENDIA, Martha, «Acoso moral en el trabajo», en *Derecho Laboral*, T. XLVI, N° 210, Montevideo, 2003, pp. 320 y 321.

(23) LEYMANN, «Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (*mobbing*) en el trabajo», cit., p. 7.

nada posición jerárquica, el cual puede ser inclusive el empleador⁽²⁴⁾, mientras que el *mobbing horizontal* consiste en la violencia ejercida por los propios compañeros de trabajo de similar jerarquía dentro de la organización, cuenten o no con el apoyo o aquiescencia u omisión del empleador⁽²⁵⁾.

3.2. El *mobbing* en el plano de la realidad jurídica: fijación de sus elementos configuradores

Luego de analizar brevemente el acoso moral en el marco de los hechos extrajurídicos es necesario señalar como un concepto desarrollado por la psicología del trabajo, la sociología y la medicina se hace relevante para el Derecho, ya que, mas allá del efecto de *mass media*⁽²⁶⁾ que pueda darse, sobre todo por ser un tema de honda sensibilidad social, no obsta a que sea necesario el manejo de conceptos de la dogmática jurídica para evitar degenerar en prejuicios, para lo cual se debe recurrir además «a una racionalidad crítica que sepa conjugar las exigencias del sistema y la sensibilidad hacia el problema, renunciando a la tentación de un inmediata transposición de una figura medico-jurídica o de una fenómeno social-organizacional en una *fattispecie* jurídicamente relevante»⁽²⁷⁾. Además, se debe señalar de manera temeraria que «cualquier comportamiento ‘despótico’ del empresario es acoso moral, y muy al contrario, la verdad es que no todo es *mobbing*»⁽²⁸⁾. Más allá de toda consideración tomaremos

(24) Como lo señala el INSTITUTO DE ESTUDIOS LABORALES (IEL) - ESADE, «Informe Randstad, Calidad de trabajo en la Europa de los quince. El acoso moral», en www.mobbing.nul. Pese a ello nuestro estudio dedicara mayor atención a los supuestos en los cuales el trabajador es victima del acoso.

(25) ABAJO OLIVARES, Francisco Javier, *Mobbing. Acoso psicológico en el ámbito laboral*, Depalma, Buenos Aires, 2001, pp. 31-39; ANASTACIO, «Responsabilità civile e *mobbing*», cit., p. 10; BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 48-52; HIRIGOYEN, *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, cit., pp. 99-101; MÁRQUEZ GARMENDIA, «Acoso moral en el trabajo», cit., p. 322; NICOLIELLO y COLOTUZZO, «Acoso moral en el trabajo: prevención y reparación», en *Derecho laboral*, T. L, Nº 226, Montevideo, 2007, p. 357; PIÑUEL Y ZABALA, cit., pp. 110-113.

(26) Como ocurrió en Italia según refiere atentamente Renato Scognamiglio (SCOGNAMIGLIO, «*Mobbing: profili civilistici e giuslavoristi*», en *Mass. Giur. Lav., Rivista Della Confindustria*, Nº 1-2, Milán, 2006, pp. 1 y 2, en <http://dirittolavoro.altervista.org/>.

(27) Como advierte acertadamente Antonio Viscomi (VISCOMI, Antonio, «Il *mobbing*: alcune questioni su *fattispecie* ed effetti», in *Lavoro e Diritto*, Anno XVI, Nº 1, Milán, 2002, p. 46. En el mismo sentido se pronuncian GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit., p. 58.

(28) CALAFA, Laura, «Tra *mobbing* e mero conflitto: un'ipotesi di legittima reazione a un atteggiamento incivile del datore di lavoro», en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Milán, 2002, T. II, p. 155.

como premisa que el acoso moral lesiona bienes jurídicos del trabajador en tanto persona, lo cual trae consigo la reacción del ordenamiento jurídico a través de remedios de tutela de la persona humana, especialmente del trabajador⁽²⁹⁾. En ese sentido, y con la libertad (y no libertinaje) que nos ofrece de manera dadivosa el sistema peruano que no regula directamente esta institución, y felizmente no ofrece una definición al respecto⁽³⁰⁾, nos permitirá establecer cuándo una conducta es jurídicamente relevante como acoso moral; y en caso de recibir una valoración negativa del ordenamiento, como conducta reprochable, determinar una reacción del ordenamiento. Cabe resaltar que el *mobbing* supone una variedad de comportamientos de diversa índole, lo cual opera como un obstáculo para determinar qué se puede establecer como *mobbing* para ello establecemos ciertos rasgos comunes a esta amplia gama de comportamientos heterogéneos con el fin de determinar al *mobbing* como *fattispecie*.

- a. **Elemento espacial: Comportamientos acaecidos en el desenvolvimiento de una relación laboral**⁽³¹⁾. Cuando describimos al *mobbing* nos estamos refiriendo, en principio, a un fenómeno exclusivamente propio de una relación de trabajo donde existe un sujeto activo, el agresor, dañador, quien realiza las conductas de acoso, y un sujeto pasivo, la víctima o damnificado sobre quien recaen las conductas de acoso, generalmente es un trabajador (el supuesto de *mobbing* vertical ya estudiado); no obstante lo anterior, este requisito de ubicar el *mobbing* dentro del contexto laboral comienza a generar una serie de inconvenientes de acuerdo con la jurisprudencia comparada, que no lo convierten en un tema tan pacífico, al darse supuestos incluso fuera del ámbito meramente laboral, vale decir del centro de trabajo⁽³²⁾.
- b. **Elemento material: comportamientos vejatorios, hostiles y humillantes, en perjuicio de un sujeto individualizado.** Respecto a este elemento, podemos afirmar que el *mobbing* consiste en la realización de una serie de conductas heterogéneas, o el empleo de una serie de medios destinados a

(29) SCOGNAMIGLIO, *Mobbing: profili civilistici e giuslavoristi*, cit., p. 2.

(30) Lo cual habilita a la creación de conceptos sobre el tema sin estar «atados» a un rígido concepto legal que siempre quedaría desfasado y sería insuficiente para abordar las múltiples aristas por las cuales se manifiesta el acoso moral, sobre todo en un problema en el que podemos encontrar mucha flexibilidad en las categorías a emplear.

(31) GORELLI HERNÁNDEZ / GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit., p. 61.

(32) PASQUINELLI, Enrico, «Gli elementi costitutivi del fenomeno del *mobbing*», en *Persona e danno*, en www.personaedanno.it/. Este autor hace referencia en los cuales la jurisprudencia italiana configura supuestos de *mobbing* fuera del contexto laboral.

molestar, causar un perjuicio, importunar a la víctima del acoso, siendo humillantes para quien los padece, con tratos humillantes y vejatorios contra un concreto o concretos trabajadores⁽³³⁾. Estos tratos vejatorios originan lesiones a la dignidad y otros bienes jurídicos del trabajador, tal como se vera en el siguiente capítulo. El *mobbing* supone la lesión de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico que suponen la protección de la persona humana y sobre todo del trabajador en la relación laboral, en este caso como lesión de derechos de la personalidad o derechos fundamentales como suele llamárseles. Ahora bien, dentro de estas conductas que suponen una finalidad persecutoria del acosador, pueden ser agrupadas en comportamientos que por lo general intimidan al trabajador, como por ejemplo, amenazas, tratamientos gesticulantes, así como comportamientos hostiles los cuales buscan desacreditar al trabajador, y afectarlo en tanto persona con insultos y gestos sexuales. También podemos encontrar medidas del empleador destinadas al aislamiento del acosado y orientadas a «cortar sus relaciones sociales» dentro del centro de trabajo, o a asignarle labores diferentes (inferiores o superiores para poner en duda sus aptitudes), así como instarle a dejar el centro de trabajo, lo cual también incluyen sanciones como otra serie de medidas como reubicar al trabajador en otro puesto de trabajo. Otra serie de comportamientos están dirigidos a establecer mecanismos de supervigilancia exhaustiva, así como la asignación de tareas denigrantes que afectan su rol dentro de la empresa⁽³⁴⁾. En estos casos lo que se lesiona es la dignidad y funcionalidad del trabajador en el seno de la empresa.

- c. Elemento temporal: frecuencia y duración de los comportamientos vejatorios. Otro elemento que configura la *fattispecie* del *mobbing* es la continuidad e intensidad de las conductas agresivas⁽³⁵⁾, la cual ocasiona daños al trabajador víctima del acoso. Cabe resaltar que el propio Leymann había cuantificado el plazo mínimo necesario para determinar una conducta como *mobbing*⁽³⁶⁾; sin embargo, este criterio proporcionado por el psiquia-

(33) GORELLI HERNÁNDEZ / GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit., p. 61.

(34) Al respecto, puede consultarse GORELLI HERNÁNDEZ / GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit., pp. 61 y 62; ANASTACIO, «Responsabilità civile e *mobbing*», cit., p. 2.

(35) VISCOMI, «Il *mobbing*: alcune questioni su fattispecie ed effetti», cit., pp. 54-57.

(36) «Es arrojado a una situación de soledad e indefensión prolongada, a base de acciones de hostigamiento frecuentes y persistentes (definición estadística: al menos una vez por semana) y a lo largo de un prolongado periodo (definición estadística: al menos durante seis meses)». Para el psiquiatra alemán este es su rasgo distintivo» (LEYMANN, «Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (*mobbing*) en el Trabajo», cit., p. 3).

tra alemán no debe ser tomado en cuenta como un fin en si mismo, sino como un medio (necesario) para la configuración de un comportamiento como acoso moral⁽³⁷⁾.

