



**UNIVERSIDAD ARGENTINA  
JOHN F. KENNEDY**

**COORDINACIÓN DE POSGRADO EN DERECHO  
TESIS DE DOCTORADO**

**APLICACIÓN DEL § 1 DEL ARTÍCULO 818 DE LA  
CONSOLIDACIÓN DE LAS LEYES LABORALES  
BRASILEÑAS COMO REGLA GENERAL  
EN LOS CASOS DE ACOSO SEXUAL: RESPETO AL  
PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA.**

**NÚBIA OLIVEIRA DE SOUZA**

**BUENOS AIRES**

**2023**

NÚBIA OLIVEIRA DE SOUZA

**APLICACIÓN DEL § 1 DEL ARTÍCULO 818 DE LA CONSOLIDACIÓN  
DE LAS LEYES LABORALES BRASILEÑAS COMO REGLA  
GENERAL EN LOS CASOS DE ACOSO SEXUAL: RESPETO AL  
PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA.**

Tesis de Doctorado presentada a la Coordinación de Posgrado en Derecho de la Universidad Argentina John Kennedy, como requisito parcial para la obtención del título de Doctor en Derecho.

Orientador: Prof. Dr. Hector Karpiuk

Coorientador: Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

BUENOS AIRES

2023

## HOJA DE APROBACIÓN

La tesis de Doctorado, titulada “Aplicación del § 1 del artículo 818 de la consolidación de las Leyes Laborales Brasileñas como Regla General en los Casos de Acoso Sexual: respeto al Principio de la Dignidad de la Persona Humana”, producida por Núbia Oliveira de Souza, portadora del Documento de Identidad MX-XXX.XXX y Registro de Persona Física XXX.XXX.XXX-XX, Licenciada en Derecho por la Universidad Católica de Minas Gerais, especialista en Derecho Público por la Universidad Cândido Mendes, en Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, presentada a la Coordinación de Posgrado en Derecho de la Universidad Argentina John Kennedy (UK), como requisito parcial para la obtención del título de Doctorado, bajo la orientación del Profesor Doctor Hector Karpiuk, ha sido aprobada por la junta de admisión formada por:

Profesor Doctor Hector Karpiuk  
Director de tesis - UK

Profesor Doctor Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais  
Co-Director de tesis – Universidade de Itaúna (Brasil)

Profesora Doctora Marilina Miceli  
Profesora Doctora Maria del Carmen Piña  
Profesora Doctor Ricardo Secco  
Evaluadores Externos

Buenos Aires, 19 de octubre de 2023.

## **AGRADECIMIENTO**

Primeramente, a Dios, por los dones de la sabiduría y salud que posibilitaron esta conquista, especialmente en tiempos tan inciertos como los que estamos viviendo actualmente;

A mis padres por el apoyo y estímulo para que no desista, así como por la enorme contribución en la formación de los valores que me guían en la producción de esta tesis que mucho más allá de completar mis conocimientos, me han hecho reflexionar sobre la importancia de la dignidad humana; especialmente a mi marido e hijas que han acompañado mis momentos de ansiedad animando por mi victoria;

A la institución UJFK por la oportunidad y a mis profesores por las lecciones y orientaciones, principalmente, a mi orientador Doctor Karpiuk Hector y coorientador Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, que han permitido y han participado de esta realización más en mi vida;

A los compañeros de jornada del pasado y del presente por la compañía y por compartir experiencias personales y profesionales, y a todos los que de alguna manera han estado presentes en mi camino hasta aquí;

¡Gratitud!

“Justicia es conciencia, no una conciencia personal, sino la conciencia de toda la humanidad. Aquellos que reconocen claramente la voz de sus propias conciencias normalmente reconocen también la voz de la justicia”

*Alexander Solzhenitsyn*

¡A mi familia, con cariño!

“El principio debe tenerse en cuenta para interpretar la regla, no lo contrario.” Martins, 2009.

## RESUMO

O mercado de trabalho no Brasil e no mundo apresenta inúmeros desafios, e o assédio sexual surge como grande obstáculo para as pessoas mais vulneráveis, pois é um ato ilícito que viola a liberdade sexual como direito individual e a dignidade da pessoa humana. Esse crime é limitado pelas relações de trabalho nos termos do artigo 216-A do Código Penal brasileiro (CP), mas em termos processuais relativos ao Direito trabalhista, é o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que prevê a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova no caso de assédio sexual, segundo a decisão fundamentada do juiz mediador de cada caso em específico. O problema é que essa regra não exige a adoção desse instrumento legal de forma geral para os casos de assédio sexual, considerando hipossuficiente a vítima assediada, como tecnicamente faz o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em defesa do consumidor no processo civil. Este tema que é apresentado na presente tese tem como questão norteadora, saber como é possível tornar a distribuição dinâmica do ônus da prova regra geral para os casos de assédio sexual, considerando o parágrafo 1º, do artigo 818 da CLT, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (PDPH). O objetivo geral deste trabalho, portanto, foi propor uma alteração a este parágrafo, pela qual a aplicação da inversão do ônus da prova seja exigida em função da condição de hipossuficiência inerente à vítima de assédio sexual, a fim de facilitar a defesa de seus direitos fundamentais. A justificativa para sustentar tal proposição está exatamente na necessidade da justiça se flexibilizar às mudanças legais que se fazem exigir diante das novas perspectivas sociais que surgem com o tempo, com o intuito de aperfeiçoar a efetiva tutela jurídica a quem dela mais precise. A metodologia da pesquisa é científica, com investigação indutiva, finalidade teórico-aplicada, abordagem qualitativa, levantamento bibliográfico de dados, e com objetivos exploratórios que buscaram: (1) a análise dos princípios da boa-fé, cooperação, equidade, igualdade e o PDPH no âmbito de suas relações com a regra a ser alterada; (2) a investigação sobre os aspectos legais e as diretrizes da atuação jurídica que tratam do assédio sexual, bem como sobre a caracterização dos sujeitos participantes do fato típico em estudo, e da conduta em si; (3) a identificação das formas de vulnerabilidade que sustentam a condição de hipossuficiência da vítima na relação laboral; e (4) a exposição da proposta, a partir das peculiaridades das provas e seu ônus de produção no âmbito trabalhista. O resultado é estudo minucioso que visa fortalecer a adequada atuação da justiça.

**Palavras-chave:** Assédio sexual; hipossuficiência; ônus da prova; princípios.

## RESUMEN

El Mercado laboral en Brasil y en el mundo presenta inúmeros retos, y el acoso sexual surge como gran obstáculo para las personas más vulnerables, porque es un acto ilícito que viola la libertad sexual como derecho individual y la dignidad de la persona humana. Ese delito es limitado por las relaciones laborales en los términos del artículo 216-A del Código Penal brasileño (CP), pero en términos procesales relativos al Derecho laboral, es el artículo 818 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), que prevé la posibilidad de una distribución dinámica de la carga de la prueba en caso de acoso sexual, según la decisión fundamentada del juez mediador de cada caso en específico. El problema es que esta regla no requiere la adopción de ese instrumento legal de forma general para los casos de acoso sexual, considerando vulnerable la víctima acosada, como técnicamente hace el artículo 6, inciso VIII, del Código de Defensa del Consumidor (CDC), en defensa del consumidor en el proceso civil. Este tema que se presenta en la presente tesis tiene como cuestión orientadora, saber cómo es posible hacer la distribución dinámica de la carga de la prueba regla general para los casos de acoso sexual, considerando el párrafo 1, del artículo 818 de la CLT, en respeto al principio de la dignidad de la persona humana (PDPH). El objetivo general de este trabajo, por lo tanto, ha sido proponer una modificación a este párrafo, por la cual la aplicación de la inversión de la carga de la prueba sea exigida en función de la condición de vulnerabilidad inherente a la víctima de acoso sexual, con el fin de facilitar la defensa de sus derechos fundamentales. La justificación para sostener tal posición está exactamente en la necesidad de la justicia flexibilizarse a los cambios legales que se exigen ante las nuevas perspectivas sociales que surgen con el paso del tiempo, con el intuito de perfeccionar la efectiva tutela jurídica a quien más la necesite. La metodología de la investigación es científica, con investigación inductiva, finalidad teórico-aplicada, enfoque cualitativo, encuesta bibliográfica de datos, y con objetivos exploratorios que han buscado: (1) el análisis de los principios de la buena fe, cooperación, equidad, igualdad, y el PDHP en el ámbito de sus relaciones con la regla a ser alterada; (2) la investigación sobre los aspectos legales y las directrices de la actuación jurídica que tratan del acoso sexual, así como sobre la caracterización de los sujetos participantes del hecho típico en estudio, y de la conducta en sí; (3) la identificación de las formas de vulnerabilidad que sustentan la condición de vulnerabilidad de la víctima en relación laboral; y (4) la exposición de la propuesta, a partir de las peculiaridades de las pruebas y su carga de producción en el ámbito laboral. El resultado es estudio minucioso que busca fortalecer la adecuada actuación de la justicia.

