



El derecho a probar en el procedimiento de investigación y sanción del hostigamiento sexual: ¿una garantía recortada?

The right to proof in the investigation and sanction procedure for sexual harassment: a shortened warranty?

Luis Martín Bravo Senmache^{[*][**]}

Resumen: con base en la teoría general del proceso, la investigación determina que en el Procedimiento de Investigación y Sanción del Hostigamiento Sexual (PISHS) es identificable la estructura del contradictorio, por lo que su naturaleza es la de un proceso. Sin embargo, la revisión del tratamiento normativo que el PISHS ha dedicado al derecho a la prueba de la parte acusada pone en evidencia que, en la estructura de dicho proceso, el contradictorio no ha sido implementado más que parcialmente, dado que su dimensión sustancial (específicamente, el poder de influencia) no ha sido cabalmente asegurada a favor del presunto/a hostigador/a. Dos escenarios se erigen como posible solución al problema: uno a través de la vía de hecho (preferencia del principio del debido proceso) y otro mediante la reforma legislativa del art. 17.2 del reglamento.

Palabras claves: derecho a probar, debido proceso, dimensión sustancial del contradictorio, hostigamiento sexual en el centro de trabajo.

Abstract: based on the general theory of the process, the investigation determines that in the Investigation and Sanction Procedure for Sexual Harassment (PISHS) the struc-

[*] Bachiller en Derecho por la Universidad Señor de Sipán (Chiclayo, Perú). Asociado en Palomino Guerra Abogados SRL. Investigador con estudios de especialización en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Salamanca (España). Miembro activo de la Comisión de Derecho Laboral de la Sociedad Peruana de Derecho. Miembro fundador de la Escuela Filoneísta de Derecho (EFIDE). Contacto: martinbravo.eca@gmail.com

[**] Una versión primitiva del presente estudio fue publicada con anterioridad en la Revista del Derecho Laboral, Vol. 1, Núm. 1, pp. 29-33.

ture of the contradictory is identifiable, so its nature is that of a process. However, the review of the normative treatment that the PISHS has dedicated to the right to proof of the accused party shows that, in the structure of said process, the contradictory has only been partially implemented, given that its substantial dimension (specifically, the power of influence) has not been fully secured in favor of the alleged harasser. Two scenarios are erected as a possible solution to the problem: one through the *facto route* (preference for the principle of due process of law) and the other through the legislative reform of the art. 17.2 of the reglament.

Key words: right to prove, due process of law, substantial dimensión of the contradictory, sexual harassment at the workplace.

I. INTRODUCCIÓN

Se admite en la doctrina científica que no fue sino hasta la década de 1980 que, a fuerza de investigaciones provenientes de la Psicología, la Sociología y la Psiquiatría, se tomó conciencia real de la existencia de ciertas *patologías de las relaciones laborales*, y fundamentalmente, de las consecuencias que estas suponen en, por un lado, los sujetos involucrados (trabajador y empleador) y, por otro, en el sistema productivo mismo^[1].

El mérito de estos aportes —todos, por cierto, de origen escandinavo— radica en haber calificado, por vez primera, como *actos de violencia*, conductas que tradicionalmente

fueron comprendidas como situaciones con-naturales a las relaciones de trabajo, indignas de ser estudiadas en forma independiente, y mucho menos con rigor científico.

Así, voces como *mobbing*, *bullying*, hostigamiento y acoso laborales^[2], entre otras más, fueron introducidas, con su respectivo trasfondo negativo, a los distintos ordenamientos jurídicos.

Se le ha atribuido a factores como la flexibilización del mercado, de la organización del trabajo o en fin de la liberalización del comercio, el origen de estas nuevas formas de violencia en el seno de las relaciones de trabajo^[3].

Sin embargo, como expone doctrina mexicana, parece más exacto sindicarse una variedad

[1] Además de los daños a la salud de la víctima, este tipo de problemas «también afecta a la esfera económica de la organización empresarial, provocando un mayor nivel de absentismo, así como una disminución de la calidad, eficiencia y productividad empresarial» (De Miguel y Prieto, 2016, p. 41).

[2] Aunque poseen caracteres similares, la normativización de estos fenómenos les ha dotado de ciertas peculiaridades, a base de las cuales se pueden ofrecer las siguientes diferencias. El acoso sexual es un delito sancionado por el derecho penal (art. 176-B del código penal peruano), mientras que el hostigamiento sexual laboral es una figura regulada por su propia normativa (Ley 27942 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 014-2019-MIMP), y que consiste en un «comportamiento sexual que pueda resultar perjudicial para las condiciones o perspectivas de trabajo de la víctima o que conforme un ambiente de trabajo hostil, intimidatorio o humillante» (Baylos y Terradillos, 1997, p. 200) A diferencia del hostigamiento, para que exista acoso sexual se precisa de una conducta reiterada. El *mobbing* o acoso psicológico laboral es, por su parte, una forma de interacción social mediante la cual un individuo es atacado sistemática y duraderamente por uno o más sujetos, provocando en aquel indefensión y riesgos de expulsión (Leymann, 1996 citado por Molero, 2008). Esta figura, que permanece ajena al ordenamiento laboral peruano, requiere también de comportamientos reiterados para su configuración.