- d. Elemento teleológico: la intención de causar un daño a la víctima del acoso. Este es el criterio determinante para la configuración del *mobbing* como *fattispecie*, pues en esta serie de comportamientos una finalidad persecutoria de discriminación, de degradación de su dignidad como persona y como trabajador, o de causarle algún perjuicio. Al respecto, esta intencionalidad puede ser analizada desde criterios subjetivos, que implican analizar los motivos o la finalidad que persigue el acosador; por otro lado, si utilizamos un criterio objetivo la incidencia estará en la idoneidad de la conducta del acosador para lesionar a través de sus comportamientos los bienes jurídicos del trabajador (dignidad). Nosotros optamos por esta segunda opción debido a los inconvenientes que en tema probatorio pueden generarse⁽³⁸⁾.

En suma, y a la luz de lo expuesto, podemos señalar que el *mobbing* consiste en una serie de comportamientos vejatorios y humillantes, llevados a cabo de manera sistemática y reiterada, en el contexto de una relación de trabajo, que posee una finalidad persecutoria de causar una lesión en los bienes jurídicos de un sujeto individualizado que los padece, por lo general un trabajador. Con ello se vulnera su dignidad personal, razón por la cual se requiere que el ordenamiento jurídico establezca remedios de tutela frente a esta *fattispecie reprobable*⁽³⁹⁾, para lo cual una vez determinado el supuesto de hecho, veremos las consecuencias jurídicas que este acarrea; en este caso, lesionar derechos de la personalidad.

4. EL MOBBING COMO SUPUESTO DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La situación jurídica que goza de un rol protagónico ha sido y lo seguirá siendo el derecho subjetivo⁽⁴⁰⁾. Precisamente de este concepto la doctrina fran-

(37) VISCOMI, «Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti», cit., p. 54; GORELLI HERNÁNDEZ / GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit., p. 64.

(38) VISCOMI, «Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti», cit., p. 50; GORELLI HERNÁNDEZ / GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit., pp. 64-65.

(39) VISCOMI, «Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti», cit., p. 57.

(40) TRIMARCHI, Pietro, «Las relaciones jurídicas», en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (coord.), *Responsabilidad civil: materiales de enseñanza*, PUCP, Lima, 2005, p. 4. Como se sabe el derecho subjetivo

cesa así como la doctrina alemana y la doctrina italiana realizaron su construcción de los derecho subjetivos en función de la propiedad –derecho subjetivo absoluto–⁽⁴¹⁾, el cual otorgaba diversas facultades, poderes a su titular, respecto del objeto del derecho, pese a que estos poderes y facultades eran externos al titular⁽⁴²⁾. El viraje comenzó con el supuesto de los derechos de la personalidad en los cuales su objeto serían los atributos de la persona⁽⁴³⁾. Por su parte, la doctrina italiana estableció una distinción entre derechos patrimoniales entendidos como aquellos que tienen por contenido una utilidad económica y por ende disponibles; y los «derechos de la personalidad», aquellos que se encuentran en una «relación de inherencia» respecto de su titular, que se encuentran ligados permanentemente al individuo y «constituyen el núcleo mas profundo de la personalidad»⁽⁴⁴⁾. Estos derechos de la personalidad son innatos, inherentes y pertenecen como tales al ser humano por su propia condición. Son absolutos, intransmisibles, vitalicios y trascienden el propio ordenamiento jurídico⁽⁴⁵⁾. En el elenco tenemos al derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad de circulación, al nombre, al honor, a la intimidad de la vida privada, a

puede ser entendido como el poder de obrar en interés de uno mismo o de pretender que otro efectúe un determinado comportamiento para satisfacer el interés del titular. Al respecto, vide ROPPO, Vincenzo, *Istituzioni di diritto privato*, citado por LEÓN, *Derecho de las relaciones obligatorias*, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 48 y 49.

- (41) Aquí cabe hacer una aclaración: en nuestro entorno se tiene la costumbre de definir un «derecho absoluto» como un derecho que «no admite limitaciones», concepción que inclusive ha sido empleada constantemente por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, tal contraposición entre derechos absolutos - derechos limitados, nunca tuvo asidero en la propia concepción de quienes desarrollaron esta institución, toda vez que un derecho absoluto implica su eficacia *erga omnes*, vale decir, es oponible a todos los miembros de la colectividad (como lo es la propiedad, y también los derechos de la personalidad), mientras que los derechos subjetivos relativos son aquellos que se pueden hacer valer frente a una persona determinada (como los derechos de crédito). En ese sentido, la contraposición correcta sería derecho ilimitado - derecho limitado. El error de perspectiva descrito nos lleva a perder de vista un valioso atributo de los derechos de la personalidad, la atribución a su titular de pretensiones que este puede hacer valer frente la generalidad de los miembros de la sociedad, inclusive, su condición de derecho subjetivo. Al respecto, vide TRIMARCHI, «Las relaciones jurídicas», cit., pp. 5 y 6. MAJELLO, Ugo, «Situaciones subjetivas y relaciones jurídicas», en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (coord.), *Responsabilidad civil: materiales de enseñanza*, PUCP, Lima, 2005, p. 3; GALLO, *Conceptos fundamentales*, en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (coord.), *Responsabilidad civil: materiales de enseñanza*, PUCP, 2005, p. 3.
- (42) LEÓN, *El problema jurídico de la manipulación de la información personal*, Palestra, Lima, 2007, p. 122.
- (43) TRIMARCHI, *Las relaciones jurídicas*, cit., p. 6; MAJELLO, «Situaciones subjetivas y relaciones jurídicas», cit., p. 3.
- (44) DA SILVA FILHO, Artur Marques, «Direitos da personalidade», en *Revista Jurídica*, N° 1, V. 21, PUC Campinas, Campinas, 2005, p. 10.
- (45) *Ibidem*, p. 11.

la identidad personal, entre otros⁽⁴⁶⁾. Esta serie de derechos recogidos en los diversos códigos civiles y desarrollados en el seno del derecho privado es recogida por los documentos constitucionales (y más tarde en declaraciones y posteriormente a tratados de derechos humanos). Es aquí cuando los derechos de la personalidad son captados por el constitucionalismo como «derechos fundamentales».

Respecto a estos último, el camino seguido, ha sido –nótese bien– distinto. Concebidos primero como derechos públicos subjetivos⁽⁴⁷⁾, en el sentido de obrar como un límite a la actuación estatal, una libertad frente al Estado, para evitar abusos, limitándose a una protección de la libertad individual, encontramos esferas de libertad de los particulares⁽⁴⁸⁾; y luego, concebidos como un «deber de abstención» o de no injerencia estatal en la libertad de los particulares⁽⁴⁹⁾. El siguiente paso sería el reconocimiento de principios por los cuales el Estado garantizaba el cumplimiento de los derechos de los particulares. De este modo se produce una ampliación del espectro de los «derechos fundamentales» (*Drittwirkung*), los cuales ya no serán entendidos como esferas de libertad que el Estado simplemente garantiza a los individuos, sino como dotados de eficacia no solo en las relaciones entre el Estado y por particulares (eficacia vertical) sino también entre los particulares (eficacia horizontal). Entre las razones de este modo se buscaba proteger los derechos del individuo frente a una vulneración por parte del Estado, sino también por parte de los «poderes fácticos», de la sociedad⁽⁵⁰⁾. De este modo la doctrina alemana elabora de manera cuidadosa la doctrina de la eficacia privatística de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*), la cual tomó como punto de partida los derechos fundamentales como principios rectores del ordenamiento –y no eran exigibles como derechos subjetivos–⁽⁵¹⁾, para su exigibilidad en las relaciones *inter privados*. Fi-

(46) DE CUPIS, citado por LEÓN, *Derecho de las relaciones obligatorias*, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 48 y 49.

(47) Esta tesis fue formulada por Georg Jellinek (JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, pp. 387 y 388).

(48) Esta es la tesis de Carl Schmitt (SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 169).

(49) BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, PUCP, Lima, 2007, p. 23.

(50) Por todos, vide BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, cit., pp. 30-37.

(51) La doctrina del *Drittwirkung* tuvo dos vertientes, las cuales no necesariamente son antitéticas: a) La eficacia mediata (*Mittelbare Drittwirkung*) que postulaba la existencia de principios y no de derechos subjetivos en sí (HESSE, Konrad, «Significado de los Derechos Fundamentales», en BENDA,

nalmente, con el prestigio de este modelo jurídico (la Constitución, en Alemania, Ley Fundamental⁽⁵²⁾) se asigna para la protección de los derechos de la personalidad a través de su reconocimiento al régimen constitucional, lo cual permitiría reforzar adecuadamente su tutela⁽⁵³⁾.

Dentro de los derechos sociales, los derechos laborales adquieren reconocimiento constitucional en Querétaro (1917) y Weimar (1919)⁽⁵⁴⁾. En ese sentido, los derechos de la personalidad en el centro de trabajo encuentran su fundamento en nuestro ordenamiento en los artículos 22º y 23º de la Constitución. Este último señala que «ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador».

MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HIEDE (coords.), *Manual de Derecho constitucional*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 107), y solo cuando las herramientas de tutela del derecho privado eran insuficientes actuaba la tutela de los *Grundrechte* (BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 113); y b) La eficacia inmediata (*Unmittelbare Drittwirkung*), propone una eficacia directa de los *Grundrechte* a *Grundrechte* si como su tutela, si bien este criterio fue el primero que se utilizó (Nipperdey), el Tribunal Constitucional alemán adoptó el primer criterio. Al respecto, BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, cit., pp. 63-73. El Tribunal Constitucional peruano, para variar, copiando la sentencia del Tribunal Constitucional de España 53/1985 –la que cita–, inclusive a la sentencia 25/1981, donde repite las lecturas españolas de la *Drittwirkung*, intentará adoptarla en su sentencia del Expediente Nº 976-2001-AA/TC, del 13 de marzo de 2003. El supuesto alegado era la violación de un derecho fundamental por parte de una empresa privada (Telefónica del Perú) por presunto despido por falta grave. Al respecto, solo dos reflexiones: la consagración de los derechos fundamentales en el Perú (y en América Latina) fue totalmente distinta del largo recorrido por los ordenamientos europeos para la consagración de estas en sus constituciones, y a eso le agregamos la facilidad de su vulneración (LANDA ARROYO, «Teorías de los derechos fundamentales», en *Revista Jurídica del Perú*, Año LV, Nº 60, Trujillo, 2005, pp. 3 y 4), tal como el idioma (castellano, si se permite el símil) han llegado discursos fruto de un largo proceso evolutivo que recién comienzan a «rendir frutos» como la «constitucionalización del Derecho privado», «la mercantilización del Derecho civil», «al responsabilidad civil por contacto social», entre otros. ¿Quizá ese sea una de las razones del fracaso de numerosas instituciones importadas de manera descuidada en nuestro país? La segunda reflexión es que si bien los derechos fundamentales no solo son meros derechos subjetivos, ello no significa que se descuide su naturaleza de derechos subjetivos, cabe resaltar además que no todos los derechos fundamentales pueden ser derechos subjetivos, también pueden ser libertades, potestades e inmunidades (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento*, Utet, Turín, 2000, p. 149).

(52) De ahí que los derechos que reconoce la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) sean denominados como derechos fundamentales (*Grundrechte*), en nuestro caso serían derechos constitucionales.

(53) Como el caso de la consagración constitucional de los derechos laborales. AL respecto, vide BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, cit., pp. 86-96.

(54) BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, cit., p. 78; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador», en *Derecho Laboral*, T. XLVI, Nº 212, Montevideo, 2003, p. 654.

Bajo esta premisa, hemos señalado que el *mobbing* configura un supuesto de una violación de los derechos de la personalidad (o fundamentales si se quiere). Entre los bienes jurídicos lesionados podemos señalar: La dignidad humana, el más importante atributo de la personalidad (y el principal bien jurídico vulnerado por las prácticas de *mobbing*); además de ser un principio que da sustento a los derechos de la personalidad⁽⁵⁵⁾, conforme lo señala nuestra constitución en los artículos 1º, 3º⁽⁵⁶⁾, 23º de la constitución, inherente a la persona siendo un «principio constitucional portador de valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres», por ende, no es solo parámetro de la actividad del Estado y de la sociedad, sino, además, fuente y límite de los derechos fundamentales de los ciudadanos⁽⁵⁷⁾. Ello asume singular relevancia en la relación laboral donde el trabajador se encuentra en una situación de sujeción respecto al empleador, sin embargo, ello no obsta para que se le degrade o vulnere su dignidad⁽⁵⁸⁾. Otro de los bienes jurídicos lesionados mediante el *mobbing* es el derecho a la integridad física, psíquica y moral. Tal como se expuso, las conductas de acoso pueden generar daños psíquicos a la víctima, del mismo modo las prácticas llevadas a cabo buscan degradar al trabajador en su centro de trabajo, debido a las enfermedades que eventualmente disminuirán su rendimiento en el centro de trabajo⁽⁵⁹⁾. Otros derechos vulnerados, sin hacer de esta una lista taxativa, son el derecho a la igualdad y no discriminación,

(55) Sobre la posibilidad de creación de nuevos «derechos de la personalidad» en Alemania, existen dos teorías que buscan explicar el tema: a) la teoría monista o doctrina del «derecho general de la personalidad» (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), la cual postula que es el derecho general de la personalidad aquel del cual se derivan nuevos aspectos de la persona dignos de protección; derecho central que abarca los bienes supremos del ser humano. La consecuencia es que el ordenamiento tiene que proteger al individuo de manera plena «en el ejercicio de sus facultades en toda dirección que sea posible»; y b) la teoría pluralista o doctrina de los «derechos de la personalidad» (*Persönlichkeitsrechte*), la cual busca la creación de nuevos derechos de la personalidad a través de una *analogía iuris* sobre la base de los derechos actualmente consagrados. Pese a que la primera teoría data del Siglo XIX, ha sido adoptada en la segunda mitad del siglo pasado. Entonces la *Grundgesetz* tiene un principio rector del ordenamiento: «la dignidad humana» y un Derecho general de la personalidad: «el derecho al respeto a la no lesión de la persona en todas sus manifestaciones inmediatas dignas de protección». Por todos, vide LEÓN, *El problema jurídico de la manipulación de la información personal*, cit., pp. 144-161.

(56) Lo que nos llevaría a postular que el legislador copió la cláusula de la dignidad como principio que sustenta el ordenamiento jurídico: artículo 1º de la Constitución Política del Perú de 1993.

(57) LANDA ARROYO, «La dignidad de la persona humana», en *Derecho constitucional* 2, PUCP, Lima, 2002, pp. 2 y 3.

(58) BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., p. 76.

(59) *Ibidem*, pp. 78-86.

el derecho a la intimidad personal, el derecho al honor y a la buena reputación y el Derecho al trabajo.

5. LOS REMEDIOS DE TUTELA FRENTE AL MOBBING: ALCANCES Y NUEVAS PERSPECTIVAS

5.1. Tutela institucional

Su justificación radica en dos razones: en el carácter pluriofensivo de las conductas de *mobbing*, que exigen una intervención multilateral, para prevenir o reparar las consecuencias del acoso⁽⁶⁰⁾; y en la respuesta del empleador que debe asumir estrategias que permitan prevenir de manera eficiente este supuesto, que en no pocas ocasiones es producto de la misma «política de empresa»⁽⁶¹⁾. Esta, a su vez, se da a través de tres mecanismos: a) la prevención primaria, que supone eliminar los orígenes y causas del problema, para ello se adoptan medidas en el ámbito de la empresa: a través de la «existencia de una política antiacoso, eficaz» y «la educación de cuadros directivos en el arte de gestión del conflicto» y «disponer de procedimientos ágiles y eficientes, para facilitar a los trabajadores la interposición de quejas por acoso»⁽⁶²⁾; b) la prevención secundaria, la cual busca detectar conductas susceptibles de producir *mobbing* en el seno de la empresa, realizando una evaluación de riesgos, que puedan inferir la posibilidad de que se genere una situación de *mobbing*; finalmente, c) la prevención terciaria, la cual tiene por objeto la rehabilitación o recuperación de los trabajadores que han sido víctimas de acoso, procurando su reinserción al centro de trabajo⁽⁶³⁾.

(60) ROMERO RODENAS, M. José, *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, 3ª ed., Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 50 y 51.

(61) BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 129 y 130.

(62) ROMERO RODENAS, *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, cit., pp. 54 y 55; BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., 130-133. Al respecto, y a la luz de nuestra realidad, no sería aplicable en los hechos un mecanismo de solución de controversias por el cual se confiera a un tercero, la posibilidad de resolver en conflicto. Por otra parte, la información, resulta a todas luces como un mecanismo necesario.

(63) ROMERO RODENAS, *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, cit., pp. 55 y 58; BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 133-136. Es importante resaltar la relevancia del Derecho laboral, el cual apareció para la protección del trabajador (SANGUINETTI REYMOND, Wilfredo, «El Derecho del trabajo como categoría histórica», en *Ius et Veritas*, N° 12, Lima, 1996, pp. 154-157; ARCE ORTIZ, Elmer, «Apuntes sobre la función social del Derecho del trabajo contemporáneo», en *Laborem*, SPDTSS, Lima, 2004, pp. 40 y 41), mediante la promoción y control del obrar del empleador para que promueva un ambiente de trabajo decente, en términos de la OIT. Para ello se promueve procedimientos de conciliación al interior de la empresa y garantizan-

5.2. Tutela jurisdiccional

El reconocimiento de una situación jurídica protegida por el ordenamiento jurídico carece de sentido alguno, sino se establece la protección de un interés ante una situación en la que sea vea lesionado o insatisfecho. Estamos hablando de la tutela⁽⁶⁴⁾. Para ello importan, tanto el derecho, o en general la situación jurídica subjetiva, como su tutela. De nada sirve tener un elenco de «derechos simbólicos»⁽⁶⁵⁾, si en los hechos no pueden ser adecuadamente protegidos frente a una lesión o amenaza de lesión de la misma. En este panorama irrumpe un mecanismo de tutela de las situaciones jurídicas de ventaja: el proceso.