**Palabras-clave:** Acoso sexual; vulnerabilidad; carga de la prueba; principios.

## ABSTRACT

The job market in Brazil and in the world presents numerous challenges, and sexual harassment emerges as a major obstacle for the most vulnerable people, as it is an illicit act that violates sexual freedom as an individual right and the dignity of the human person. This crime is limited by labor relations under article 216-A of the Brazilian Penal Code (CP), but in procedural terms related to Labor Law, it is article 818 of the Consolidation of Labor Laws (CLT), which provides for the possibility of dynamically distributing the burden of proof in the case of sexual harassment, according to the reasoned decision of the mediator judge in each specific case. The problem is that this rule does not require the adoption of this legal instrument in a general way for cases of sexual harassment, considering the harassed victim to be hyposufficient, as technically does article 6, item VIII, of the Consumer Protection Code (CDC) - Law 8.078/1990 in consumer protection in civil proceedings. This theme that is presented in this thesis has as its guiding question, how it is possible to make the dynamic distribution of the burden of proof a general rule for cases of sexual harassment, considering paragraph 1 of article 818 of the CLT, in respect of the principle of human dignity (PDPH). The general objective of this work, therefore, was to propose an amendment to this paragraph, whereby the application of the reversal of the burden of proof is required due to the condition of hyposufficiency inherent to the victim of sexual harassment, in order to facilitate the defense of their rights. fundamental. The justification for supporting such a proposition is precisely the need for justice to be flexible to the legal changes that are required in the face of new social perspectives that arise over time, in order to improve effective legal protection for those who need it most. The research methodology is scientific, with inductive investigation, theoretical-applied purpose, qualitative approach, bibliographic data collection, and with exploratory objectives that sought: (1) the analysis of the principles of good faith, cooperation, equity, equality and the PDPH within the scope of its relations with the rule to be amended; (2) investigation of the legal aspects and guidelines of legal action that deal with sexual harassment in the legal system, as well as the characterization of the subjects participating in the typical fact under study, and the conduct itself; (3) the identification of the forms of vulnerability that sustain the victim's condition of hyposufficiency in the employment relationship; and (4) the presentation of the proposal, based on the peculiarities of the evidence and its production burden in the labor sphere. The result is a detailed study that aims to strengthen the adequate performance of justice.

**Keywords:** Sexual harassment; hyposufficiency; burden of proof; principles.

## LISTA DE ABREVIATURAS

<i>SIDA</i>	<i>Acquired immunodeficiency syndrome</i> (Síndrome de Inmunodeficiência Adquirida)
<i>GPC</i>	<i>Account Planning Groups</i> (Grupo de Planificación de Cuentas)
APF	Administración Pública Federal
APN	Administración Pública Nacional
BOPE	Batallón de Operaciones Policiales Especiales
BPMSC	Batallón de la Policía Militar de Santa Catarina
C190	Convención 190
CC	Código Civil
CCE	Consejo de la Comisión Europea
CCJ	Comisión de Constitución y Justicia
CDC	Código de Defensa del Consumidor
CE	Comisión Europea
<i>CEDAM</i>	<i>Casa Editrice Dott. Antonio Milani</i> (Editora Dr. Antonio Milani)
CEE	Comunidad Económica Europea
CGU	Controladoria General de la Unión
CLT	Consolidación de las Leyes del Trabajo
RNIS	Registro Nacional de Informaciones Sociales
CPB	Código Penal Brasileño
CPC	Código de Proceso Civil
CPP	Código de Proceso Penal
CRFB	Constituição de la República Federativa de Brasil
CSJT	Consejo Superior de la Justicia del Trabajo
DL	Decreto-Ley
DUBDH	Declaração Universal de Bioética y Derechos del Hombre
ESAG	Escuela Superior de Administración y Gerencia
EVENT	Escala de Vulnerabilidad al Estrés en el Trabajo
FEB	Federación Espírita Brasileña
FMUSP	Facultad de Medicina de la Universidad de São Paulo

OP	Oficina de la Presidencia (subtítulo 2.2)
GP	Grupo de Planificación (subtítulo 2.4)
HC	Hospital das Clínicas
IBGE	Instituto Brasileño de Geografía y Estadística
INSS	Instituto Nacional de Seguro Social
Ipq	Instituto de Psiquiatría
JT	Justiça del Trabajo
LC	Ley Complementaria
LEP	Librería Editora Popular
<i>LGDJ</i>	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i> (Biblioteca de Derecho General y Jurisprudencia)
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo
MMFDH	Ministerio de la Mujer, la Familia y los Derechos Humanos
MP	Medida Provisoria
MPT	Ministério Público del Trabajo
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
DNDH	Defensoría Nacional de los Derechos Humanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPAS	Organización Panamericana de la Salud
PDPH	Principio de Dignidad de la Persona Humana
PEN	Poder Ejecutivo Nacional
PGT	Procuraduría General del Trabajo
PNPAT	Programa Nacional de Prevención de Accidentes de Trabajo
PNRS	Política Nacional de Responsabilidad Socioambiental
PNSST	Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo
PTS	Programa Trabajo Seguro
R206	Resolución 206
SIAM	Sistema Integrado de Atención a la Mujer
SISCOR	Sistema de Corrección del Poder Ejecutivo Federal
SDNDHA	Sistema de Defensoría Nacional de Derechos Humanos y Atención
SST	Seguridad y Salud en el Trabajo
STJ	Supremo Tribunal de Justicia

TDDCP Teoria Dinámica de la Distribución de la Carga de la Prueba

TJDFT Tribunal de Justicia del Distrito Federal y de los Territorios

TRT Tribunal Regional del Trabajo

TSF Tribunal Superior Federal

TST Tribunal Superior del Trabajo

UFMG Universidad Federal de Minas Gerais

UFRS Universidade Federal de Rio Grande do Sul

*UK United Kingdom*

(Reino Unido)

*UNESCO United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*

(Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura)

*EE.UU United States*

(Estados Unidos)

USP Universidad de São Paulo

UDESC Universidad del Estado de Santa Catarina

# SUMARIO

## 1 INTRODUCCIÓN

## 2 EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONALIZADO COMO GARANTÍA DE LA DIGNIDAD HUMANA: un análisis a la luz de los principios de procedimiento aplicables a la tesis

### 2.1 La constitucionalización del Derecho como etapa culminante del constitucionalismo

#### *2.1.1 El concepto de constitución*

#### *2.1.2 Concepto de constitucionalismo*

### 2.2 Panorama de la elaboración legislativa en derecho procesal en el Estado brasileño

### 2.3 El proceso constitucionalizado y vivido a la luz de la teoría de los derechos humanos, de los principios procesales y de los derechos fundamentales

### 2.4 Definición e importancia de los principios jurídicos en el marco del Estado Constitucional

#### *2.4.1 Principio de la dignidad de la persona humana*

#### *2.4.2 Principio de la buena fe*

#### *2.4.3 Principio de la cooperación*

#### *2.4.4 Principio de la equidad*

#### *2.4.5 Principios de la Igualdad y de la Isonomía*

## 3 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACOSO SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

### 3.1 El crimen de acoso sexual en el ordenamiento jurídico brasileño

### 3.2 El delito de acoso sexual en el ordenamiento jurídico argentino

### 3.3 El tratado de la Organización Internacional del Trabajo al acoso en las relaciones laborales

### 3.4 El delito de acoso sexual en ordenamientos jurídicos diversos

### 3.5 Caracterización de los daños causados: impactos personales y sociales, víctimas y acosadores

### 3.6 Caracterización de las víctimas: estadísticas de delitos sexuales

**3.7 Caracterización de los acosadores: estadísticas de acoso sexual en los procesos laborales**

**3.8 Consideraciones finales**

## **4 EL CONTRADICTORIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y LA DISTRIBUCIÓN DINÁMICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL MARCO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

**4.1 Fundamentos y concepto de derechos fundamentales: derechos humanos y derechos fundamentales – definiciones terminológicas**

**4.2 Fases de elaboración de las declaraciones de derechos**

***4.2.1 El problema de la definición terminológica***

**4.3 Características y estructura de la teoría dinámica de la carga de la prueba**

**4.4 Los conceptos de carga y obligación de probar**

**4.5 La carga de la prueba en el derecho brasileño**

**4.6 Histórico de la carga de la prueba: del Derecho romano a la actualidad**

**4.7 La carga de la prueba en los Códigos de Proceso Civil brasileños**

**4.8 El contradictorio y la distribución de la carga probatoria**

***4.8.1 La distribución dinámica de la carga de la prueba en base de la isonomía***

**4.9 Consideraciones sobre las reglas de la carga de la prueba en el derecho procesal brasileño**

***4.9.1 Las formas de distribución de la carga de la prueba en el derecho procesal brasileño***

**4.10 Teorías sobre la distribución de la carga probatoria**

**4.11 Teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba (teoría flotante o teoría de la prueba)**

## **5 LAS PRUEBAS Y SU CARGA EN LA SIEMBRA LABORAL EN RELACIÓN AL DELITO DE ACOSO SEXUAL: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 818 DE LA CLT - LEY 13.467/2017**

**5.1 Objeciones a la tesis de la dinamización de la carga de la prueba**

***5.1.1 Críticas de Michele Taruffo a la tesis de la dinamización de la carga de la prueba***

**5.1.2 *Críticas de la doctrina garantista a la tesis de la dinamización de la carga de la prueba***

**5.2 *Las pruebas y sus peculiaridades***

**5.3 *Dificultades para producir pruebas en los casos de delitos sexuales***

**5.3.1 *Aportes jurisprudenciales***

**5.4 *La tradicional carga probatoria del acoso sexual en la siembra laboral***

**5.4.1 *Jurisprudencia***

**5.5 *Teoría Dinámica de la carga de la prueba como medida jurídica necesaria para la producción de pruebas en los delitos de acoso sexual***

**5.5.1 *Aportes jurisprudenciales***

**5.5.2 *Inversión de la carga de la prueba: pros y contras***

**5.5.2.1 *La inversión de la carga de la prueba en la esfera laboral***

**5.6 *Propuesta de modificación del § 1 del artículo 818, apartado 1, de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT)***

**5.6.1 *Descripción de la modificación***

**5.6.2 *Requisitos legales para la propuesta de modificación***

**5.6.3 *Procedimiento legal para la posible sanción de la propuesta: una mirada al proceso legislativo brasileño de las leyes ordinarias***

**CONCLUSIÓN**

**REFERÊNCIAS**

## 1 INTRODUCCIÓN

En todos los momentos de su vida, el ser humano se enfrenta con la necesidad de elegir entre una u otra posibilidad. Ese dilema humano está presente también en el proceso judicial, en que la obtención de una ventaja y el riesgo de pérdida se caracterizan como posibilidades, tal como resalta Natalino Irti.<sup>1</sup>

En el lenguaje jurídico se da el nombre carga para designar la situación de aquel que, para obtener cierto resultado, debe actuar de cierta manera. Así, la teoría del derecho se enfrenta con varios conceptos fundamentales, muchos de ellos unánimes, otros divergentes. La carga, como categoría procesal, es uno de esos conceptos que despierta discusiones, sea por el contenido, sea por su utilización.