[3] Posición defendida, aunque con referencia exclusiva al *mobbing*, por Molero, M. (2008). El acoso psicológico (*mobbing*) en la legislación laboral peruana: El desarrollo de un concepto. *Revista Lus et Veritas*, Vol. 18. Núm. 36, pp. 340-365.

de factores de diversa índole como los responsables de la emergencia de estos fenómenos, así como de su relevancia y visibilidad. Morales (2016) identifica, en este sentido, al menos cuatro elementos determinantes: a) las diversas investigaciones al respecto; b) el desarrollo de los derechos fundamentales en el trabajo; c) las leyes sobre la materia; y d) la consideración de esta problemática como un riesgo que puede desembocar en enfermedades.

Con todo, el *boom* de las investigaciones sobre los (ahora reconocidos como) *riesgos psicosociales* y la alarmante gravedad de sus resultados, justificaron^[4] en los países europeos —y luego, con cierta timidez en los americanos—, la progresiva construcción de andamiajes normativos que proveyeran a las víctimas de estos fenómenos, instrumentos de reacción y defensa; y en cuanto a los empleadores, mecanismos de sanción contra los sujetos culpables, pero fundamentalmente, procedimientos de prevención, habida cuenta del carácter pluriofensivo del asunto, que a menudo proyecta efectos negativos irreversibles en la parte aquejada.

Fue en este contexto que en febrero de 2003 el Estado Peruano promulgó la Ley 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual^[5] (en adelante, LPSHS), norma que a pesar de haber sido fustigada por diversas modificatorias, ha sabido superar la prueba del tiempo.

Los más recientes cambios a la Ley, introducidos por el Decreto Legislativo 1410, justificaron la derogatoria del Reglamento de la LPSHS —originalmente aprobado por el Decreto

Supremo 010-2003-MIMDES—, y la entrada en vigencia, en julio de 2019, de su normativa reemplazante, el Decreto Supremo 014-2019-MIMP, que, entre otras razones, destaca por haber establecido un nuevo Procedimiento de Investigación y Sanción del Hostigamiento Sexual (en lo sucesivo, PISHS), uno que, por cierto, no se encuentra exento de defectos que parecen haber sido inadvertidos por los estudiosos y operadores de la disciplina laboral.

La situación problemática de la que ha partido la investigación se identifica con la precaria regulación normativa del derecho a probar en el PISHS. En el presente estudio se habrá de exponer, pues, las razones por las que el presunto/a hostigador/a encuentra, en el proceso aludido, una notoria vulneración a su derecho a la prueba, y, en términos generales, a su derecho al debido proceso, incluso a pesar de que el propio Reglamento ha contemplado, entre sus principios, la vigencia cabal de esta garantía (art. 4, lit. g).

II. DESARROLLO

2.1. Premisa: la aplicabilidad y adecuación de las garantías del debido proceso en ámbitos no judiciales

Que se le reconozca al proceso una finalidad instrumental —la tutela de los derechos sustantivos— implica aceptar, en contrapartida, que para la legitimidad y validez de su acto final es necesario que sus participantes —acusado y acusador— hayan gozado de ciertas garantías mínimas durante el trámite del mismo.

[4] En la concientización de este problema social no puede soslayarse el papel desempeñado por movimientos, como el feminista, de cuyos reclamos deja constancia una parte sensible del articulado del Reglamento vigente (principios rectores y enfoques de interpretación). Desde el terreno del derecho penal, reflexiona Muñoz Conde: «[p]arece más ponderado entender que el origen de la opción legal [de regular normativamente el acoso sexual] se encuentra en positivas y fundamentadas reivindicaciones ubicadas en el feminismo» (Baylos y Terradillos, 1997, p. 200). La regulación de las figuras similares (vid. supra nota 2) también puede incluirse en esta especulación.

[5] Hasta entonces el tema había sido regulado, naturalmente en forma general, por el Decreto Supremo 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

El *debido proceso* se figura, en este esquema, como el continente de estas garantías.

Aunque su «hábitat natural» es ubicable en el fuero judicial^[6], el debido proceso ha ido, al amparo de las autorizaciones jurisprudenciales, extendiendo sus territorios de aplicación normativa^[7] a horizontes antes inexplorados, como la sede administrativa^[8] y aun las relaciones jurídicas privadas^[9], como las del arbitraje, las sociedades civiles y mercantiles y, desde luego, las relaciones laborales.

Esta conquista territorial encuentra su justificación no solo en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, sino también —y esta es la razón fundamental— en la aquí llamada «genética» del proceso, tesis cuya exposición precisa de una contextualización previa, que se ofrece a continuación.

En la práctica forense es usual escuchar, menos por convicción que por costumbre, y acaso por ignorancia, que las voces *proceso* y *procedimiento* representan campos de aplicación normativa distinta e irreconciliable, cuyas sendas reglas autónomas tornan imposible una comprensión unitaria de ambos conceptos.

Cual trofeo de batalla, el derecho administrativo (especialmente en el plano adjetivo) se ha adjudicado con sorprendente felicidad el término *procedimiento*, y con cierto egoísmo

sus operadores se han privado de utilizar, en su reemplazo, consintiendo una sinonimia, el vocablo *proceso*. (El uso impropio de la voz «procedimiento administrativo», difundido y legitimado por los numerosos tratados que sobre tal materia se publican regularmente en el Perú ha sido en parte responsable de consolidar esta confusión terminológica. Se reconoce, sin embargo, que el empleo tradicional del término no ha sido caprichoso, sino que solo ha buscado respetar los criterios de la doctrina clásica imperante en el medio nacional).