5.2.1. Hacia una revaloración de la tutela inhibitoria: una reformulación de los fines del proceso

La finalidad primordial del proceso es brindar una efectiva tutela a las situaciones jurídicas materiales⁽⁶⁶⁾. Precisamente ante este divorcio entre derecho material y derecho procesal, se configura el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, entendida como aquel derecho a acceder al órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica, la cual se llevará a cabo a través de un proceso con garantías, procedimientos y técnicas procesales adecuadas que permitan su protección de manera efectiva, oportuna y, en ocasiones, preventiva, con una resolución fundada en derecho con posibilidad de ejecución⁽⁶⁷⁾. Sin embargo, la necesidad de protección de nuevas situaciones

do un acceso a la información sobre este mal social. Asimismo, puede subsumirse dentro de los «riesgos psicosociales» del artículo 45º in fine del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, como lo propone Molero Suárez (MOLERO SUÁREZ, *El acoso psicológico en las relaciones laborales empresariales: perfiles, contrastes y respuestas desde el Derecho laboral en el Perú*, cit., p. 32).

⁽⁶⁴⁾ DI MAJO, Adolfo, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milán, 1992, p. 361.

⁽⁶⁵⁾ Expresión por demás acertada, acuñada en el primer trabajo que introduce de manera sistemática la tutela preventiva en nuestro medio el tema de la tutela inhibitoria, nos referimos al excelente trabajo de ZELA VILLEGAS, Aldo, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, Palestra, Lima, 2008, p. 28.

⁽⁶⁶⁾ PRIORI POSADA, Giovanni, «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso», en *Ius et Veritas*, N° 26, Lima, 2001, p. 277. En el mismo sentido se pronuncia uno de los mas destacados estudiosos del derecho procesal en América Latina, nos referimos a Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme, *El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Palestra, Lima, 2007, pp. 173 y ss).

⁽⁶⁷⁾ PRIORI POSADA, «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso», cit., p. 280; MARINONI, *El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, cit., pp. 219-227. Este derecho apareció en la tradición romano germánica, mientras que en los sistemas del *common law* apareció el *due process of law* o debido proceso Al

jurídicas de acuerdo con las exigencias de la sociedad, llevó a que sea necesario formular una alternativa a la tutela jurisdiccional ordinaria, conforme a una concepción del proceso fundada en los principios de instrumentalidad y efectividad, para hacer efectivas las situaciones jurídicas que requieren de formas procesales mas expeditivas. Con ello entra en escena la llamada «tutela jurisdiccional diferenciada», como una nueva concepción del proceso⁽⁶⁸⁾. Entre sus manifestaciones encontramos: a) por su eficacia (tutela satisfactiva, la cual se subdivide en tutela meramente declarativa, constitutiva, y de condena; y tutela asegurativa, dentro de la cual encontramos las medidas cautelares); b) por el contenido de la tutela (tutela específica y tutela resarcitoria); y c) por su oportunidad de actuación (tutela preventiva y tutela represiva)⁽⁶⁹⁾.

En este contexto, surge una de las principales manifestaciones de la tutela diferenciada, nos referimos a la tutela inhibitoria, la cual tiene como finalidad prevenir daños y perjuicios a las situaciones jurídicas⁽⁷⁰⁾, mediante una actuación previa a la verificación del daño, o a que la acción dañosa continúe, o incluso que la misma se repita (tutela preventiva). Busca proteger la situación jurídica sin intercambiarla por un equivalente pecuniario (tutela específica o «in natura»), e impone una obligación de realizar un comportamiento activo u omisivo, con el fin de evitar la realización o repetición del acto lesivo (tutela de condena)⁽⁷¹⁾. Sin duda resulta de suma utilidad para la protección de los derechos de la personalidad, ya que es preferible evitar la ocurrencia de un evento lesivo que genere consecuencias irreparables, supuesto que claramente puede acaecer por la violación de derechos de la personalidad por las prácticas de *mobbing*. El artículo 17º de Código Civil, que protege los derechos de la personalidad, nos ofrece una definición estrecha de la tutela inhibitoria, restringién-

respecto, BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, ARA, Lima, 2001, pp. 175 y ss. Nuestro legislador importó mecánicamente ambos modelos jurídicos en el artículo 139º constitucional, sin perjuicio de esta nueva e innecesaria criatura que responde al nombre de «tutela procesal efectiva» regulada en el Código Procesal Constitucional.

(68) MONROY PALACIOS, Juan José, *La tutela procesal de los derechos*, Palestra, Lima, 2004, pp. 43 y 44; ZELA VILLEGAS, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, cit., pp. 32 y 33. Al respecto, se debe a la obra del ilustre procesalista Andrea Proto Pisani, los primeros estudios sobre la materia, aunque el término no resulta del todo exacto.

(69) MONROY PALACIOS, *La tutela procesal de los derechos*, cit., pp. 280 y ss.; ZELA VILLEGAS, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, cit., pp. 34 y ss.

(70) DI MAJO, «El sistema de tutelas en el Derecho civil», en *Ius et Veritas*, Año XV, Nº 31, Lima, 2005, pp. 131 y 132.

(71) ZELA VILLEGAS, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, cit., pp. 84 y 85.

dola a una «acción de cesación de actos lesivos», lo cual dificulta el empleo del remedio.

Respecto a las situaciones jurídicas susceptibles, sin perjuicio de afirmar que existen diversos supuestos en los cuales cabe la aplicación del remedio inhibitorio⁽⁷²⁾, podemos aludir a la protección de derechos que no tienen equivalente pecuniario, como los derechos de la personalidad, la vida, la libertad, la voz, el nombre, el seudónimo, la imagen, la integridad física, el honor, la buena reputación, la intimidad, la salud⁽⁷³⁾. Nos interesan a propósito de las prácticas de acoso moral, los últimos mencionados, incluyendo la integridad psíquica.

Sobre la vía procesal encontramos dos vías donde existe la posibilidad de actuación de una tutela inhibitoria para los supuestos de *mobbing*, señalando sus alcances y deficiencias actuales:

- a. *Proceso constitucional (el proceso de amparo)*⁽⁷⁴⁾: sin duda, el amparo es un proceso de naturaleza inhibitoria⁽⁷⁵⁾, ya que en este se busca la obtención de una tutela específica. Además, es un proceso de carácter sumario, busca la tutela los derechos constitucionales (Abad Yupanqui), por lo que no posee una etapa probatoria, y solo se da una audiencia. Sin embargo, y como se ha señalado⁽⁷⁶⁾, la procedencia del amparo encuentra, en principio dos inconvenientes, los cuales están relacionados con la misma regulación del proceso de amparo en nuestro sistema jurídico. Será improcedente el amparo cuando existen vías ordinarias para la defensa del derecho vulnerado, de acuerdo con el artículo 5º del Código Procesal Constitucional y por reiterados pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional⁽⁷⁷⁾.

(72) Como los supuestos de derechos e intereses difusos, para ser mas exactos los referentes a la protección de los consumidores por ejemplo.

(73) ZELA VILLEGAS, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, cit., pp. 130-133. También podemos incluir la tutela de otros derechos constitucionales como los derechos laborales, para lo cual sugerimos que no solo el proceso civil sino también el proceso laboral necesita de cambios para brindar una tutela sumaria y efectiva.

(74) BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 138 y ss. Sobre el amparo, vide ABAD YUPANQUI, Samuel, *El proceso constitucional de amparo*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 100 y ss.

(75) ZELA VILLEGAS, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, cit., pp. 161 y ss.

(76) BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 139 y ss.

(77) Al respecto, vide la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 0206-2005-PA/TC, del 28 de noviembre de 2005; aunque puede verse un ligero cambio en la sentencia del Expediente Nº 6128-2005-PA/TC, del 25 de abril de 2006.

Asimismo, otro inconveniente se da por la estructura misma del proceso de amparo, por su ausencia de etapa probatoria, aunque, al ser un proceso dirigido a la protección de derechos constitucionales, y como veremos más adelante, la posibilidad del empleo de la prueba incidiaria en los supuestos de *mobbing*, podría resolver el problema. Un tercer problema sería el inconveniente, no inusual, de que el magistrado determine la «sustracción de la materia» por lesión irreparable del derecho, lo cual llevará al trabajador afectado a un proceso civil para la obtención de un resarcimiento, al no admitirse una acumulación de la pretensión inhibitoria con una pretensión resarcitoria, lo cual termina en los hechos generando una situación de desprotección de los derechos constitucionales de la víctima de acoso.

- b. *Proceso civil*: respecto a la vía del proceso civil, encontramos una serie de obstáculos, los cuales se fundan en la denominada «ineficacia del proceso»⁽⁷⁸⁾, el cual se encuentra completamente desvinculado de las necesidades de la colectividad, cuya incapacidad de adecuarse a las mutaciones dadas en una sociedad, hace que los particulares busquen sino el recurso a mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la búsqueda de la autotutela violenta. Basta señalar la estructura misma del proceso, el cual está diseñado para la protección de los derechos de crédito, lo cual lo hace ineficaz para la tutela de otros derechos como de la personalidad, como la vía procedimental (que debería ser la sumaria), las medidas cautelares (la omisión de la modalidad para su actuación), y la ejecución de las sentencias; como muestra un botón: la ejecución forzada⁽⁷⁹⁾. Sin duda, se requiere una reforma necesaria y acorde con las necesidades de la comunidad para que el proceso sea una herramienta válida para la protección de los derechos, sobre todo de los derechos de la personalidad.
- c. *Proceso laboral (acción de cese de hostilidad)*: finalmente, tenemos la vía del proceso laboral, para solicitar el cese de los denominados actos de hostilidad del empleador, también conocidos como supuestos de despido indirecto. Si bien su regulación en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, LPCL), en el artículo 30°, establece supuestos taxativos, ello no impide la obtención de tutela

(78) MONROY PALACIOS, *La tutela procesal de los derechos*, cit., pp. 229 y ss.