Así, es importante subrayar, de inicio, que la temática de la presente tesis es la carga de la prueba, específicamente, en la senda del Derecho Laboral.

Según resalta Hernando Devis Echandía<sup>2</sup>, el concepto de prueba es abierto, de aplicación a todas las ciencias, trascendiendo el campo jurídico. Así, ya está presente en todos los ordenamientos jurídicos, independientemente de la convicción política, económica, social o jurídica, de una determinada sociedad.

Prueba y carga son dos caras de la misma moneda, despertando curiosidad y estudios relevantes en la teoría del proceso, teniendo en cuenta la importancia que debe ser dada a uno de los institutos más relevantes de ese ramo del Derecho.

Tradicionalmente, el derecho procesal adopta el modelo estático de prueba, cabiendo al autor probar los hechos constitutivos de su derecho. Al reo cabe la prueba de hechos extintivos y modificativos. Esta carga de la prueba tiene orígenes lejanos en la historia jurídica. Gian Antonio Micheli constata que la carga de la prueba tiene su origen se remonta en el proceso romano clásico.<sup>3</sup> De ese proceso, él avanzó, llegando a la contemporaneidad.

De esta realizada, por intermedio de la investigación, será analizada la distribución dinámica de la carga de la prueba en el Derecho Laboral, en los casos de acoso sexual. Aquí, es importante, de antemano, destacar que la gran área temática es el Derecho, es decir, se trata del mundo del deber-ser, no del ser. Esa puntuación

---

<sup>1</sup> IRTI, Natalino. **Due saggi sul dovere giuridico**. Nápoli: Casa Editrice Dott, 1973.

<sup>2</sup> ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalla, 1981, t.1.

<sup>3</sup> MICHELI, Gian Antonio. **L'onere della prova**. Padova: Cedam, 1942.

es relevante para advertir, previamente, las dificultades que pueden ser percibidas en la práctica forense, en cuanto a la aplicación de esta distribución dinámica en estos casos.

Así, la problemática de la investigación versa la adecuación jurídica de la distribución dinámica de la carga de la prueba en situaciones que involucran el acoso sexual en relaciones laborales, en contrapunto con el modelo estático, tradicionalmente previsto en la legislación brasileña.

La hipótesis de la investigación es que la distribución dinámica de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual resultante de relaciones laborales es el medio jurídicamente adecuado de carga de la prueba, en el marco del Estado Democrático de Derecho. De esa manera, se tiene como necesaria una alteración legislativa al párrafo primero del artículo 818 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo.

El objetivo general de la investigación es analizar la distribución dinámica de la carga de la prueba en el Derecho Laboral y su compatibilidad con el modelo constitucionalizado de proceso, adecuado a los postulados del Estado Democrático de Derecho, que debe oportunizar el disfrute de los derechos fundamentales de la persona humana. Eso con el intuito de ofrecer una propuesta de alteración del párrafo primero del artículo 818 de la Consolidación de las Leyes Laborales.

A su vez, son objetivos específicos de la tesis: i) estudiar el derecho procesal constitucionalizado como garantía de la dignidad humana y la importancia de los principios procesales y la importancia de los principios de procedimiento en esta cuestión; ii) analizar la naturaleza jurídica del acoso sexual en el ordenamiento jurídico brasileño; iii) investigar el principio de contradicción como derecho fundamental y la distribución dinámica de la carga de la prueba, centrándose en situaciones de acoso sexual en el campo laboral.

Metodológicamente, se realizará investigación bibliográfica, por medio de análisis doctrinario, jurisprudencial, legislativo, enfocándose, principalmente, en el ordenamiento jurídico brasileño y argentino. Se adoptará en el estudio la tercera acepción de jurisprudencia expuesta por Ricardo Ginés García<sup>4</sup>, que la define como el sentido coincidente de decisiones de los órganos judiciales del Estado que se manifiesta como una forma uniforme y reiterada de pronunciarse en casos similares.

---

<sup>4</sup> GINÉS GARCÍA, Ricardo. **Fundamentos del derecho**. Ed 4. Buenos Aires: Lectio, 2008.

Es de notarse la importancia de la doctrina jurídica argentina para el estudio de la temática, teniendo en cuenta haberse desarrollado en ese país importantes estudios sobre esa teoría, principalmente a través de los estudios de Jorge W. Peyrano.

En ese sentido, la tesis está dividida en 4 capítulos (secciones) temáticos en su desarrollo, además de introducción y conclusión.

En la primera sección, titulada *El derecho procesal constitucionalizado como garantía de la dignidad humana: un análisis a la luz de los principios de procedimiento aplicables a la tesis*, será abordada la propia idea de modificación de la carga probatoria en el nuevo Código de Proceso Civil brasileño, a la luz del derecho procesal constitucionalizado, o sea, que tiene como fundamento las normas fundamentales del texto constitucional. Más que eso, a la luz de los derechos humanos y fundamentales, o sea, el derecho procesal debe visualizarse como derecho humano y como derecho fundamental.<sup>5</sup> Para eso, la sección lanza mano del estudio de los principios procesales aplicables a la temática propuesta.

Como será visto en la sección, por derecho constitucionalizado se entiende el respeto a la *fuerza normativa* de la Constitución, que no puede ser entendida como un documento de intenciones, sino como un texto normativo que fundamenta y estructura el ordenamiento jurídico de un determinado Estado.

En la sección siguiente, con el título *La naturaleza jurídica del acoso sexual en el ordenamiento jurídico brasileño*, será estudiado el delito de acoso sexual en el ordenamiento jurídico brasileño, objetivando analizar, con la debida profundidad, una de las categorías fundamentales de la pesquisa, que se refiere a una práctica lamentablemente común en el ambiente laboral y que posee protección deficiente por parte del derecho procesal.

En ese momento, es importante destacar que es estudio no versa sobre Derecho Penal, sino sobre Derecho Laboral. Ante eso, no se está abordando la cuestión del acoso como hecho típico, ilícito y culpable, sino como una conducta motivadora de la rescisión indirecta del contrato de trabajo, que causa daño moral a la víctima.

---

<sup>5</sup> Antecipando o que será estudado em local oportuno, os direitos protetivos dos seres humanos, inicialmente denominados *direitos do homem*, serão posteriormente denominados direitos fundamentais, a partir do momento em que são inseridos nos textos constitucionais. Por sua vez, após previstos em tratados internacionais passam a ser designados por *direitos humanos*. Conforme ressalta André de Carvalho Ramos (2001), os direitos humanos representam um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida digna ao ser humano, baseada na liberdade e na dignidade.

Así, en esa sección será estudiada la legislación, doctrina y jurisprudencias brasileñas, echando un vistazo al ordenamiento jurídico argentino. Es importante resaltar la dificultad en manejarse pruebas en situaciones de acoso sexual, teniendo en cuenta las conductas a practicarse, en la gran mayoría de las veces, lejos de la mirada de otras personas, situación que hace la tesis más importante.

En la sección siguiente, la tercera, con el título *El contradictorio como derecho fundamental y la distribución dinámica de la carga de la prueba en el marco del estado Democrático de Derecho*, será abordado el principio del contradictorio y la distribución dinámica de la carga de la prueba. Así, ese es el locus de discusión de las características y estructura de la teoría dinámica de la carga de la prueba; los conceptos de la carga, obligación y deber de probar; la carga de la prueba en el derecho brasileño, teniendo como categoría temporal y de principiología el Estado Democrático de Derecho, modelo de agregación y superación, incluso, del Estado liberal, social y de derecho, fases del Estado Moderno.

Se observa, por intermedio de los institutos trabajados en la tesis, que todos los capítulos se comunican, no siendo comprensible cualquier uno de ellos sin la lectura de los demás, lo que hace que la investigación sea interconectada y concatenada en sus categorías metodológicas.

Posteriormente, se llega a la sección temática final, la cual es estructurada por intermedio de un diálogo constructivo entre las secciones anteriores. Se trata del locus de florecimiento de la tesis. Su título es: *Las pruebas y su carga en la siembra laboral en relación al delito de acoso sexual: propuesta de modificación del párrafo 1 del artículo 818 de la Consolidación de las CLT – Ley 13.467/2017*.

La investigación es muy relevante, teniendo en cuenta abordar la temática todavía poco estudiada en el Derecho procesal brasileño, más aún en el Derecho procesal laboral. Es importante resaltar la importancia de la legislación laboral en la era contemporánea, especialmente, en sociedades subdesarrolladas socialmente, como es, infelizmente, el caso de la sociedad brasileña, que aún posee problemas estructurales ya resueltos desde hace mucho tiempo por otros países, como la mayoría de los europeos y los de América del Norte.

Es común decir que América Latina es todavía joven, teniendo en cuenta las fechas de su colonización, en comparación con la sociedad europea. Sin embargo, se observan países con edad aproximada, en el propio continente americano, con

desarrollo superior incluso en comparación con antiguos Estados europeos, como es el caso de Canadá y de los Estado Unidos.

Es de la unión de todas las categorías basadas en los capítulos del estudio, tales como Estado Democrático de Derecho, derecho procesal constitucionalizado, dignidad humana, principio del contradictorio, entre otras, que se va descubriendo la tesis, que sostiene la definición del empleo de la distribución dinámica de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual como regla general.