Sin embargo, con el auxilio de moderna y autorizada doctrina es posible cuestionar esta realidad.

Desde su teoría general, el proceso se concibe como un *acto jurídico complejo*, esto es, uno compuesto por *una serie de actos jurídicos que se suceden ordenadamente en el tiempo*.

A diferencia de los *procedimientos* —cuyos elementos configuradores se limitan a los previstos en la definición antes expuesta—, los *procesos* gozan de una singularidad: *la existencia permanente y transversal en ellos del contradictorio*^[10]. Por esta razón «[s]e puede hablar del *procedimiento* como un género del cual el *proceso* sería una especie. En ese sentido, el *proceso* es el *procedimiento* estructurado en contradictorio» (Didier, 2015, p. 94).

[6] De esta posición es el Tribunal Constitucional del Perú. Vid., al respecto, la sentencia recaída en el Exp. 7569-2006-AA, f.j. 6.

[7] También llamada «vocación expansiva» del debido proceso. La expansión, vale precisar, se refiere únicamente a los campos de aplicación, no al contenido del derecho mismo.

[8] «El derecho al debido proceso [...] también es aplicable en el ámbito de los procesos administrativos, que tiene su formulación legislativa en el artículo IV, numeral 1.2 del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General» (STC Exp. 7569-2005-AA, f. j. 6).

[9] «Asimismo, el debido proceso también rige para las asociaciones cuando estas ejerzan el derecho disciplinario sancionador» (STC Exp. 733-2005-AA, f. j. 7); «[Es procedente el control constitucional] cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.) (STC Ex. 4972-2006-AA, f. j. 17).

[10] En la investigación, el concepto de contradictorio, antes de relacionarse con los principios del proceso, se entiende como una «forma histórica de diseñar un proceso» (Alfaro, 2014, p. 65).

En términos generales, allí donde se asegure la posibilidad de exponer cargos y descargos, de ofrecer pruebas y contrapruebas, o en fin, de oponer una pretensión a otra distinta e incompatible, el contradictorio es manifiesto, y por consiguiente se está frente a un auténtico proceso y no ante un procedimiento^[11].

Que su estructura garantice una participación necesariamente bilateral es característica esencial de la genética del proceso, y es, al propio tiempo, su punto más sensible, dado que le exige, a fin de irradiar con validez y legitimidad todo su trámite, altísimos estándares de igualdad y libertad en la intervención de los sujetos del proceso.

De ahí que reducir, injustificada y desproporcionadamente, las posibilidades de actuación de cualquiera de los sujetos del proceso —posibilidad está que, en los procesos no judiciales es señaladamente más elevada por existir una cierta «autonomía» en el diseño del trámite— constituya un impedimento para la obtención de un acto final válido; o, en términos equivalentes, represente un «acto de tiranía» (Didier, 2015, p. 66) en contra de uno de los involucrados.

Por tanto, si ha habido una conquista de nuevos territorios de aplicación normativa del debido proceso es porque a través de la jurisprudencia se ha comprobado que en estos campos también se gestan verdaderos procesos. Luego, la extensión de la especial tutela (y requerimientos) que estos traen consigo, no es más que consecuencia directa de la verificación.

Inquieta ahora a la investigación determinar el grado de rigurosidad con que habrán de aplicarse las garantías del debido proceso en estas tierras extranjeras.

Cierta doctrina nacional ha defendido, aunque refiriéndose únicamente al proceso administrativo de la Ley 27444, que «no es necesario que en la etapa administrativa se agoten todas y cada una de las garantías que luego serán aplicables en la vía judicial» (Huapaya, 2015, p. 158); en una palabra: que este ámbito no debe «hiperventilarse».

Los postulados de esta tesis despiertan algunos cuestionamientos.

Con la licencia del recuerdo —«donde hay un derecho, debe haber un instrumento adecuado para su protección» (Ávila, 2012, p. 310)— es de defender que en los procesos no judiciales ha de procurarse una observancia *igualmente rigurosa, aunque con cierta adecuación*, de las garantías del debido proceso propias de la sede judicial.

Razones jurídicas y económicas dan sustento a esta postura.

Por ejemplo —ya entrando al ámbito de la investigación— en el plano de las relaciones laborales, la propia Constitución Política establece que ninguna relación de trabajo puede desconocer ni rebajar la dignidad del trabajador (art. 23).