(79) ZELA VILLEGAS, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, cit., pp. 168 y ss.

a través de esta vía⁽⁸⁰⁾ (sobre todo los supuestos de *bossing*), ya que bien podría subsumirse en el inciso g que señala: «Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador». Del mismo modo, pueden señalarse los incisos b («La reducción inmotivada de la remuneración o de su categoría»), c («El traslado del trabajador a un lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de causarle perjuicio»), e («El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia»), y f («Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión o idioma»)⁽⁸¹⁾. El procedimiento a seguir lo regula la misma norma en su artículo 35º, el cual establece además la posibilidad excluyente, previa intimación al empleador, de pedir la extinción de la relación jurídica laboral, con el pago de una indemnización (similar a la del despido arbitrario del artículo 38º de la citada norma, lo cual resulta totalmente cuestionable). Quizá sean aplicables los mismos cuestionamientos del proceso civil, respecto de su excesiva dilación ineficacia; de otro lado su limitación a supuestos de *bossing*, es más reduce el *mobbing* a fin de expulsar al trabajador del centro de trabajo, cuando la finalidad de este fenómeno es el causar deliberadamente un perjuicio a la víctima.

5.2.2. La tutela resarcitoria: el *mobbing* como supuesto de responsabilidad por lesión a los derechos de la personalidad

En este contexto, la violación de una situación jurídica determinada, así como la protección de los intereses de la persona pueden ser tutelados a través del sistema de responsabilidad civil⁽⁸²⁾, siendo la situación de un sujeto al que le toca experimentar, concretamente, las consecuencias, para él desventajosas, que una norma prevé atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto⁽⁸³⁾. De este modo, verificada la *fattispecie* del acto generador de responsabilidad (daño, relación de causalidad y criterios de imputación), la consecuencia jurídica es el surgimiento de una obligación resarcitoria: el resarcimiento.

(80) Da cuenta de ello acertadamente BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 147-149.

(81) *Ibidem*, pp. 148 y 149.

(82) CORSARO, Luigi, «*Neminem Laedere* y derecho a la integridad», en *Proceso & Justicia*, N° 3, Lima, 2005, p. 150; LEÓN, *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit., p. 24.

(83) ROPPO, *Istituzioni di Diritto privato*, cit., p. 54.

De este modo, un sistema de responsabilidad civil cumple, en principio, las siguientes funciones⁽⁸⁴⁾: a) función resarcitoria, que busca restaurar el *statu quo* preexistente a la verificación del evento dañoso; b) función preventiva, por la cual se induce al dañador a tomar las medidas adecuadas para prevenir eventos dañosos a terceros, c) función punitiva, que supone una sanción contra el sujeto dañador. Estas deben guardar un equilibrio razonable en el magistrado, al momento de asignar un resarcimiento, toda vez que no debería privilegiar una función en especial, respecto a los daños por *mobbing*, es menester determinar la naturaleza de la responsabilidad jurídica con el fin de brindar un adecuado remedio resarcitorio.

5.2.2.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad

Conviene, ante todo aclarar la naturaleza de la pretensión resarcitoria, la cual subordina la competencia del órgano jurisdiccional⁽⁸⁵⁾, puesto que si determinamos un supuesto de «responsabilidad contractual», la competencia será del juez laboral⁽⁸⁶⁾, y si se trata de un supuesto de «responsabilidad extracontractual», la competencia recaerá sobre el juez civil, conviene pronunciarse sobre ambas alternativas:

A nuestro parecer, podemos advertir en el Derecho del trabajo un fenómeno de «contractualización de la responsabilidad patronal» por algunos supuestos de lesiones a derechos de los trabajadores. El fundamento de ello lo encontramos en el deber de buena fe en la ejecución de los contratos el cual exige a las partes la observancia de un deber de lealtad, sobre todo en un su-

(84) El debate sobre las funciones de un sistema de responsabilidad civil reviste diversos matices: MONATERI, P. G., «La responsabilita civile. Trattato di Diritto civile», citado por FERNÁNDEZ CRUZ, «Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptima sistémica: análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventivo de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil Law*», en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, ARA, Lima, 2001, pp. 1-8; ALPA, Guido, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, Jurista Editores, Lima, 2006, pp. 197 y ss.; SALVI, Cesare, «La responsabilita civile», en *Trattato di Diritto privato*, Giuffrè, Milán, 1998, 11-23, pp. 1-9; FRANZONI, Massimo, «Dei fatti illeciti (arts. 2043^a-2059^a)», en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (coord.), *Responsabilidad civil: materiales de enseñanza*, PUCP, Lima, 2005, pp. 233 y ss; LEÓN, *El problema jurídico de la manipulación de la información personal*, cit., pp. 231 y ss.

(85) BENINATTO, Rosario, «Il mobbing da contratto ed illecito aquiliano», en *Altalex*, Quotidiano d'informazione giuridica, en www.altalex.com/.

(86) El pleno jurisdiccional Laboral del año 2000, estableció la competencia de los jueces laborales respecto de las pretensiones resarcitorias por responsabilidad contractual derivados del incumplimiento de un contrato de trabajo, ya que las disposiciones laborales se integran a este. Al respecto, vide *Legislación General del Trabajo*, Normas Legales, Trujillo, 2005, p. 776).

puesto como el contrato de trabajo, en el cual existe una disparidad entre las partes, una relación asimétrica a favor del empleador, que insta a establecer límites a su poder de dirección y, sobre todo, su titularidad de un «deber de seguridad»⁽⁸⁷⁾ a preservar la integridad y salud del trabajador –llamado también «deber general de protección», u «obligación general de prevención»–. Este supuesto, en principio, se aplicaba a los supuestos de responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo, pero que sería extendido a supuestos en los cuales se asimila a una enfermedad en ocasión de la ejecución de un contrato de trabajo, lesionando la salud psíquica del trabajador, y su integridad psicosomática. De este modo, el *mobbing* sería, desde esta perspectiva, considerado como un «riesgo laboral», y podría ser tratado como «accidente de trabajo», generando un incumplimiento grave del contrato de trabajo. Esta solución adoptada por la doctrina y magistratura españolas, han tenido una notable recepción en nuestro medio⁽⁸⁸⁾.

Por otro lado, puede afirmarse que la naturaleza y, por ende, el régimen aplicable a los supuestos de responsabilidad por *mobbing*, es el régimen de la responsabilidad aquiliana o extracontractual, por violación del deber genérico del *alterum non laedere*, la cual es aplicable a los tres supuestos de *mobbing*.

Conviene una vez más profundizar sobre los fundamentos del deber de seguridad y de previsión, ya que los autores españoles lo tomaron de las *obligations de sécurité* francesas, para eximir a la víctima del régimen de la carga de la prue-

(87) GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit., p. 68; MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín; *Derecho del trabajo*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 633 y 634; ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho del trabajo*, 7ª ed., Ariel, Madrid, 1981, p. 480; CANESSA MONTEJO, Miguel, «Concepto y fundamento de los derechos humanos laborales», en FERRO DELGADO, Víctor (coord.), *Derecho laboral especial. Materiales de enseñanza*, PUCP, Lima, 2008, pp. 38 y 39.

(88) Recogen el deber de seguridad y la responsabilidad contractual del empleador: CORTÉS CARCELÉN, «Responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 43, Lima, 2002, pp. 31-32; HERRERA GONZÁLES-PRATTO, Isabel, «Responsabilidad civil patronal por accidentes de trabajo», en *Jus Doctrina & Práctica*, N° 3, Lima, 2008, pp. 378-380. Respecto a la responsabilidad contractual por *mobbing*, vide BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., 121 y ss.; Por su parte, Molero Suárez señala que existe un supuesto de falta grave por incumplimiento del deber de previsión del empleador. Este deber de previsión se deduce del articulado del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (RSST), de acuerdo con los principios de protección, prevención y de responsabilidad (artículos I, II y III del Título Preliminar, así como los numerales 37º, 39-Aº y 45º de la citada norma). Al respecto, y de acuerdo con la autora, cabe realizar una interpretación del 45º del RSST en función de que señala que «el empleador debe prever que la exposición a los agentes [...] ergonómicos y psicosociales concurrentes en el centro de trabajo, no generen daños en la salud de los trabajadores» (las cursivas son nuestras).

ba –se diseñaron remedios que trajeron consigo un ensanchamiento o inflación de los supuestos de responsabilidad contractual–. Se trata de una obligación, por lo general de contenido, determinado de preservar y garantizar como deudor, la seguridad e integridad del acreedor de dicha obligación⁽⁸⁹⁾. Se aplicó en sus inicios a los contratos de transporte y subsiste aún en los supuestos de responsabilidad por productos defectuosos⁽⁹⁰⁾. Fue invocada, inicialmente, como un deber del empleador de preservar la dignidad y seguridad del trabajador, en el marco de un contrato de trabajo; por ende el incumplimiento del empleador de su deber de seguridad del empleador acarrea responsabilidad contractual. Sin embargo, con la Ley de Accidentes de Trabajo de 1898, la discusión de un deber de seguridad en el contrato de trabajo devino en irrelevante; la intervención del legislador a través de múltiples disposiciones imperativas sobre la ejecución de la prestación laboral, favorecieron el abandono de los deberes de seguridad en el país donde apareció⁽⁹¹⁾.