## **2 EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONALIZADO COMO GARANTÍA DE LA DIGNIDAD HUMANA: un análisis a la luz de los principios de procedimiento aplicables a la tesis**

La modificación de la carga probatoria en el nuevo Código de Proceso Civil brasileño también es compatible con el nuevo ropaje, es decir, con la nueva estructura jurídica actual, asimismo, en el Derecho brasileño, cual sea, el modelo de un Derecho constitucionalizado. Por Derecho constitucionalizado se quiere decir el respeto a la *fuerza normativa* de la Constitución.

En ese sentido, teniendo como base la teorización desarrollada por Konrad Hesse,<sup>6</sup> la constitución debe ser respetada como norma principal de un determinado ordenamiento jurídico, por poseer material y formalmente ese quilate. No se puede más aceptar el tratamiento del texto constitucional como siendo meramente un documento de intenciones, desprovisto de fuerza normativa.

De esa manera, con relación a esa fuerza, todas las ramas del Derecho reciben los reflejos directos de las normas constitucionales. Así, se habla, por ejemplo, en Derecho Penal constitucionalizado, en Derecho Civil constitucionalizado, como también en Derecho Procesal constitucionalizado. Es sobre esa visión constitucional del Proceso que el estudio versa.

Ante esto, en el intento de solidificar la discusión principiológica que está ligada a la tesis a ser desarrollada, es importante, en este momento, diferenciar constitución, constitucionalismo y constitucionalización del Derecho.

### **2.1 La constitucionalización del Derecho como etapa culminante del constitucionalismo**

La terminología *constitucionalización* es reciente en la historia del Derecho Occidental, pese a que la constitución y el constitucionalismo son más antiguos. De esa manera, para elaborarse un concepto de constitucionalización del derecho procesal o derecho procesal constitucionalizado, es necesario abordar el término constitucionalismo que indica, de acuerdo con Mauro Barberis <sup>7</sup>, una doctrina normativa de los límites jurídicos del poder público.

---

<sup>6</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

<sup>7</sup> BARBERIS, Mauro. **Ética para juristas**. Madri: Trotta, 2008.

Esa doctrina de limitación del poder político tiene como sinónimos: *separación de poderes*, *rule of law*, *Estado de Derecho y legalidad*, los cuales serán considerados y enfrentados adelante, objetivando establecer un concepto sólido de Derecho Procesual constitucionalizado, el cual será fundamental para la sustentación de la hipótesis, que, después de su maduración, se establecerá como tesis.

Cuando se habla de constitucionalización, dos términos anteriores deben considerarse. En primer lugar, el concepto de Constitución, y, posteriormente, el de constitucionalismo.

### **2.1.1 El concepto de constitución**

Un significado de Constitución tiene que ver con un documento que instituye y limita el poder supremo estatal. Así, en ese sentido, cuando se considera el sentido documental de Constitución, se entienden todos los textos solemnemente aprobados durante las tres grandes revoluciones occidentales: la inglesa, la norteamericana y la francesa. Conforme resalta Barberis<sup>8</sup>, se tratan de textos como *Bill of Rights* y *Habeas Corpus Act* (1689) ingleses, como también de la Constitución de los Estados Unidos (1787) y de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

Estos textos documentan<sup>9</sup>, o sea, presentan (instituyen), como también limitan el poder político, representando un marco inaugural y limitador del arbitrio, el cual está presente en la historia del propio constitucionalismo.

Conforme resalta Nelson Saldanha, “[...] la idea de un *pensamiento constitucional* corresponde a las experiencias modernas y contemporáneas, y el término *constitución*, de uso tan corriente en los siglos más recientes, encuentra como sus antecesores en la antigüedad vocablos que tenían acepción de algo diferente”.<sup>10</sup>

Uno de los más importantes términos de la antigüedad, utilizado para definir una idea de organización de la Polis, era el término *Politeia*, significando, por lo tanto, *orden político, régimen*, lo que, en un sentido contemporáneo, podría ser considerado

---

<sup>8</sup> BARBERIS, Mauro. **Ética para juristas**. Madri: Trotta, 2008.

<sup>9</sup> Interessante observar que essa função documental, ou seja, de instituição (apresentação) de um poder supremo, está presente nas constituições francesa e norte-americana. Por sua vez, a Constituição inglesa apresenta uma característica funcional, tendo em vista, instituir o poder político, conferindo funções estatais a órgãos estatais.

<sup>10</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 111.

como *constitución en sentido amplio*. “En ciertos usos clásicos, en efecto, hasta el siglo XVIII, la idea de constitución fue tomada como equivalente de *estructura política*; y por detrás de esos usos clásicos se encuentran alusiones al griego *Politeia* y al latín *Respublica*.”<sup>11</sup>

En el pensamiento aristotélico el término *Politeia* significa equilibrio, en contrapunto con la tiranía, caracterizándose bajo las formas de monarquía, aristocracia y democracia, o sea, las formas sanas de gobierno. Por su vez, el término *Res publica* utilizado para nombrar la obra más importante de Platón, corresponde a un plan socioeconómico de aquello que es del pueblo.

Es importante destacar que el significado del término romano *constitutivo* es diferente de Constitución, representando determinadas providencias legislativas, del periodo imperial, caracterizadas sobre todo por el alcance administrativo.<sup>12</sup>

Avanzando en el tiempo, se llega a la Edad Media, periodo en que la valoró, a nivel teórico, la limitación del poder. En ese sentido, es fundamental citar a *Magna Charta Libertatum* (1215), como también el *Instrument of Government*, de Oliver Cromwell (1654). Sin embargo, es importante resaltar que esos documentos no fueron elaborados para modificar estructuras, sino para estabilizar relaciones o garantizar viejas franquicias amenazadas de ruptura.

Con la Edad Moderna se da el desarrollo de una idea de derecho escrito que, poco a poco, prevalecerá por las sociedades. No obstante, también según Saldanha, “se continua a usar el término constitución en el sentido de *estructura política*, del mismo modo que el término *res pública* siguió empleándose en el sentido de comunidad, cuerpo político o Estado, hasta que la teoría de las formas de gobierno le ha dado el sentido de forma opuesta a la monarquía”.<sup>13</sup>

Posteriormente, con las tres revoluciones históricas del constitucionalismo, la inglesa (siglo XVII), norteamericana (siglo XVIII) y francesa (siglo XVIII), se da el desarrollo del concepto de Constitución, que representa una norma, de valor fundamental y fundante, que irradia sus principios a todas las ramas del ordenamiento jurídico y para todas las normas jurídicas de una determinada sociedad.

---

<sup>11</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 112.

<sup>12</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>13</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 112. En original: Continua a usar-se o termo constituição no sentido de estrutura política, do mesmo modo que o termo respublica continuou a ser empregado no sentido de comunidade, corpo político ou Estado, até que a teoria das formas de governo lhe deu o sentido de forma oposta à monarquia.

### **2.1.2 Concepto de constitucionalismo**

En ese sentido, anterior a las constituciones está el fenómeno del constitucionalismo, o sea, el constitucionalismo surge aún antes de las actuales constituciones, que, con raras excepciones pueden ser considerados documentos, como resaltado, instituidores y limitadores del poder político.

Durante el periodo clásico de Grecia antigua, había un constitucionalismo sin constituciones, o sea, doctrinas de limitación jurídica del poder. Esa teorización aparece, por ejemplo, en los diálogos platónicos, además de los escritos *El político* y las *Leyes*, donde está formulada una alternativa entre el gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes.<sup>14</sup>

La Antigüedad y la Edad Medieval no conocieron una constitución en sentido documental, esto por el hecho de las constituciones de ese periodo, como ejemplo principal en la historia jurídica occidental, a *Magna Charta Libertatum* (1215), representaren la confirmación de privilegios e inmunidades de una élite social.

Será en la Edad Moderna el momento de eclosión de las más importantes Constituciones limitadoras del poder político, y principalmente instituidoras de derechos, como destacado anteriormente. Esas constituciones limitadoras e instituidoras de derechos y garantías tienen su génesis, como resaltado en tres documentos jurídicos fundamentales en la historia jurídica el Occidente: *i) Bill of Rights* e o *Habeas Corpus Act* (1689) ingleses; *ii) la Constitución de los Estados Unidos* (1787); y *iii) Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), decurrente de la Revolución Francesa.

## **2.2 Panorama de la elaboración legislativa en derecho procesal en el Estado brasileño**

Es importante destacar que la tradición jurídica del Derecho brasileño es la *civil law*, decurrente del Derecho romano y heredada de la colonización portuguesa, con institutos, como su nombre indica, procedentes del derecho romano, así como del derecho de pueblos germánicos. Aún antes del advenimiento de los documentos legislativos brasileños, las leyes vigentes en el suelo brasileño eran las Ordenaciones

---

<sup>14</sup> BARBERIS, Mauro. **Ética para juristas**. Madri: Trotta, 2008.

del Reino de Portugal<sup>15</sup>, junto con las leyes dispersas y los fueros, estas últimas órdenes deben ser respetadas, documentos de concesión de privilegios o documentos de advertencia.

Con la independencia brasileña, que ocurrió el 7 de septiembre de 1822, fue necesaria la elaboración legislativa brasileña, lo que ocurrió de manera dispersa, sectorizada. Así, se tiene la elaboración de un Código Comercial (1850) y de un Código Civil (1917). Posteriormente, otras normas legales fueron elaboradas, como es el caso del Código de Proceso Civil, bien como la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), Decreto-ley nº 5.452 del 1º de mayo de 1943.