Por sí mismo este mandato fundamental justifica que en el diseño de, *v. gr.*, un proceso

[11] Para una exposición más detallada de la tesis aquí compartida, vid. —sin ánimo exhaustivo— Didier, F. (2015). Curso do direito procesual civil: introdução ao direito procesual civil, parte geral e processo de conhecimento. Décimo sétima edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, pp. 30-33, 78-85; Oliveira, de, Z. (2011). Devido proceso legal: contraditório (trinômio informação, reação e consideração) e o novo CPC. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. VII, pp. 205-220. Souza, S., Romualdo, K. y Abreu, M. (2014). A natureza jurídica do processo e sua essência: o contraditório. Revista Acadêmica. Vol. 86, Núm. 1, pp. 36-69. Para una postura en discordia, vid. Veiga, M. (2012). A evolução do contraditório: A superação da teoria do proceso como relação jurídica e a insuficiência da teoria do proceso como procedimento em simétrico contraditório. Revista 2012.1 – Professora Marília Muricuy Machado Pinto, pp. 165-193; y para una visión menos compleja de la relación proceso-procedimiento, vid. Nieva, J. (2014). Derecho procesal I (Introducción). Madrid: Ed. Marcial Pons, pp. 62-65.

disciplinario —o, como se verá posteriormente, un trámite de investigación y sanción del hostigamiento sexual laboral—, se deba garantizar un debido proceso a favor tanto de la presunta víctima como del presunto/a hostigador/a, más aún porque la efectividad de sus resultados puede significar, a la postre, que el conflicto de intereses no desemboque en las orillas del aparato judicial, ahorrando con ello tiempo, esfuerzo y dinero (razón económica).

Contribuir a la eficacia de los procesos no judiciales, garantizando el rigor en la aplicación de las garantías del debido proceso^[12], no solo habrá de incidir en la resolución de los conflictos allí suscitados, sino que también repercutirá —y positivamente— en el sistema de administración de justicia mismo, evitando (o aumentando la probabilidad de evitar) el incremento de la ya sobrecargada labor del Poder Judicial. Por ello, a la «hiperventilación» de los procesos no judiciales, antes que denuncias, deben dirigirse esfuerzos de legitimación.

Se ha escrito sobre una aplicación rigurosa pero también adecuada de las garantías del debido proceso a los procesos no judiciales.

Siguiendo doctrina brasileña, un proceso será *justo* (debido) cuando los actos practicados en él «fuesen proporcionales y razonables al ideal de protectividad [*sic*] del derecho alegado» (Ávila, 2012, p. 311). Así, se reconoce que la presencia de un juez natural e imparcial sea «un elemento *adecuado* y *necesario* [énfasis agregado] para la protección de un derecho, pues sin él las alegaciones y las pruebas producidas no serán evaluadas a modo de demostrar la realización o restricción del derecho» (Ávila, 2012, p. 311).

La adecuación también implica contemplar el terreno en que habrán de importarse las garantías del debido proceso.

No sería posible, a manera de ejemplo, defender la estructuración de un proceso recursivo en administraciones públicas como una Municipalidad, en donde la figura del Alcalde representa, *necesariamente*, la única instancia de reclamo. Tampoco sería procedente reclamar igualdad de actuación en procesos cuyos sujetos parten de un natural desequilibrio que debe ser corregido, como es el caso de los procesos laborales regulados en la Ley 29497.

Tanto la imposibilidad de ejercitar el derecho a la pluralidad de instancia, como el tratamiento diferenciado de las partes de un proceso laboral, ponen en evidencia que no todo recorte a los derechos procesales contamina de injusticia un proceso; solo aquellos recortes *injustificados* determinarán esta situación.

II. LA «GENÉTICA» DEL PISHS. IMPLICANCIAS DE LA VERIFICACIÓN DEL CONTRADICTORIO EN SU ESTRUCTURA

Expuestas ya las bases teóricas de la investigación, corresponde determinar si en la genética del PISHS es identificable la estructura de un proceso, o si, tal como ha razonado el legislador, a juzgar por el *nomen iuris* de la Ley, se trata de un procedimiento. En buena cuenta, el ejercicio de verificación que se ofrece iluminará nada menos que la naturaleza jurídica del PISHS.

De acuerdo a lo previsto en el Reglamento de la LPSHS, en la etapa de investigación del procedimiento (general), el órgano encargado de recabar información sobre la denuncia

[12] Se admite, sin embargo, que asegurar la aplicación cabal pero adecuada de las garantías del debido proceso en los ámbitos no judiciales no es garantía de que el conflicto de intereses sea efectivamente resuelto. Acaso solo se aumenten las posibilidades de que este escenario se configure. Con todo, aún es posible rechazar que si bien en la práctica la tramitación de la vía previa (vía administrativa) representa una carga para gran parte de los sujetos involucrados en el proceso, también lo es que tal panorama no justifica en modo alguno, abandonar este ámbito de aplicación normativa. Que la realidad sea desfavorable, antes que desalentar propuestas de mejora, debe motivarlas con más empeño.

(comité de intervención), «otorga a el/la quejado/a o denunciado/a un plazo para formular sus descargos» y a este/a se le deberá permitir, como mínimo, conocer «los hechos imputados, presentar sus descargos y tener la posibilidad de presentar los medios probatorios que considere convenientes» (art. 19). En la etapa de sanción, del mismo modo, se habrá de trasladar «el informe [que emite el comité] a el/la quejado/a o denunciado/a (...) para que, de considerarlo pertinente, presenten sus alegatos». (art. 20.2)

Con referencia al procedimiento diseñado para el sector privado, el Reglamento exige que el comité, dentro del plazo de que goza para la elaboración de su informe, asegure al/la quejado/a o denunciado/a la formulación de sus descargos (art. 29.5); y que una vez recibido el informe, el órgano sancionador ponga el documento en conocimiento del sujeto procesado para que este, de considerarlo pertinente, emita sus alegatos. (art. 29.6)

Como se aprecia, un examen superficial del PISHS permite vislumbrar, en la estructura de su trámite, la presencia del contradictorio.