Sin embargo, mucho más sugerente es el recurso para justificar un sistema de responsabilidad contractual a través de la doctrina germana del *Schutzpflichten*, también conocida como la teoría de los «deberes de protección» (*obblighi di protezione*), la cual tuvo una recepción adecuada en Italia. En ese sentido, los deberes de protección se derivan del deber de buena fe, y un determinado contacto social por el cual las partes se comprometen a preservar la intangibilidad de la esfera jurídica ajena, comportándose conforme a la buena fe (*correttezza*) preservando la persona y los bienes de la contraparte⁽⁹²⁾. Pese a que no existe

(89) MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho civil*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959, pp. 43 y 44; MAZEAUD, Henri, León y TUNC, Andrés, *Tratado práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 5ª ed., Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1977, T. I, p. 213-216; JOSSERAND, *Derecho civil*, Ediciones jurídicas Europa América, 1950, T. 2, V. I, p. 372; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, mercantil y laboral*, Civitas, Madrid, 2001; LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, Legis, Bogotá, 2004, pp. 105-107.

(90) LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, cit., pp. 108 y 109.

(91) «La jurisprudencia ha admitido que sería «forzar» el contrato de trabajo pretender hallar en él la obligación, para el patrono, de garantizar la seguridad del obrero» (MAZEAUD / TUNC, *Tratado práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit., pp. 214 y 224-227; CAMERLUNCK, G. H. y LYON-CAEN, G., *Derecho del trabajo*, Aguilar, Madrid, 1974, pp. 276 y 277.

(92) La tesis se remonta a inicios del siglo pasado, en una reformulación que realiza el jurista Heinrich Stoll respecto de una categoría anterior acuñada por Hermann Staub, con las violaciones positivas del crédito (BENATTI, «Osservazioni in tema di doveri di protezione», en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (coord.), *Responsabilidad civil: materiales de enseñanza*, cit., pp. 4, 7 y ss.; BENATTI, «Comentario sub. Art. 1175,» en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (coord.), *Responsabilidad civil: materiales de enseñanza*, UCP, Lima, 2005, p. 153; DI MAJO, Adolfo, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 176; MENGONI, Luigi, *La parte generale delle obbligazioni*, citado por LEÓN, *Derecho de las relaciones obligatorias*, cit., pp.

una regulación expresa del *mobbing*, la jurisprudencia italiana, aunque con decisiones que generan debates también en la doctrina, aplica el artículo 2087⁹³ el cual ha recobrado impulso en su empleo por los jueces italianos⁽⁹³⁾.

Ahora bien, comencemos a esbozar nuestra posición:

La responsabilidad contractual también es denominada, con mayor propiedad, como responsabilidad por incumplimiento de obligaciones. Precisamente el acreedor se vincula de manera voluntaria a través de un negocio jurídico con otro sujeto determinado y establece determinado programa, por el cual se crea una relación obligatoria previa, y ante la lesión de una situación jurídica por el incumplimiento de una obligación, el afectado tiene a su disposición una serie de remedios de protección y garantía de su situación jurídica: el derecho a obtener la ejecución de la prestación a través de remedios de tutela específica (por ejemplo, la ejecución forzada), o de tutela por equivalente (en dinero), que buscan colocar al sujeto en una posición similar a aquella en la cual este obtiene el beneficio que persigue a través de la celebración del negocio. Por su parte, en la responsabilidad aquiliana, la obligación resarcitoria que surge por la violación del deber genérico de *alterum non laedere*, trae consigo una vinculación no deseada, frente al cual el único remedio disponible, el resarcimiento, estará dirigido a retirar o mitigar sus consecuencias⁽⁹⁴⁾.

145 y ss.; VISINTINI, Giovanna, *Responsabilidad contractual y extracontractual: estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y hechos ilícitos en el Derecho y la jurisprudencia civil*, ARA, Lima, 2002, pp. 111-113; SCOGNAMIGLIO, «Responsabilidad contractual y extracontractual», en *Ius et Veritas*, N° 22, Lima, 2001, pp. 64 y 65.

(93) BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, cit., pp. 15 y ss.; VISCOMI, «Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti», cit.; ANASTASIO, «Responsabilità civile e mobbing», cit.; SPINELLI, Stefano, «Tipo e natura della responsabilità in fattispecie di mobbing», en *Persona e danno*, Milán, 2007, p. 4, en www.personaedanno.it/; SCOGNAMIGLIO, «Mobbing: profili civilistici e giuslavoristi», cit.; VALLEBONA, Antonio, «Mobbing: qualificazione, oneri probatori e remedi», en *Mass. giur. Lav - rivista della Confindustria*, en <http://dirittolavoro.altervista.org/>.

(94) De aquí que en función del interés protegido se fundan los sistemas de responsabilidad civil, siendo una razón para considerar inviable cualquier intento de «unificación» (CORSARO, «*Nemimen Laedere* y derecho a la integridad», cit., pp. 146 y ss.; VISINTINI, *Responsabilidad contractual y extracontractual: estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y hechos ilícitos en el Derecho y la jurisprudencia civil*, cit., pp. 85 y ss.; SCOGNAMIGLIO, «Responsabilidad contractual y extracontractual», cit., pp. 56 y ss.; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, 7ª ed., PUCP, Lima, 2001, V. IV, T. II, pp. 505 y ss.; LEÓN, *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit., pp. 63 y ss.; MORALES HERVIAS, Rómulo, «La responsabilidad en la norma jurídica privatística. A propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil aquiliana o extracontractual», en www.aedp.com.pe/; HAROSEIJAS, Juan, «De tin marín de do pingüe... un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú», en *Thémis*, N° 44, Lima, 2002, p. 97).

Respecto a los deberes de seguridad o previsión empresariales, es necesario determinar si son realmente obligaciones en sentido estricto, toda vez que se requiere un remedio eficaz para la protección del derecho de la personalidad vulnerado por los actos de *mobbing*. Al respecto, Nicolo nos enseña que la estructura de la obligación implica: a) un deber específico, impuesto a sujetos determinables y no a la colectividad; b) un deber con contenido positivo que implica que sea un comportamiento determinado, y c) un medio de realización del interés, instrumento necesario para la satisfacción a través de un comportamiento ajeno⁽⁹⁵⁾.

El deber de previsión entonces resulta ser a) un deber impuesto a sujetos determinados (los trabajadores en el centro de trabajo), b) no es un deber de contenido específico, toda vez que implica un serie indefinida de conductas que realizará el empleador para llevar a cabo el cumplimiento, c) no opera como medio de realización del interés, ya que al ser derechos de la personalidad (o fundamentales si se quiere) no se satisfacen a través de un comportamiento realizado por otro –basta el comportamiento del propio titular–, siendo un medio de protección al goce pacífico de un derecho⁽⁹⁶⁾. Por lo tanto, siendo que es deber jurídico general preservar la seguridad y dignidad del trabajador estamos pues ante una manifestación del *alterum non laedere*, por lo que es, en estricto y en nuestro país, un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Sin duda existen otros supuestos que hacen particular nuestra situación: a) si tomamos en cuenta nuestra cláusula normativa general del artículo 1969º de nuestro Código Civil, que establece –para bien o para mal– una presunción de la culpa y del dolo; el principal problema que se encontró la doctrina española y doctrina italiana era, precisamente, el tema probatorio, referente al evento lesivo y a los criterios de imputación. Ello motivo la necesidad de «contractualizar» la responsabilidad del empleador⁽⁹⁷⁾; problema que no recoge nuestro legislador. Asimismo, y sin perjuicio de poder invocarse perfectamente como falta grave cuando sea un trabajador el sujeto activo del acoso, puede otorgarse una solución uniforme para los diversos supuestos de *mobbing*. b) Otra razón, que por cierto, causa extrañeza que no haya sido mencionada pero que no deja de ser determinante, es que en materia de responsabilidad contractual el resarci-

(95) NICOLÓ, Rosario, «Las situaciones jurídicas subjetivas», en *Advocatus*, Nº 12, Lima, 2005, p. 113.

(96) *Ibidem*, p. 110; CORSARO, «*Nemimen Laedere* y derecho a la integridad», cit., p. 151.

(97) GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit.; VISCOMI, «Il *mobbing*: alcune questioni su fattispecie ed effetti», cit., pp. 57 y ss.; BENATTI, «Osservazioni in tema di doveri di protezioni», cit., p. 17 y ss.

miento por daño emergente y lucro cesante se le limita de acuerdo con el 1321º del Código Civil de 1984, «en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal ejecución». Evidentemente la norma es totalmente razonable⁽⁹⁸⁾, sin embargo el *mobbing*, como fenómeno social de creciente relevancia, genera asunción de costos por consecuencias indirectas, siendo el remedio idóneo para la tutela de los derechos de la personalidad, la responsabilidad aquiliana o extracontractual.