El Código de Proceso Civil de 1939 fue elaborado durante el período del Estado Nuevo, así como la CLT. Por su vez, el código posterior, de 1973, fue desarrollado durante el gobierno dictatorial militar (1964 – 1985). En ese sentido, Haroldo Lourenço destaca que ambas las legislaciones poseen fuerte carácter autoritario, “atribuyendo al juez el carácter de presidente del proceso, siendo el jurisdiccional un mero espectador”.<sup>16</sup>

En relación al sistema probatorio, se adhirieron a la denominada *distribución previa y estática de la carga de la prueba*, influenciada por las teorías de Carnelutti y Chiovenda. Por ese sistema de distribución, el reo podrá probar la no existencia del hecho constitutivo del autor, en el momento en que contesta su existencia. La carga de la prueba, sin embargo, por norma general, continuaba siendo del autor de la demanda.

Siendo así, bajo la óptica del CPC, de 1973, la carga constitutiva del derecho cabría al autor, mientras que al acusado cabría la carga de la prueba de los hechos preventivos, modificativos o extintivos del derecho del autor, conforme previsto en su artículo 333.<sup>17</sup>

Lo que ocurre es que el Código de Proceso Civil de 2015 está inserido en un tercer modelo de proceso, denominado *proceso cooperativo*, al contrario de los tradicionales modelos dispositivo e inquisitivo. Antes Brasil nunca había tenido un

---

<sup>15</sup> Em sequência: Ordenações Afonsinas, Ordenações Manoelinas e Ordenações Filipinas.

<sup>16</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 8.

<sup>17</sup> De acordo com o artigo 333, do CPC, de 1973: Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. (BRASIL, 2022).

Código de Proceso editado bajo el manto del Estado Democrático de Derecho, y, por consiguiente, en el momento histórico de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988.

En el modelo dispositivo, también denominado modelo adversario, se tiene una estructura de competición o disputa, desarrollándose un conflicto entre dos adversarios ante un órgano jurisdiccional estático, elevando en una posición, un nivel superior. Así en el modelo dispositivo la principal función es decidir la *voluntas legis*. A su vez, en el modelo inquisitorial prevalece el órgano jurisdiccional como protagonista del proceso.<sup>18</sup>

En síntesis, en el sistema dispositivo la actividad procesual es desarrollada por las partes, en su mayor tiempo. a su vez, en el sistema inquisitivo, el protagonismo está en el órgano jurisdiccional.

Es interesante la observación de Alexandre Freitas Câmara<sup>19</sup>, en el sentido de que no se puede relacionar democracia (o autoritarismo) a un determinado modelo de estos. De esa manera, cita el Estado suizo, que es reconocido como un Estado Democrático, en que son atribuidos, a su vez, amplios poderes de iniciativa probatoria al magistrado.

En el mismo sentido, Michele Taruffo<sup>20</sup> destaca ter el ordenamiento procesual soviético atribuido al juez amplísimos poderes de instrucción, y, por otra parte, no haber existido la ampliación de los poderes de instrucción en la Alemania nazi o en la Italia fascista.

En ese sentido, el derecho procesual cooperativo viene traer importantes consideraciones de acuerdo con una de las principales categorías de la tesis, la teoría dinámica de la carga de la prueba, teniendo en cuenta la necesaria relación que debe existir entre magistrados y partes. No se puede más soportar la actividad jurisdiccional como una actividad de las partes separadamente, o del magistrado.

---

<sup>18</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

<sup>19</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Repro**, n. 153, 2007.

<sup>20</sup> TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 2006, n. 2.

### 2.3 El proceso constitucionalizado y vivido a la luz de la teoría de los derechos humanos, de los principios procesales y de los derechos fundamentales

Pese a la polémica, se puede afirmar que el derecho procesal está pasando por la fase pospositivista del Derecho. Por fase pospositivista se quiere entender un momento en que la Constitución será reconocida como norma jurídica, incidiendo sus principios y normas en todo el ordenamiento jurídico. Así, “la jurisdicción no más puede ser vista mediante un estado de sumisión del juez a la ley, en la vetusta expresión juez boca o esclavo de la ley, un tanto como positivista”.<sup>21</sup>

Luego, no hay sentido afirmar que la función jurisdiccional consiste en la simple declaración de derechos preexistentes, lo que transformaría la jurisprudencia en una fuente jurídica inútil, que es algo que no se armoniza con la caracterización de la jurisprudencia como un *derecho vivo*. Ahí está la diferencia entre texto normativo y norma jurídica.

Todo sistema jurídico es permeado por principios que pueden estar expresos en el ordenamiento jurídico, como también implícitos. En el contexto del estudio sobre la distribución dinámica de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual, basada en la vulnerabilidad de la víctima, los principios que pretenden inspirar, guiar y fundamentar la construcción de la propuesta de alteración del ordenamiento jurídico, como norma general en el párrafo 1 del artículo 818 de la CLT – Ley 13.467/2017 son: principio de la dignidad de la persona humana, principio de buena fe, principio de cooperación, principio de equidad, principio de la igualdad.

Importante resaltar que el estudio que ahora se presenta tiene como base la perspectiva de la “Nueva Hermenéutica”, que de acuerdo con Paulo Bonavides<sup>22</sup>, considera el carácter material de la Constitución y su juridicidad en virtud del reconocimiento del carácter de normatividad de los principios, teniendo en vista el necesario rompimiento con los métodos hermenéuticos propios del positivismo para la interpretación del Derecho por la insuficiencia de tales métodos para fundamentarlo, fundamentarlo y legitimarlo.

Teniendo en cuenta la imposibilidad de encontrar solución para los problemas jurídicos concretos basándose solamente en la norma escrita (texto), se hace

---

<sup>21</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 15.

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

necesario el reconocimiento de los principios como especie (al lado de las reglas) del género norma. Una vez que, según Robert Alexy<sup>23</sup>, de la apertura normativa y del alto grado de generalidad de los principios, se desprende la exigencia de nuevos métodos hermenéuticos para interpretarse el Derecho.

## **2.4 Definición e importancia de los principios jurídicos en el marco del Estado Constitucional**

De acuerdo con Paulo Bonavides<sup>24</sup>, los principios jurídicos forman el conjunto de patrones de conducta que se encuentra presente, de manera explícita o implícita en el ordenamiento jurídico. Según Miguel Reale<sup>25</sup>, “los principios traen estimaciones objetivas, éticas y sociales” que en forma de normas jurídicas se convierten en reglas. A su vez, para Ronald Dworkin<sup>26</sup>, “principios y normas son razones de juicio concreto del deber-ser”. No obstante, mientras la regla expresa el principio como atinente a una materia, el principio es un *standart* (patrón) jurídico a ser seguido. Principios son más abstractos que las normas, que son generales y pretenden ser aplicadas a diversos hechos específicos.

Sergio Pinto Martins<sup>27</sup> afirma que “los principios no sirven de expresión a las reglas”, sino “las reglas son la aplicación de los principios sobre los cuales se apoyan”. Reglas son específicas para hechos específicos. Ante esta afirmación, se desprende que los principios determinan los límites de los ordenamientos que los siguen. Pero, no siendo postulados absolutos, rígidos, inflexibles e inmutables, los ordenamientos pueden necesitar de cambios delante de las inúmeras variables que alteran la realidad de los hechos.

De esa manera, la interpretación de los hechos puede considerar diferentes principios en distintos momentos de la historia de una sociedad humana y, consecuentemente, darle sentido diverso al hecho en el sistema jurídico, buscando la aplicación adecuada del principio al hecho, a fin de armonizar las reglas.

---

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>25</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking right seriously**. Londres: Duckworth, 1987.

<sup>27</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Instituições de direito público e privado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.31.

Según observa Wagner Giglio<sup>28</sup>, los principios sostienen la elaboración de las reglas, pues son más abarcadores, estableciendo las limitaciones y los fundamentos que razonan la propia comprensión normativa. Violar un principio es más grave que violar una regla, pues su no observancia implica en ofensa al sistema jurídico, en una inconstitucionalidad. De esa manera, un mismo principio puede ser positivado en diferentes normas de forma concreta o abstracta: así como, diferentes principios pueden ser positivados en una misma regla de manera concreta o abstracta.

En ese sentido, Jaime Boulanger destacó que la regla es instituida para ser aplicada a una situación jurídica determinada, aunque se aplique a varios hechos. Los principios, no obstante, pueden ser aplicados a diversas situaciones jurídicas, dado que, “son construcciones que sirven de base al Derecho, como fuentes de su creación, aplicación e interpretación”<sup>29</sup> en la medida que permiten el equilibrio de valores e intereses de acuerdo con su peso y la ponderación de otros principios contradictorios.

Jaime Mans Puigarnau resalta que “el principio tiene acepción filosófica, la regla tiene naturaleza técnica, pudiendo ser norma vinculativa, con contenido funcional, prescribiendo imperativamente una exigencia de imposición, permiso o prohibición”.<sup>30</sup> Abstractamente no es posible afirmar que un principio es jerárquicamente superior a otro. Por lo tanto, habiendo conflicto entre la aplicación de un u otro principio el análisis debe ser hecho en el caso concreto.

Aún de acuerdo con Puigarnau<sup>31</sup>, el principio es un hilo conductor que permite la comprensión de la realidad ante a una norma. Ante esto, los principios del Derecho no son como normas absolutas e inmutables, cuya aplicación no puede ser modificada; por lo contrario, la realidad social cambia constantemente, y así, conceptos y patrones necesitan ser revisados de tiempos en tiempos, para formar nuevos principios, adaptar lo ya existentes e influenciar la alteración de las normas con el pasar del tiempo.

Es exactamente con esta perspectiva que la presente investigación pretende analizar los principios que fundamentan la regla en estudio (párrafo1 del artículo 818

---

<sup>28</sup> GIGLIO, Wagner. **Direito processual do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2002, p.71.

<sup>29</sup> BOULANGER, Jaime. **Principes généraux du droit positif**. Paris: LGDJ, 1950, p.55.