Y es que la intervención de los sujetos es frontal y permanentemente opuesta: la denuncia formulada por la presunta víctima permite (la sola posibilidad configura el contradictorio) el desencadenamiento de una serie de actuaciones de defensa por parte del/a imputado/a que se extenderán hasta la emisión del acto final, la resolución de sanción. Que el/la investigado/a ejercite o no efectivamente sus derechos de defensa es cuestión secundaria,

irrelevante por lo demás en el análisis de la genética del PISHS.

Se concluye, pues, que por sus características estructurales, el PISHS constituye un verdadero proceso.

Sin embargo, esta no es más que una conclusión preliminar. Sabedora la investigación de que en el PISHS se encuentra presente el contradictorio, importa determinar *cuánto* de este hay en aquel, y qué consecuencias implica esta determinación.

2.1. La satisfacción parcial del contradictorio en el PISHS. Incidencia en el derecho a probar de la parte acusada

Que las partes del PISHS sean capaces de comunicar sus alegatos, de ser oídas, en fin, de participar en el proceso, solo satisface *parcialmente* las exigencias del contradictorio.

Didier (2015) resalta que junto a esta *dimensión formal*, se encuentra la *dimensión sustancial*^[13] del contradictorio, la que se materializa en el establecimiento de condiciones que permitan a los sujetos procesales *influir* al órgano resolutor^[14]:

Si no es conferida la posibilidad de la parte a influir la decisión del órgano jurisdiccional —y ese es el *poder de influencia*, de interferir con argumentos, ideas, alegando hechos— la garantía del contradictorio se verá afectada. Es fundamental percibir esto: el contradictorio no se efectiviza apenas con que la parte pueda ser oída; se exige una participación con la posibilidad,

[13] Una descripción analítica de ambas concepciones puede encontrarse en Alfaro, L. (2014). El principio de audiencia: Evolución e influencia en el proceso civil. Madrid: Ed. J. M. Bosch, pp. 87-100.

[14] Para Alfaro (2014), el poder de influencia es una garantía incluida en el contenido esencial del principio de audiencia, y además de concernir a las partes («[s]e trata del derecho atribuible a los destinatarios del principio de audiencia [referido a] la capacidad de influir en la formación de decisiones judiciales emitidas en todas las fases del procedimiento y en particular en la decisión final», p. 118), atañe también —y directamente— al juzgador del proceso («[d]e nada serviría que el legislador fije reglas procesales para un adecuado y tempestivo traslado de información y propicie la participación de las partes, si es que las alegaciones o pruebas no son consideradas seriamente por el juez», p. 120).

conferida a las partes, de influenciar el contenido de la decisión. (p. 79)

A la luz de estas ideas, corresponde verificar en qué grado el PISHS ha establecido el poder de influencia de la parte acusada. Y a este efecto resulta pertinente el estudio del art. 17.2 del Reglamento.

De acuerdo con este dispositivo normativo, una vez recibida la denuncia, la presunta víctima deberá gozar de atención médica y psicológica, que habrá de dictar a su favor, de oficio, el órgano receptor de la queja. El informe que resulte de la intervención médica, física y mental o psicológica solo podrá ser incorporado al proceso (se entiende, en calidad de medio de prueba) *si el/la denunciante así lo disponga*.

Esta disponibilidad probatoria, que a buen seguro encuentra su respaldo normativo en la «parte ideológica» del Reglamento^[15], motiva algunas reflexiones.

En primer lugar, debe resaltarse que la generación del informe se da necesariamente dentro del proceso (el PISHS inicia con la sola formulación de la denuncia), por lo que, en principio, su contenido debe verse irradiado por el principio de publicidad. Secundariamente, ha de enfatizarse que el informe, *si llega a existir*, es porque así lo ha deseado expresamente la víctima. Repárese en que el PISHS solo contempla la posibilidad de *incorporar* el informe al proceso (es decir, toma por sentado que el mismo siempre existirá), pero una lectura sistemática del Reglamento de la LPSHS, especialmente desde su «parte ideológica», permite concluir que aunque los exámenes médicos, psicológicos y psiquiátricos se ordenan de oficio a favor de la presunta víctima, esta puede oponerse a su práctica, y el informe, en consecuencia, podría no llegar siquiera a existir. (En este supuesto, desde luego, la tesis aquí defendida no sería aplicable.)

Se observa pues, que la voluntad de la parte denunciante es determinante tanto para la generación del informe como para su posterior incorporación al proceso en calidad de medio de prueba. Es decir, la presunta víctima ve garantizadas a cabalidad las facultades que le provee el derecho a la prueba: generar, conocer y ofrecer voluntariamente elementos probatorios que acrediten sus alegaciones y produzcan convicción al juzgador.