5.2.2.2. Hacia una exacta comprensión del daño moral y su utilidad en nuestro sistema

La utilidad de contar un mecanismo que permita hacer frente a una plaga social como el *mobbing*, no puede dejar de lado el problema de los daños generados por este. Y si el daño es entendido como la lesión de un interés protegido⁽⁹⁹⁾, podemos señalar, *prima facie*, que si bien mediante el amparo no se puede perseguir una pretensión resarcitoria, frente a los actos de hostilidad se puede pretender una indemnización, la cual, de acuerdo con el artículo 35º de la LPCL, es la indemnización por despido arbitrario a la que se refiere el artículo 38º de la LPCL, vale decir, la indemnización por despido arbitrario. Esta indemnización, tiene un límite de 12 remuneraciones, denominada comúnmente como «indemnización tarifada». En ese sentido, el numeral 7 del artículo 166º del Proyecto de Ley General del Trabajo incluye como acto de hostilidad el *acoso moral*, aplicándosele las reglas de la indemnización por despido arbitrario. Asimismo, en los supuestos de *mobbing* horizontal (por que solo «regularía» este supuesto y el *mobbing* vertical descendente), exige además una denuncia previa al empleador. Del mismo modo, se tiene que acreditar la finalidad de expulsar al trabajador del centro de trabajo, lo cual dificulta el tema probatorio.

Este proyecto, en primer lugar, lejos de contribuir a solucionar el problema, lo agrava aún más. Comencemos por el craso e imperdonable error que supone considerar, inexplicablemente que las consecuencias del ejercicio de poder de dirección del empleador en el supuesto de despido injustificado (que es el nuevo *nomen* que recibe la figura), son similares a un supuesto de violación

⁽⁹⁸⁾ Inclusive tiene una justificación económica, ya que evitaría fenómenos de *overcompensation* (HARO SEIJAS, «De tin marín de do pingüe... un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú», cit., pp. 92-95).

⁽⁹⁹⁾ ALPA, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, cit., p. 773; SALVI, «El daño», en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, ARA, Lima, 2001, pp. 285 y 286.

de los derechos de la personalidad. Esto nos lleva brevemente a plantear una distinción que nuestro legislador imprudentemente no realizó, y que para algunos puede ser un tema «de etiquetas» y no de contenido; sin embargo, errores como este no hacen sino poner sobre el tapete el desconocimiento de la distinción entre indemnización y resarcimiento, distinción que como ha sido señalado, es clara en los ordenamientos alemán (*Schadensersatz y Entschädigung*) e italiano (*Indennità y risarcimento*), pero no recogido de manera sistemática por nuestro legislador. Hablamos de *resarcimiento* cuando hay un supuesto de responsabilidad por daños, mientras la indemnización abarca diversos supuestos de desplazamiento patrimonial⁽¹⁰⁰⁾. Para que el magistrado otorgue un resarcimiento deberá realizar el juicio de responsabilidad, a fin de determinar los presupuestos de la misma (daño, relación de causalidad, criterios de imputación); ello, sin embargo, no se requiere para el pago de una indemnización, la cual abarca, por ejemplo, los supuestos de compensación por despido, o por enriquecimiento injustificado (artículo 1954º del Código civil). Dicho esto, ¿cómo puede equipararse un supuesto de despido por ejercicio abusivo del poder de dirección del empleador (indemnización), a cuando este es torturado psicológicamente, a través de una serie de conductas que lesionan su dignidad y violan sus derechos fundamentales (resarcimiento)?

Respecto a los daños por *mobbing* estos pueden ser materiales, dentro de los cuales encontramos tanto el daño emergente o la pérdida directa sufrida a consecuencia del daño, como el lucro cesante, que supone aquello que se dejó de ganar a causa del evento lesivo⁽¹⁰¹⁾. Sin embargo, cabe señalar que en doctrina se ha realizado una clasificación que incardina un nuevo tipo: el «daño a la persona», y su principal subespecie, el «daño al proyecto de vida», aplicados constantemente por la magistratura civil y laboral. Ello se debe a la inclusión del maestro sanmarquino Carlos Fernández Sessarego del daño a la persona en el artículo 1985º del Código Civil de 1984, usando la filosofía existencialista para demostrar la libertad del ser humano. El profesor sanmarquino señala la necesidad de retomar una visión «humanista» y «tridimensionalista» del Derecho y proteger los bienes de la persona. De esta manera, señala que el daño a la persona comprende todos los daños inferidos al ser humano en tanto entidad psicosomática, incluido el mal llamado daño moral, siendo este un mero daño emocional o sentimental de orden psíquico⁽¹⁰²⁾. De este modo, los daños serían

(100) LEÓN, *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit. p. 241.

(101) DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 35-37.

(102) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «El daño a la persona en el Código Civil de 1984», en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Cultural Cuzco, Lima, 1985, p.219; FERNÁNDEZ SESSAREGO,

clasificados en patrimoniales y extrapatrimoniales de acuerdo con sus consecuencias; y de acuerdo con su naturaleza, en daño objetivo o al los bienes, y daño subjetivo, donde se encontraría el daño a la persona. Este daño a la persona contiene el daño psicosomático y el daño a la libertad o daño al proyecto de vida, daño cierto y continuado, que afecta al sujeto en su proyecto de vida y su libertad, llevándola a un profundo estado depresivo que en el peor de los casos puede terminar en suicidio⁽¹⁰³⁾.

Al parecer, el ilustre jurista no ha tomado en consideración que nuestro ordenamiento no ha recogido el sistema alemán, de «daño patrimonial» (*Vermögensschaden*) y «daño no patrimonial» (*Nicht Vermögensschaden*); ni tampoco recogió el modelo italiano, en el cual podemos distinguir el «daño existencial» (*danno esistenziale*), el «daño biológico» (*danno biologico*), el «daño moral» (*danno morale*), y el «daño patrimonial» (*danno non patrimoniale*), por citar solo ejemplos. Nuestro ordenamiento recoge, de manera imperfecta, el sistema francés que distingue entre «daño material» (*Dommage matériel*) y «daño moral» (*Dommage moral*). En ese sentido, «el daño material» es aquel susceptible de una exacta evaluación en dinero y es inferido a bienes patrimoniales del sujeto; mientras que el «daño moral», es aquel que no es susceptible de una evaluación exacta en dinero, y consiste en una lesión o un detrimento a bienes no patrimoniales del sujeto (aunque puede tener consecuencias patrimoniales). Su distinción del daño material radica, en la división de derechos entre patrimoniales y extrapatrimoniales. Estos últimos son inherentes a la persona, también denominados derechos (o bienes) de la personalidad; al afectar bienes no patrimoniales del sujeto, se incluyen los intereses morales, las afliccio-

Carlos, «Deslinde conceptual entre 'daño a la persona', 'daño moral' y daño al proyecto de vida'», en *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, N° 50, Trujillo, 2003, p. 15. Reproduce «al pie de la letra» lo señalado por el profesor Sessarego: DÍAZ CÁCEDA, Joel, *Los conceptos de «daño a la persona» y «daño al proyecto de vida» en las reparaciones por violaciones a los derechos humanos en el Perú*, Tesis para optar por el título de abogado, PUCP, Lima, 2004, p. 10 y ss. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida: una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, Jurista Editores, Lima, 2006.

⁽¹⁰³⁾ FERNÁNDEZ SESSAREGO, «Apuntes sobre el daño a la persona», en *Ius et Veritas*, Año XIII, N° 25, Lima, 2002, p. 38; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «Deslinde conceptual entre 'daño a la persona', 'daño moral' y daño al proyecto de vida'», cit., pp. 27 y ss.; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Derecho PUC*, N° 56, Lima, 2003, pp. 670 y ss.; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «El proyecto de vida ¿Merece protección jurídica?», en *Revista Jurídica del Perú*, N° 84, 2008; DÍAZ CACEDA, *Los conceptos de «daño a la persona» y «daño al proyecto de vida» en las reparaciones por violaciones a los Derechos humanos en el Perú*, cit., p. 12.

nes, sufrimientos o padecimientos⁽¹⁰⁴⁾. A modo de síntesis, podemos hablar de daño moral como un padecimiento anímico, (la afectación a un interés moral, u otro bien no patrimonial; aquello que la doctrina italiana denomina como *danno morale soggettivo*), y también podemos señalar –acaso su concepción más importante– al daño moral como la violación de la dignidad humana y de los derechos de la personalidad, como integridad física, psíquica, el honor y la buen reputación, la vida, la libertad individual, entre otros. De ello se puede inferir, en ese sentido, que el concepto de «daño a la persona» resulta contenido en el «daño moral», por lo que este se hace innecesario⁽¹⁰⁵⁾. Del mismo modo, aquella copia del «daño existencial» que en versión peruana y teñida de tintes filosóficos responde al nombre de «daño al proyecto de vida», que no guarda relación con la pérdida de la *chance* o de la posibilidad de obtener una utilidad futura.