<sup>30</sup> MANS PUIGARNAU, Jaime M. **Los principios generales del derecho**. Barcelona: Bosch, 1947, p.31.

<sup>31</sup> MANS PUIGARNAU, Jaime M. **Los principios generales del derecho**. Barcelona: Bosch, 1947, p.31.

de la CLT – Ley 13.467/2017), o sea, los principios son fundamentales para la argumentación de la alteración propuesta por intermedio de la tesis.

Los principios actúan en el Derecho en una fase inicial tanto pre-jurídica como política, para influir en la elaboración de las leyes, como proposiciones que sirven para iluminar el conocimiento sobre determinados conceptos de valor sobre un hecho, conducir la reflexión y el debate sobre el tema, y, finalmente, servir de fuente material del Derecho para el legislador elaborar la norma jurídica.

Según señala Martins<sup>32</sup>, los principios tienen funciones informativa, normativa y interpretativa. (1) El principio es *informativo* cuando inspira y orienta el legislador en la creación del precepto legal, ayudando a fundamentar la norma jurídica y sostener el ordenamiento jurídico; así como auxiliando al intérprete de la norma positivada. (2) El principio es *normativo* cuando suplementa las lagunas u omisiones de la ley, actuando en los casos concretos para los cuales no existe disposición específica, sirviendo así de regla de integración a la norma. (3) El principio es *interpretativo* cuando sirve de criterio para orientar aquellos que van a utilizar la norma jurídica y aplicar la ley.

Es importante resaltar la previsión del artículo 8 de la CLT:

El artículo 8 de la CLT – Ley 13.467/2017 autoriza al intérprete utilizarse de la analogía, de la equidad, de los principios generales del Derecho, principalmente del Derecho del Trabajo, de los usos y costumbres, en la falta de disposiciones legales o contractuales específicas, pero desde que ningún interés de clase o particular prevalezca sobre el interés público. [...] Este artículo tiene función integrativa de la norma jurídica, pues cuando hay laguna en la norma, el principio completa la norma jurídica, o cuando la norma no sea suficientemente clara para el caso a ser dirimido.<sup>33</sup>

La finalidad de los principios es indicar los caminos que deben ser seguidos por las normas para construir el ordenamiento jurídico, siendo todavía, usados como criterios de interpretación e integración entre lo que la regla define que sea y el que debe ser.

De acuerdo don Marcelo Bezerra Santiago<sup>34</sup>, la norma jurídica es una especie de solución creada para superar los conflictos de intereses entre las personas, y una de sus características es ser duradera en función de los factores políticos, económicos

---

<sup>32</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Instituições do direito público e privado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>33</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Instituições do direito público e privado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 36.

<sup>34</sup> SANTIAGO, Marcelo Bezerra. **Normatividade do Direito**. Jus.com, 1998.

y, principalmente, éticos de la sociedad en la cual es creada. Así, la eficacia de una norma, como dispositivo legal depende de las propias estructuras sociales que la exigen.

En ese contexto, Miguel Reale<sup>35</sup> explica que el proceso normativo es garantizado por el poder público, teniendo en cuenta los prismas valorativos que implican la realidad humana ante de las circunstancias o eventos sociales que exigen normas frente a los principios jurídicos que conducen la sociedad y delimitan sus conflictos.

Para Paulo Bonavides<sup>36</sup>, la normatividad de los principios jurídicos evolucionó en tres fases históricas, siendo ellas: el *jusnaturalismo*, el *juspositivismo* y el *pospositivismo*.

(1) El *jusnaturalismo* se desarrolló a partir del siglo XVI, momento en el que el Derecho comienza a alejarse de los dogmas medievales y del ambiente teológico. En esta fase, los principios jurídicos se situaban en la esfera metafísica y abstracta con función meramente informativa, inspirando la justicia ideal en la valoración ética de lo que es cierto o equivocado. Esta influencia llegó a los textos del siglo XIX con el advenimiento del Estado Liberal.

(2) El *juspositivismo* fue caracterizado por la creación de la Ciencia Jurídica con la objetividad que alejó el Derecho de la ética. En esta fase, los principios jurídicos se situaron en la esfera subsidiaria, con función complementaria al sistema normativo; puesto que las normas otorgan a los jueces la competencia para aplicar los principios frente a las posibles lagunas.

(3) El *pospositivismo* es la fase en la cual, el Derecho pasa a dar más importancia a los principios como preceptos que deben conducir las normas para que tengan mayor sentido y alcance en su propósito de garantizar derechos sociales. En esta fase, los principios dejan de tener mera finalidad de integración para que se caractericen con el status de las normas jurídicas vinculantes.

Analizando el contexto de esas tres fases, Norberto Bobbio<sup>37</sup> explica que, al promulgar códigos, como el Napoleónico, el Derecho *jusnaturalista* condena a la ilegitimidad a la posibilidad de recurrir a principios extrínsecos al rígido sistema

---

<sup>35</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

<sup>36</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

jurídico celebrado por un gobierno. Esa fue la base en la que se apoyó el Derecho juspositivista de Estados totalitarios en la primera mitad del siglo XX, una vez que sus estructuras políticas altamente militarizadas llegaron al poder de manera legal y legítima.

Por eso, el ordenamiento jurídico desvinculado de valores éticos, cuya rigidez de las leyes impide la observancia de principios necesarios a la garantía de derechos individuales y colectivos perdió fuerzas en el Derecho pospositivista.

Leonardo Zehuri Tovar<sup>38</sup> explica que, con la superación del jusnaturalismo y el fracaso político del positivismo, el Derecho se abrió para la reflexión sobre la propia función social del ordenamiento jurídico, aspirando la consideración de los principios jurídicos en la elaboración e interpretación de las reglas, en la búsqueda constante de valorar y perpetrar el interés público, a través de derechos fundamentales edificados en la Constitución Federal sobre el fundamento de la dignidad humana. Esto significa que la incorporación de los principios de manera explícita o implícita en los textos constitucionales con el objetivo de acercar el Derecho de la ética.

Viviane Nunes Araújo Lima<sup>39</sup> completa que el Derecho natural, desde tiempos remotos, se esforzó para fecundar el Derecho positivo, impregnándolo de valores preciosos como justicia, libertad, y bien común, definidos por la ética de los principios. Aunque el Derecho positivo haya intentado sobreponerse al Derecho natural, el valor de sus principios aún es precioso para el bien de las sociedades.

Así siendo, considerando el momento actual, del Derecho pospositivista, en el cual el ordenamiento jurídico vuelve a vincularse a los valores éticos, permitiendo que las leyes sean modificadas en observancia a los principios necesarios a la garantía de derechos individuales y colectivos, bien como los propios trámites definidos en el bojo legal que los instrumentaliza, es que la presente tesis encuentra respaldo para proponer alteración al párrafo 1 del artículo 818 de la CLT – Ley 13.467/2017, aspirando los siguientes principios: buena fe, cooperación, equidad, igualdad e dignidad de la persona humana.

#### ***2.4.1 Principio de la dignidad de la persona humana***

---

<sup>38</sup> TOVAR, Leonardo Zehuri. **O papel dos princípios no ordenamento jurídico**. Jus.com, 2005.

<sup>39</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. **A saga do zangão: uma visão sobre o direito natural**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

No cabe dudas de que, abordando los derechos fundamentales a nivel nacional, el principio de la dignidad de la persona humana es la base estructural de todo el ordenamiento jurídico. Dignidad humana tiene que ver con respeto a la individualidad del hombre a sus proyectos de vida plurales, es decir, a la diferencia y su inviolabilidad moral.

En relación a la inviolabilidad moral del hombre, en su concepción como persona y fin, como también en su ilegitimidad de su uso, como medio y cosa, Luiz Luisi destaca:

Además, esta idea, que es contribución inestimable del cristianismo solo se ha afirmado en el mundo moderno, por obra de los iluministas. El hombre, comprendido como ente moral inviolable incluso ante el Estado, la persona humana como un "*prius*," frente al Estado, no podría haberse afirmado en el clima intelectual y político de la Contrarreforma, ni entre las hogueras de la inquisición o en el imperio de las monarquías absolutas. Solamente con el advenimiento del iluminismo, es que el individuo pasaría a ser comprendido como una realidad anterior al Estado, que mismo en éste integrándose, conservaba una serie de derechos originarios, a la que no renunciara y no podía renunciar. Y, no concerniente a estos derechos, que son intrínsecos al hombre, al Estado no es deferido ignorarlos o violarlos, sino respetarlos y hacerlos respetar. Por lo tanto, lícito es afirmar que el iluminismo hizo del concepto del hombre, como entidad moral inviolable, incluso para el Estado, una especie de religión laica, a pesar de su racionalismo irreligioso.<sup>40</sup>

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 erigió el principio de la dignidad de la persona humana como fundamento de la República, según lo previsto en el inciso III de su artículo 1. Esta dignidad posee un importante elemento cristiano, teniendo la doctrina social de la Iglesia colaborando sobremanera para su desarrollo.

Concluyentemente, la dignidad de la persona humana es el derecho humano más importante, que a su vez posee carácter de fundamental en el Estado brasileño como consecuencia de su positivación en el texto constitucional.

De esa manera, no hay dudas de que el principio de la dignidad de la persona humana, fundamento del Estado brasileño (inclusive), es el más importante del ordenamiento jurídico brasileño. En ese sentido, el artículo 1 del texto de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 lo alzó a la categoría de

---

<sup>40</sup> LUISI, Luiz. Sobre Cesare Beccaria. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 60. 1965, p. 236-245.

pilar de sustentación del Estado Democrático de Derecho que se pretende instituir por intermedio del orden constitucional.