El problema se observa nítidamente al contrastar esta realidad con la del presunto/a hostigador/a. Y es que para el/la denunciado/a, con respecto al informe, no existe posibilidad alguna de ejercitar el derecho a la prueba: de ordinario no podrá conocer el contenido del informe, a menos que la presunta víctima lo haya incorporado al proceso como material probatorio. Tampoco podrá influir en la incorporación del documento al proceso, dado que si la presunta víctima excluye al informe del PISHS, este jamás habrá de ser conocido por el/la denunciado/a, con lo que, por un lado, el principio de publicidad de la prueba y, por otro, el derecho a ofrecer pruebas, pierden toda vigencia.

A decir de Nieva (2014), el derecho a la prueba también implica que «el litigante pueda aportar evidencias que justifiquen lo que dice [o a lo que se opone], trayendo al proceso la realidad acaecida fuera del mismo» (p. 150). En el caso del PISHS, el informe, al ser reflejo fiel y verosímil de los hechos ocurridos fuera (antes) del proceso, coadyuvaría notablemente en la determinación de la existencia o inexistencia del hostigamiento sexual laboral, incluso en niveles indiciarios.

Y es que en el proceso se «supone que el litigante pueda valerse de cualesquiera vestigios de los hechos que sirvan para demostrar que tiene razón» (Nieva, 2014, p. 150), más aún porque, como recuerda clásica doctrina

[15] Con el «enfoque centrado en la víctima» (art. 5, lit. f del Reglamento), la voluntad de la presunta víctima adquiere una especial relevancia para quienes intervengan en los casos de hostigamiento sexual.

procesalista, «el buen resultado [del proceso] depende de que el juez tenga a su disposición las pruebas necesarias para la valoración de los hechos jurídicos relevantes para la composición de la litis [énfasis agregado]». (Carnelutti, 1950, p. 261)

De íntima relación con el derecho a probar es el «principio de paridad de armas», que directamente nutrido por el derecho a la igualdad (Const., 1993, art. 2), da cobijo a cuatro aspectos: la imparcialidad del juez, la igualdad en el acceso a la justicia, la reducción de las desigualdades que dificulten el acceso a la justicia y, especialmente relevante a esta investigación, la igualdad en el acceso a las informaciones necesarias para el ejercicio del contradictorio. (Didier, 2015)

Marinoni (Mitidero, D. et al, 2018) complementa, en este sentido, que «[e]l proceso solo puede ser considerado justo si las partes disponen de las mismas oportunidades y de los mismos medios para participar en él. Vale decir: si disponen de las mismas armas» (p. 103). Por ello, «[e]s inadmisibles que [...] las partes tengan oportunidades asimétricas a lo largo del proceso». (p. 103)

Dado que en el PISHS solo la parte denunciante goza del derecho a conocer el contenido del informe y de poder ofrecerlo como medio de prueba, es evidente que en este pro-

ceso el deseado plano de igualdad del que deberían partir sus involucrados no se ha configurado adecuadamente, lo que permite constatar la existencia de un recorte al derecho a probar del presunto/a hostigador/a.

Luego, el recorte deviene en injustificado porque no existe razón legal válida que lo legitime: la especial protección hacia la víctima no autoriza el desconocimiento de garantías básicas constitucionales de todo proceso, más aún si se atiende a que la condición de víctima se adquiere únicamente cuando una resolución debidamente fundada en derecho así lo determina; hasta entonces solo se está frente a una presunta lesión de derechos, es decir, frente a una *presunta víctima*.

Esta vulneración al derecho a probar que asiste al acusado/a —lo que jurisprudencia constitucional colombiana^[16] llamaría el *derecho al debido proceso probatorio*— es aún más perjudicial si se recuerda que el informe contiene nada menos que información científica y oportunamente recabada (los exámenes se ordenan dentro de un día hábil de formula-da la denuncia) que constituiría prueba idónea para que el órgano juzgador tome conocimiento de primera mano sobre la consistencia de los hechos materia de la denuncia^[17].

Debe la investigación admitir que cierta doctrina extranjera ha sugerido, partiendo del

[16] De valioso contenido teórico es la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-1270 de 2000, en donde, partiendo del art. 29 de la Constitución de dicho país, se estableció que: «[e]l derecho a la prueba [incluye] el derecho a presentar y solicitar aquellas que se opongan a las pretensiones de quienes buscan desvirtuar la presunción de su inocencia» (núm. 3.5.5.1); que la actividad probatoria «incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite» (núm. 3.5.5.1); que es posible exigir tutela «cuando no hay ningún examen probatorio, o cuando se ignoran algunas de las pruebas aportadas, o cuando se niega a una de las partes el derecho a la prueba» (núm. 3.5.5.2). Con esta base, el tribunal expone el catálogo de garantías incluidas en el debido derecho probatorio: i) el derecho a presentar y solicitar pruebas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en contra de un procesado; y iii) el derecho a la publicidad de la prueba, «pues de esta manera se asegura el derecho a la contradicción» (núm. 3.5.5.3).