Para concluir este acápite cabe señalar dos problemas –a propósito del riesgo que generaría una «inflación de daños» y de resarcimientos–, el fenómeno de la *Undercompensation*, entendida como una reducción del resarcimiento, mediante el empleo de ciertos correctivos, fenómeno que resume nuestra década pasada⁽¹⁰⁶⁾. Asimismo, se torna en una *overcompensation*, cuando se con-

(104) Estas dos concepciones del daño moral, sobre todo la de lesión a un derecho inherente son recogidas por LALOU, Henri, *La responsabilité civile. Principes Élementaires et Applications Pratiques*, Librairie Dalloz, Paris, 1928, pp. 45-46; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, Cultural, La Habana, 1940, T. 6, pp. 757 y ss.; JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1950, pp. 330-332; SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile en Droit Français: Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, 2ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951, T. II, pp. 92 y ss.; CARBONNIER, Jean, *Derecho civil. Estudio introductorio*, Bosch, Barcelona, 1971, T. 2, V. 3, pp. 65 y 66; MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad contractual y delictual*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, T. I, V. I, 1977, pp. 424-427; GABBA, Carlo Francesco, «Risarcibilità dei danni morali», en *Questioni di diritto civile, Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1898, V. II, pp. 225-226; DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 94-97, 112 y ss.; COSTA DE FIGUEIREDO AMORMINO, Tatiana, «Juzgados especiales y la consagración de la reparación por los daños morales en el Brasil», en *Pioner de Derecho público y privado*, N° 8, Lima, 2007, pp. 272-275.

(105) Las críticas mas certeras contra la tesis del jurista sanmarquino las encontramos en la autoridad de Fernando De Trazegnies Granda (DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 110 y ss). Recalcando el carácter innecesario del instituto jurídico, así como desvirtuando todo sesgo de «humanismo» en los planteamientos de Sessarego, la otra crítica certera la propone Leysser León, quien con lucidez y recurriendo a la comparación jurídica señaló tal como lo hace en su obra *La codificación civil*, los problemas que trae consigo importar problemas sin realizar en menor análisis de su viabilidad y pertinencia en nuestro medio (LEÓN, *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit., 223 y ss).

(106) PONZANELLI, «Las funciones de la responsabilidad civil en la experiencia norteamericana», en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (coord.), *Responsabilidad civil: materiales de enseñanza*, PUCP, Lima, 2005, p. 3.

cede al damnificado una suma que excede el daño sufrido, siendo una nueva plaga que ataca el propio sistema de responsabilidad civil, sobre todo si un egregio estudioso de la comparación jurídica afirma que la *overcompensation* ocasiona consecuencias más nefastas. La advertencia ha sido hecha⁽¹⁰⁷⁾.

Finalmente, reafirmamos la utilidad del daño moral para ser incorporado en una tutela represiva dirigida a la protección de los derechos de la personalidad, vulnerados por el *mobbing*. Frente a ello debemos reconocer que queda descartada una función resarcitoria en tanto que es muy difícil restablecer la situación previa a la verificación del daño. Puede decirse que la satisfacción de la pretensión por daño moral sería la de mitigar el daño, cumpliendo una función aflictivo-consolatoria⁽¹⁰⁸⁾. Por otro lado, también se ha señalado que puede cumplir una función punitiva, al ser el daño moral, una especie de *pena privada*⁽¹⁰⁹⁾. Sin desmerecer el primer planeamiento, sería muy útil frente a supuestos en los cuales existe violación de derechos constitucionales, que los mecanismos de tutela resarcitoria que permitan, mediante el monto de una *pena privada*, cumplir una *función punitiva* y desincentivadora de conductas lesivas de derechos constitucionales y, además, permitir a través de otros mecanismos, protección y una nueva función, de reforzamiento de los derechos constitucionales. Al respecto, y con relación a los daños morales, dada su dificultad de su cuantificación, una sentencia italiana propone que sean considerados como *daños in re ipsa*, vale decir, que no necesiten prueba. Esta sentencia, sin duda, es un valioso aporte que es digno de ser imitado. Entonces, el daño moral sería un daño evento (no requiere de una consecuencia lesiva, basta el acto para que se configure), y sería un *daño in re ipsa*, el trabajador o la víctima por fin tendrían un remedio eficaz, a través de un proceso en el cual solo tenga que probar con indicios los hechos. Una vez conseguido el objetivo, se presume el daño y se exime de la gravosa, y a todas luces inconcebible, necesidad de acreditarlo fehacientemente, en función a la carga de la prueba, como –de manera irreflexiva e imperdonable– sin parangón se ha señalado.

6. CONCLUSIONES

El *mobbing* es un fenómeno que irrumpe en las relaciones laborales. Quizá sea ocioso exhortar a su regulación, pero lo que si pedimos es que se tome

(107) Ibídem, pp. 3 y 4.

(108) Ibídem, pp. 270 y 271.

(109) LEÓN, *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit., pp. 308 y ss.

en cuenta la naturaleza del interés vulnerado, afín de establecer remedios adecuados.

El *mobbing* afecta la dignidad de quien lo padece y constituye, sin ninguna duda, un supuesto de violación de los derechos de la personalidad, más que un reto solo de la psicología y del Derecho laboral, ya que al recibir protección constitucional los derechos de la personalidad y al sufrir vulneraciones, se exige una reacción ordenada de las distintas áreas del ordenamiento. Ello supone romper con viejos mitos y reformular diversas instituciones: la relación laboral, el proceso civil y laboral, la responsabilidad civil, a fin de diseñar remedios de tutela adecuados y que respondan a las necesidades de la comunidad.

Es necesario prescindir de un «provincialismo jurídico», utilizar la comparación jurídica para conocer y mejorar el derecho nacional. Asimismo, leer cada autor foráneo siempre, teniendo a la vista la Constitución y las normas del ordenamiento interno. Del mismo modo, estudiar adecuadamente cualquier institución; no es malo importar o copiar normas, sentencias, doctrinas o métodos, lo malo está en hacerlo irreflexivamente sin tomar en cuenta las consecuencias, no solo jurídicas, que la adopción de una *rule* podría acarrear. Debe hacerse una evaluación de compatibilidad, si creemos en la posibilidad de mejorar nuestro sistema jurídico lleno de inconsistencias, transplantemos soluciones y no transplantemos más problemas.

La presencia de un fenómeno que puede ser enfocado, dependiendo de la perspectiva que se le dé, como riesgo laboral, como incumplimiento grave del contrato de trabajo, como acto de hostilidad, o como violación de derechos de la personalidad, nos ha mostrado a lo largo del trabajo, lo mucho que queda por hacer para que las instituciones se adecuen a la protección de los individuos. En tal sentido, nuestras propuestas son: a) implementar mecanismos adecuados que permitan una tutela institucional, para lo cual el rol del Derecho del trabajo es determinante, garantizando al afectado, si es trabajador, la protección adecuada de sus derechos vulnerados; b) una interacción y correspondencia entre las tutelas inhibitoria y resarcitoria, para la protección de los derechos de la personalidad, permitiendo al afectado una acumulación de pretensiones –inhibitoria y resarcitoria–, subordinada, c) la utilidad de un proceso preventivo y la necesidad de un sistema de responsabilidad civil que permita el refuerzo de los derechos constitucionales, para lo cual también señalamos la utilidad del daño moral, cumpliendo una función de *pena privada* y siendo concebida como un *daño in re ipsa*⁽¹¹⁰⁾, es decir, que no requiere prueba. Del

⁽¹¹⁰⁾ La ejemplar sentencia del Tribunale di Venezia, data del 16 de febrero de 2006, de la cual se extrae como máxima que la lesión a la integridad moral que forma parte del patrimonio del sujeto es un daño

mismo modo, ello se condice con la flexibilidad de una etapa probatoria en un auténtico proceso preventivo y que brinde una tutela jurisdiccional efectiva. Ojala nuestros magistrados internalicen lo positivo de sentencias foráneas como la citada, cuyo camino trazado, es digno de seguir.

El proyecto de La Ley General del Trabajo, crea en los hechos un «derecho simbólico a no ser acosado». Nuevamente representa una oportunidad desperdiciada y tiene diversas deficiencias que subyacen, entre otros factores, en confusiones entre indemnización y resarcimiento, el régimen de la carga de la prueba, como su subsunción en un acto de hostilidad, cuando se trata de supuestos distintos. Es necesario replantear esta «regulación» del *mobbing*, de lo contrario tendremos contradicciones: dentro del mismo sistema, por la deficiente tutela de los derechos de la personalidad o fundamentales (si Nipperdey, el ilustre defensor de la *Unmittelbare Drittwirkung*, viviese, y contemplase esto «¡se volvería a morir!»), y contradicciones con la comunidad al tener derechos tan exigibles como una deuda prescrita. Ello nos lleva a reconocer, como lo hace un siempre ingenioso observador, –y con lo cual finalizamos este trabajo– que «siempre se ha discutido sobre lo justo y lo injusto, pero lo que no cabe duda, es que un derecho incoherente, es un derecho injusto»⁽¹¹¹⁾.

in re ipsa, sin perjuicio de la apreciación en concreto de perjuicio sufrido (LEÓN, *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit., pp. 832 y 833).

⁽¹¹¹⁾ BULLARD, Alfredo, «Un mundo sin propiedad», en *Derecho PUCP*, N° 45, Lima, 2003, p. 157.