La legalidad deriva de la institución del Estado Democrático de Derecho, que trae en la Constitución vigente las bases del ordenamiento jurídico e incluso la protección de los ciudadanos de acciones abusivas del Estado. Luciana Freitas Pereira<sup>41</sup> explica que el principio de la legalidad es la garantía constitucional de la participación democrática de los individuos en la libre expresión de su voluntad en la sociedad, desde que sigan las obligaciones y limitaciones creadas por la ley (artículo 5, inciso II de la CRFB/1988). Esto significa que este principio se refiere a la sumisión de todos a la legislación, que alberga derechos fundamentales y garantías mínimas, como, por ejemplo, la dignidad de la persona humana.

Dignidad es la característica inherente al individuo que tiene consideración, respeto y orgullo por sí mismo. Se trata de la noción que la consecuencia individual tiene de su valor dentro de un grupo social, considerando el grado de moralidad y honestidad que la persona ha sido capaz de conquistar o que le ha sido atribuido por la conciencia colectiva. Nelson Rosenvald resalta que “la raíz etimológica de la palabra dignidad proviene del latín *dignus*, que es aquel que merece consideración, estima y honor”.<sup>42</sup>

De Plácido e Silva<sup>43</sup> esclarece que dignidad es la calidad moral o distinción de honor por mérito que corresponde a la persona humana como base para el respeto que merece en el ámbito de las relaciones sociales. Nicola Abbagnano<sup>44</sup>, a su vez, recuerda que, como principio, Kant enuncia que la dignidad de la persona humana implica en el tratamiento del ciudadano como “un fin y nunca como un medio” porque posee un valor que no puede ser relativizado.

Según Priscilla Pintor Ribeiro Pinto Deziderio<sup>45</sup>, el principio de la dignidad de la persona humana se refiere a la garantía de las necesidades vitales de los ciudadanos; o sea, tiene que ver con la calidad de vida a la que el individuo tiene acceso en la

---

41 PEREIRA, Luciana Freitas. **O princípio da legalidade na Constituição Federal**: análise comparada dos princípios da reserva legal, legalidade ampla e legalidade estrita. DireitoNet, 2012.

42 ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.25.

43 DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.714.

44 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.276.

45 DEZIDERIO, Priscilla Pintor Ribeiro Pinto. **Direitos fundamentais dos trabalhadores**: a flexibilização dos direitos trabalhistas versus o princípio do não retrocesso social. Jus.com, 2019.

sociedad en la que vive. Siendo así, las necesidades vitales incluyen todos los derechos fundamentales previstos en la CRFB/1988, también denominados derechos sociales en el artículo 6, que por la redacción dada por la Enmienda Constitucional 90, de 2015, son: "la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el transporte, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección a la maternidad y a la infancia, la asistencia a los desamparados".

Alice Acioli Teixeira Baracho<sup>46</sup> resalta que los derechos fundamentales son constitucionales y el PDPH es presentado como tal en el artículo 1, inciso III de la CRFB/1988, siendo el fundamento de todo el sistema que caracteriza los derechos sociales como exigencias y desdoblamientos del propio PDPH. La dignidad humana, en este sentido, se puede ser comprendida como perspectiva que el ciudadano no será ofendido, tampoco humillado, pero también que pueda tener acceso a pleno desarrollo de la personalidad individual.

Para Ana Paula de Barcellos <sup>47</sup>, la dignidad humana, fenómeno anterior y externo al orden jurídico, es una manera de reconocer a los seres humanos, *status* diferenciado en la naturaleza. En la historicidad, el PDPH tuvo cuatro momentos históricos:

en el cristianismo estaba asociado a la salvación del individuo en consideración al valor que éste da al prójimo por solidaridad;

en el Iluminismo se asoció a los aspectos racionales y democráticos por cuestión humanista;

Immanuel Kant lo usó para delimitar los derechos individuales que el Estado necesita garantizar; y

La Segunda Guerra Mundial lo puso como fundamento de los ordenamientos jurídicos para fomentar los derechos sociales y el bien colectivo.

Aline Ribeiro Pereira<sup>48</sup> completa que el PDPH es la base de la CRFB/1988, con presencia en diversos entendimientos, como, por ejemplo, la Relación Vinculante 11 del Tribunal Supremo de 2008 sobre el uso de esposas, la Ley de Amnistía de 1979 y la Enmienda Constitucional 81 de 2014 sobre la lucha contra el trabajo esclavo. Este

---

<sup>46</sup> BARACHO, Alice Acioli Teixeira. **A dignidade da pessoa humana pode ser considerada um direito absoluto?** JusBrasil.com, 2009.

<sup>47</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

<sup>48</sup> PEREIRA, Aline Ribeiro. **O princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico**. Aurum.com, 2020.

principio, sin embargo, no se limita a orquestar el acceso a la educación, salud, vivienda, transporte y otros derechos sociales, pues incluye otros aspectos como la libertad, la integridad, el respeto, la tolerancia, la participación política e incluso el derecho del amparo del Estado en proceso judicial.

De acuerdo con Ingo Wolfgang Sarlet<sup>49</sup>, el ordenamiento jurídico brasileño valora la dignidad humana y desaprueba cualquier hecho que atente contra el ser humano, cuya calidad intrínseca y distintiva le hace merecedor de respeto y consideración por parte del Estado y de la sociedad como un todo, considerando especialmente el principio de igualdad. Esto implica necesariamente que el PDPH sea visto como un motivador de derechos, pero también como finalidad a ser alcanzada por los propios derechos sociales que fomenta. O sea:

Una vez que los derechos y garantías fundamentales encuentran su fundamento directo e inmediato en la dignidad de la persona humana, del cual serían concretizaciones, se constata que los derechos y garantías fundamentales pueden ser reconducidos de alguna manera a la noción de dignidad de la persona humana, ya que todos remontan a la idea de protección y desarrollo de las personas.<sup>50</sup>

Ante esas colocaciones, se percibe que el principio de la dignidad de la persona humana es, a la vez, medio y fin.

#### **2.4.2 Principio de la buena fe**

De acuerdo con De Plácido e Silva<sup>51</sup>, el término *buena fe* expresa “la intención pura, libre de dolo o engaño, con la que la persona realiza un negocio o ejecuta un acto, con la certeza de que actúa de conformidad con el Derecho, consecuentemente, protegida por los preceptos legales”. Esto implica en algo realizado de forma ética, justa y leal, sin fraude o malicia que pueda perjudicar a alguien en su integridad física o moral, ni la preservación del Derecho para la sociedad.

La buena fe es un principio fundamental del Derecho brasileño que determina la forma estándar de comportamiento ético de los ciudadanos en la sociedad,

---

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004. p.79.

<sup>51</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 353.

sirviendo tanto como base normativa en la elaboración de las leyes, como en la aplicación e interpretación del Derecho a los casos concretos. El CPC (Ley 13.105/2015) trae en su Parte General, Libro I de las Normas Procesuales Civiles, Título único, capítulo I, artículo 5 que "el que de cualquier forma participe en el proceso debe portarse de acuerdo con la buena fe" (BRASIL<sup>52</sup>).

Para Paulo Lôbo<sup>53</sup>, el principio de la buena fe tiene origen en el Derecho Romano y su alcance en el Derecho brasileño contemporáneo se hace bajo dos aspectos: el subjetivo y el objetivo. Ante esto, la buena fe subjetiva tiene que ver con la intención del sujeto de derecho, especialmente considerada en el análisis de los institutos poseedores. Prevista en el Código Civil brasileño – Ley 10.406/2002, la *buena fe objetiva* direcciona la conducta leal de las partes, principalmente, en las relaciones contractuales y de negocios, consolidada en el artículo 422, siguiendo la tendencia romana adoptada en el artículo 4, inciso III, del CDC - Ley 8.078/1990, consagrando el principio como uno de los parámetros básicos exigidos para que haya equilibrio en la relación entre consumidores y proveedores.

La buena fe objetiva también está presente en las relaciones entre la Administración Pública y particulares, pues además de ser un principio constitucional implícito, la buena fe aparece como una obligación comportamental para el Poder Público a través del artículo 2, inciso IV de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) 9.784 de 1999.

La buena fe subjetiva se refiere a la ignorancia del sujeto acerca de la existencia del derecho del otro, o, entonces, a la convicción justificada de tener un comportamiento conforme el derecho. Es la buena fe de creencia. A su turno, la buena fe objetiva es regla de conducta de las personas en las relaciones jurídicas, principalmente obligacionales. Interesan las repercusiones de ciertos comportamientos en la confianza que las personas normalmente en ellos depositan. Se confía en el significado común, usual, objetivo de la conducta o comportamiento reconocible en el mundo social. La buena fe objetiva importa conducta honesta, leal, correcta.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> BRASIL - **Código de Processo Civil** (CPC), Lei 13.105/2015, 2020d.

<sup>53</sup> LÔBO, Paulo. **Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional**: trajetória da afirmação da boa-fé no direito civil brasileiro. GenJurídico.com, 2018.

<sup>54</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95. En original: A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância do sujeito acerca da existência do direito do outro, ou, então, à convicção justificada de ter um comportamento conforme o direito. É a boa-fé de crença. Por seu turno, a boa-fé objetiva é regra de conduta das pessoas nas relações jurídicas, principalmente obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta.