[17] No se defiende, lógicamente, que el acceso al informe y la disposición del mismo por parte del presunto/a hostigador/a suponga necesaria y automáticamente la probanza cabal de su inocencia; esta solo podrá ser declarada por el órgano sancionador luego de que el estudio pormenorizado de todas las pruebas que las partes incorporen al PISHS así lo justifique.

enormemente amplio y variado abanico de conductas que pueden considerarse hostiles y configurar acoso moral (*mobbing*) —se entiende que su razonamiento abarca también a figuras similares, como el hostigamiento sexual en el centro laboral—, que la determinación de la existencia de tal fenómeno psicosocial no precisa calificación médica. (Ruiz citado por Molero, 2008, n. 27)

Esta postura —que podrá ser más rigurosamente abordada por las ciencias de la Psicología o la Psiquiatría— no es compartida en este estudio, al menos desde la perspectiva procesal, toda vez que al encontrarse en juego nada menos que la vigencia de un derecho fundamental (el derecho al trabajo que asiste tanto a la presunta víctima como al presunto/a hostigador/a), la probanza razonable o mínima de los hechos materia de acusación (a base del informe médico o de cualquier otro elemento probatorio) no solo se encuentra justificada sino que es completamente indispensable en el PISHS. Esta probanza, desde luego, es un requisito para dotar de legitimidad la resolución de sanción.

Con todo, al amparo de la lógica convencional, un informe de esta naturaleza solo podría ser rechazado por el/la quejoso/a si su contenido resulta desfavorable a la probanza de sus acusaciones, es decir, que en el examen profesional no se ha podido dejar constancia —o se la ha dejado en términos distintos a los esperados— de la existencia de perjuicio físico o psicológico alguno en su contra.

En un escenario procesal ordinario, tal conducta podría justificar que el juzgador infliera sobre la veracidad de los hechos materia de denuncia —naturalmente a favor del presunto/a hostigador/a y en contra de la parte acusadora—, lo que podría, de algún modo, «subsana» la incapacidad del/a procesado/a de poder valerse del informe.

Sin embargo, ha de recordarse que el PISHS se ha erigido sobre un terreno de muy accidentada geografía —la aquí llamada par-

te ideológica del Reglamento—, que impide al juzgador encontrar equilibrio y efectuar este tipo de ejercicios deductivos, a menos que ellos puedan favorecer a la presunta víctima de hostigamiento sexual laboral.

La total imposibilidad de la parte acusada de relacionarse con el informe médico pone en evidencia que la estructura contradictoria del PISHS es precaria. El legislador ha establecido un diseño procesal en donde el poder de influencia del presunto/a hostigador/a, derivado del poder sobre el documento antes señalado, es *natural y legítimamente inferior* al de la presunta víctima, hecho que colisiona frontalmente con las exigencias de igualdad y libertad que, con respecto a las partes, deben garantizarse a fin de que un proceso pueda calificar como justo, y que desconoce el principio del debido procedimiento que el propio Reglamento ha incluido en su articulado.

2.2. Hacia una crítica constructiva: dos posibles soluciones para un mismo problema

No toda labor crítica es digna de mérito, y más aún en el plano jurídico, donde los problemas necesitan ser resueltos, y no solamente denunciados. Una crítica reconocible es aquella que procura su fertilidad a través de propuestas constructivas. A tal fin apunta esta investigación.

En el PISHS se observa una colisión entre los principios y enfoques adoptados por el Reglamento. Por un lado rige el ya mentado «enfoque centrado en la víctima» (art. 5, lit. f), que complementado por el «principio de no revictimización» (art. 4, lit. l), dota de protagonismo la voluntad de la parte denunciante en el desarrollo de todo el trámite del proceso. Por otro lado, el «principio del debido procedimiento» —que según su tenor, garantiza que ambas partes de proceso puedan ofrecer y producir pruebas, y todo lo demás que incluya el contenido esencial del derecho a probar—, también

se encuentra en rigor, según se observa del art. 4, lit. g del Reglamento.

De acuerdo a qué principio prevalezca en el PISHS, dos escenarios son configurables.

Alegando una vulneración a su derecho a probar, a su derecho al debido «procedimiento» (respetando la terminología del Reglamento de la LPSHS) y potencialmente a su derecho al trabajo, el presunto/a hostigador/a podría requerir al órgano receptor de la denuncia y/o al comité de intervención y/o al órgano sancionador, información concerniente a la práctica de los exámenes (es decir, saber si estos se llevaron o no a cabo) y a sus resultados, incluso si la presunta víctima haya decidido no incorporar el informe al PISHS. El requerimiento se podría extender, incluso, a recibir una copia fiel del informe. En este caso, nuevamente por invocación de los derechos antes aludidos, la parte acusada podría ofrecer al comité de intervención y/o al órgano sancionador, el informe en calidad de medio probatorio. Este supuesto solamente procederá cuando, en el marco del PISHS, se le dé preponderancia al principio al debido proceso.

Por el contrario, si en el PISHS prevalecen los principios de favorecimiento a la presunta víctima, no es posible, tal como ahora mismo funciona dicho proceso, pretender cambiar el panorama desde una vía de hecho.

Esto significa que en aquel centro laboral donde, en el marco de un PISHS, se permita la incorporación del informe a pesar de la negativa de la presunta víctima, o que se permita el conocimiento de dicho documento por parte del presunto/a hostigador/a, se estaría desconociendo la «parte ideológica» del Reglamento, lo que terminaría —si se admite el vocablo— por viciar el proceso, al haber este sido desarrollado sin respetar la voluntad de la parte aquejada.

Por tal razón, la intervención legislativa se figuraría, en este segundo caso, como el remedio perfecto para la afección estructural del PISHS.

Sería pues, necesaria la modificación del art. 17.2 del Reglamento de la LPSHS en términos equivalentes a los que se ofrecen: «El informe que se emite como resultado de la atención médica, física y mental o psicológica será puesto a conocimiento de la presunta víctima y del presunto/a hostigador/a, quienes, en ejercicio voluntario de su derecho a la prueba, podrán incorporarlo al proceso en calidad de medio de prueba [Énfasis agregado]».

Todos los elementos cuya ausencia se ha denunciado en esta investigación reposan calmadamente en este reducido pero trascendental agregado de palabras.

En principio, se asegura la publicidad del informe al extenderlo, desde su generación, hacia ambas partes del proceso.

Por otro lado, al exigir un trato igualitario en el conocimiento de las partes del documento también se está asegurando el derecho a la igualdad (lo que, se vio, nutre el «principio de paridad de armas») de cada una.

Luego, al permitir que las partes voluntariamente incorporen el informe al proceso en calidad de medio probatorio, se está asegurando su derecho a la libertad y a la prueba. Con este añadido, el PISHS habría satisfecho la dimensión sustancial de su contradictorio, y con ello, subsanada su falencia estructural, por lo que su calificación como proceso justo ya sería procedente.

III. CONCLUSIONES

A la luz de las consideraciones expuestas, la investigación expone sus conclusiones:

Por la nítida presencia del contradictorio en su trámite, el PISHS constituye un auténtico proceso. Tal calidad le hace merecedor de recibir, en su celebración, las garantías del debido proceso, habida cuenta que ellas, a pesar de encontrar en la sede judicial su espacio nativo, han ido siendo exportadas en virtud de progresivas autorizaciones jurisprudenciales.

Ya que dichas garantías habrán de ser, si bien adecuadamente, aplicadas en el PISHS, el contradictorio debe verse garantizado a plenitud en la estructura de dicho proceso, a fin de que ambas partes del mismo intervengan en él con igualdad y libertad simétricas.

La revisión de la estructura del PISHS evidencia que el contradictorio ha sido diseñado precariamente, dado que, aunque sí se han satisfecho las exigencias de su dimensión formal (básicamente, el derecho a ser oído), con respecto al presunto/a hostigador/a la dimensión sustancial del contradictorio ha sido recortada severamente, al impedir de manera absoluta su acceso al informe médico (que se aplica a la presunta víctima por mandato del trámite del PISHS y no por voluntad de esta), documento que por su valioso contenido científico puede representar un medio de prueba de gran importancia para la defensa de los intereses del sindicado/a como hostigador/a.

De ahí que el poder de influencia de la parte acusada (dimensión sustancial del contradictorio) no se vea, en el PISHS, cabalmente asegurado. En consecuencia, puede afirmarse que este proceso ha contemplado (y legitimado) un tratamiento desigual, asimétrico y desequilibrado que perjudica el derecho a probar del presunto/a hostigador/a y, en términos generales, a las garantías mínimas del debido proceso.

Finalmente, una lectura sistemática del Reglamento de la LPSHS evidencia que en el PISHS existe un conflicto de principios y enfoques, el mismo que habrá de ser resuelto de acuerdo a la postura que las autoridades y personas involucradas en él adopten, es decir, a favor del debido proceso, o a favor de respetar la voluntad de la presunta víctima. Por la importante carga ideológica que reviste la estructura del PISHS es inviable resolver el problema, en el segundo caso, a través de la vía de hecho. Esto apunta a la reforma legislativa como la solución idónea a las dolencias que padece el estudiado proceso.

IV. REFERENCIAS

- Alfaro, L. (2014). *El principio de audiencia: Evolución e influencia en el proceso civil*. Madrid: Ed. J. M. Bosch.
- Ávila, H. (2012). ¿Qué es el debido proceso legal? (Trad. Renzo Cavani). *Gaceta Constitucional*, Núm. 57, pp. 307-315.
- Baylos, A. y Terradillos, J. (1997). *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Ed. Trotta.
- Carnelutti, F. (1950). *Instituciones del Proceso Civil. Vol. 1* (Trad. Santiago Sentís Melendo). Quinta edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- De Miguel, V. y Prieto, J. (2016). *El acoso laboral como factor determinante en la productividad empresarial: El caso español*. *Perspectivas*, Año 19. Núm. 38, pp. 25-44.
- Didier, F. (2015). *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Décimo séptima edición. Salvador: Ed. Jus Podivm.
- Didier, F. (2015). *Sobre la teoría general del proceso. Esa desconocida*. Primera edición. Lima: Ed. Científica Peruana SAC.
- Huapaya, R. (2015). *El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol. 2. Núm. 1, pp. 137-165.
- Mitidero, D. et al (2018). *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Ed. Palestra.
- Molero, M. (2008). *El acoso psicológico (mobbing) en la legislación laboral peruana: El desarrollo de un concepto*. *Revista lus et Veritas*, Vol. 18. Núm. 36, pp. 340-365.
- Morales, M. (2016). *Aproximación al Acoso Laboral desde la Legislación Comparada*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XLIX, Núm. 147, pp. 71-98.
- Nieva, J. (2014). *Derecho procesal I (Introducción)*. Madrid: Ed. Marcial Pons.