Esto significa em suma que la buena fe objetiva se refiere a la conducta obligacional típica anhelada entre las partes, por la cual se puede esperar que haya honestidad y rectitud de conducta en el embate entre ellas. Sin embargo, ¿cómo esperar honestidad y rectitud de conducta de quien es acusado de incumplir alguna ley? Esta misión corresponde, por tanto, al representante legal de las partes, a quien se debe exigir la buena fe objetiva. En cuanto a esto, De Plácido e Silva completa, resaltando que:

Entre los principios basilares del Código Civil de 2002 está el de la buena fe objetiva, como se desprende de lo dispuesto en su artículo 187, indicando que se debe investigar si el ejercicio de los derechos se hace con la buena fe, que se desprende del que objetivamente es demostrado por el agente, predominando sobre la buena fe subjetiva, que es el estado de consciencia del mismo. Por lo tanto, el juez debe perquirir, en cada caso, si la acción u omisión del agente resultó de buena fe por lo que objetivamente fue demostrado.<sup>55</sup>

Karl Larenz<sup>56</sup> explica que, en el Derecho, el principio de la buena fe objetiva atraviesa tres dimensiones: (1) como criterio esencial de interpretación de las normas jurídicas; (2) como limitación de la autonomía privada; e (3) como deber general de conducta obligacional, mediante integración. Mientras tanto, en lo que respecta a los principios sociales en el ámbito de las obligaciones civiles, es importante evitar que la función social y la equivalencia material sean entendidas como expresiones específicas de buena fe y no como principios autónomos y yuxtapuestos,” para que la absorción o la subalternidad de los demás principios sean alejadas a fin de comprenderlos y aplicarlos de modo armonizado.

Según Thiago Helton<sup>57</sup>, en la falta de principios generales o ante alguna laguna normativa sobre un tema, o todavía ante algún conflicto entre las normas jurídicas existentes o de su interpretación, la buena fe es uno de los principios que sirve de guía para la solución conveniente de las cuestiones más complejas, teniendo en

---

<sup>55</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.354. En original: Entre os princípios basilares do Código Civil de 2002 está o da boa-fé objetiva, como decorre do disposto em seu artigo 187, indicando que se deve perquirir se o exercício dos direitos se faz com a boa -fé, que decorre do que objetivamente é demonstrado pelo agente, predominando sobre a boa -fé subjetiva, que é o estado de consciência do mesmo. Assim, o juiz deve perquirir, em cada caso, se a ação ou omissão do agente resultou de boa-fé pelo que objetivamente foi demonstrado.

<sup>56</sup> LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: ERDP, 1958, p. 32.

<sup>57</sup> HELTON, Thiago. **A importância do princípio da boa-fé na prática da advocacia**. Aurum.com, 2019.

cuenta la importancia de seguir sus directrices en la confianza de que siempre será observado por las partes implicadas, pero especialmente por la parte reclamante.

Dicho principio establece importantes “deberes de conducta”: (1) de cuidado y respeto con relación a la otra parte de cualquier negocio jurídico; (2) de informar a la otra parte sobre el contenido del negocio; (3) de actuar conforme la confianza depositada; (4) de lealtad y probidad; (5) de colaboración o cooperación; (6) de actuar con honestidad; y (7) de actuar conforme a la razonabilidad, la equidad y la buena razón. Estos deberes no se pueden violar, puesto que esto implique en ofensa al principio de la buena fe, especialmente en el ámbito del Derecho Privado.

En este contexto, Menezes Cordeiro y Antônio Manuel da Rocha<sup>58</sup> explican que el principio de la buena fe está presente en el Derecho Privado como deber general de conducta que abarca todas las especies de obligaciones, y de él derivan los "deberes de conducta" que, sin embargar la excelencia de la construcción doctrinaria, dilatan los efectos de las obligaciones en pro de la solidaridad y de la cooperación.

El principio sirve de recurso para la solución de casos de responsabilidad fundados en la confianza, en la lealtad e incluso en la protección de la parte más vulnerable. La consolidación de esta orientación inhibe "acción contra acto propio"; es decir, no puede valer de acto conveniente o ventajoso, y después volverse en contra del mismo cuando no más le interese, mismo que la legalidad lo permita.

Según Lôbo<sup>59</sup>, otra derivación importante del principio de la buena fe es el deber de informar, que ha adquirido autonomía propia ante la creciente tendencia del Estado Social de promover la protección o la tutela jurídica de los coadyuvantes vulnerables de las relaciones jurídicas obligacionales, como los trabajadores, por ejemplo. En las situaciones de vulnerabilidad, se hace más relevante la exigencia del deber de informar de aquel que se encuentra en situación favorable en el dominio de las informaciones, para compensar la deficiencia del otro.

Especialmente asociado a la relación de consumo, este “deber de informar” puede tener su valía en otros contextos, teniendo en cuenta que la solidaridad pasiva es necesaria, como instrumento indispensable de protección a la parte vulnerable que

---

<sup>58</sup> CORDEIRO, Menezes; ROCHA, Antônio Manuel da. **Estudos de direito privado**. Coimbra: Almedina, 1991.

<sup>59</sup> LÔBO, Paulo. **Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional: trajetória da afirmação da boa-fé no direito civil brasileiro**. GenJurídico.com, 2018.

no tenga como cargar con la carga de la información deseada, como, por ejemplo, la prueba de acoso sexual en un proceso de daños morales.

Aunque recurrentes, el número de casos de acoso sexual que llegan a los Tribunales de Justicia Laboral se reduce, principalmente por el hecho de que uno de los más grandes obstáculos para las víctimas está en constituir materia probatoria para los procesos, como explica Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>60</sup>. Esto ocurre porque, en la gran mayoría de las veces, el delito ocurre clandestinamente, y, siendo así, generalmente el caso involucra solo a la víctima y al acosador, sin que haya testigos oculares y auditivos.

Además de esto, habiendo aún testigo, éste siente recelo en relatar el hecho en juicio por miedo de perder su empleo o sufrir futura persecución en el ambiente laboral. Esto implica dificultad para la víctima de acoso sexual en probar que este delito viola su libertad sexual, y la única prerrogativa jurídica de que dispone es su buena fe como principio de conducta al hacer su denuncia.

Em los delitos contra la libertad sexual, la palabra de la persona ofendida constituye el vértice de todas las pruebas. En realidad, si así no fuera, difícilmente alguien sería condenado como corruptor, estuprador, etc., una vez que la naturaleza misma de estas infracciones indica que no pueden ser practicadas a la vista de otros.<sup>61</sup>

Esto significa que cabe al magistrado considerar la palabra de la víctima de acoso sexual como expresión del principio de buena fe en la acusación que juzgará, para que sus dificultades, frente a la carga de la prueba, sean remediadas por el dispositivo de la inversión a través de la distribución dinámica de la carga de la prueba, ya que, como nota Célia Barbosa Abreu Slawinski<sup>62</sup>, solamente la buena fe objetiva como principio jurídico se encuadra como normativo, sirviendo de fundamento para efectivas soluciones disciplinarias por parte de la ley positivada.

No obstante, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>63</sup> prefieren designar la buena fe como elemento conjunto de los “conceptos legales indeterminados”, que son palabras o expresiones presentes en las normas jurídicas

---

<sup>60</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>61</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.336.

<sup>62</sup> SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

<sup>63</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

cuyo contenido es vago o impreciso, dando margen para interpretaciones variadas. De esta manera considerada, su presencia explícita en la ley permite al juez la discrecionalidad necesaria para verificar, en cada caso concreto, si el comando legal incide deber o no ser aplicado.

Sin embargo, junto a esta discrecionalidad viene también la exigencia de mayor responsabilidad en la actuación del juez, pues, como destaca Larenz<sup>64</sup>, los conceptos jurídicos indeterminados surgen de la abstracción que “trae consigo el bonus de la simplificación y la carga de la imprecisión”. Pero vale destacar, todavía, como explica André Luiz Moraes de Oliveira, que la libertad interpretativa denominada discrecionalidad es limitada y se respalda en la verdad que “está objetivamente presente en las reglas procesales y éticas, al definir el comportamiento de las partes, de los abogados y del juez y construir una de las funciones de la prueba en el procedimiento”.<sup>65</sup>

Además de esto, Nelson Nery<sup>66</sup> recuerda que, en el concepto jurídico indeterminado, la solución es establecida por la norma general, competencia del juez solo su aplicación interpretativa, sin ninguna intervención creadora. Como cláusula general, la buena fe solo existe si está expresada en el texto legal, que, según Judith Martins-Costa<sup>67</sup>, tiene carácter elástico por otorgar extraordinaria capacidad creadora e innovadora a los jueces.

De acuerdo con las observaciones de Alberto Gosson Jorge Júnior<sup>68</sup>, la buena fe objetiva, caracterizadas por la expresión de lealtad, honestidad y deber de corrección, cristalizó la cláusula general de buena fe, permitiendo la aplicación del principio de buena fe a las situaciones materiales concretas de acuerdo con las particularidades de cada caso. Esto, considerándose también la equidad para la adecuación de los casos a las perspectivas jurídicas contenidos en el principio.

El actual Código Civil brasileño ha dispuesto expresamente la cláusula general de la buena fe, especialmente en los artículos 113, 187 y 422. En el artículo 422, el

---

<sup>64</sup> LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: ERDP, 1958, p.73.

<sup>65</sup> OLIVEIRA, André Luís Moraes de. **O princípio da livre convicção motivada no processo do trabalho**: argumentação jurídica e o domínio da racionalidade do juízo de convencimento. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p.17.

<sup>66</sup> NERY, Nelson. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>67</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>68</sup> JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.63.

principio de buena fe objetiva, asociado al principio de la probidad, se relaciona con la cláusula general de la buena fe de manera explícita, por estar citado en su enunciado como convocado para la creación del derecho. Este artículo está en sintonía con el artículo 113, por el cual los negocios jurídicos deben ser interpretados con buena fe.

El artículo 113 del CC – Ley 10.406/2002 deberá constituirse en poderosa herramienta para que el intérprete y os profesionales de derecho puedan determinar intervenciones – sea proponiendo o declarando la nulidad de los negocios jurídicos, sea simplemente alternando cláusulas abusivas con la preservación del negocio – cuando constatado vicio o desequilibrio derivado de una desviación ética en el comportamiento de cualquiera de las partes.<sup>69</sup>

O sea, como buena fe se refiere a la exigencia de la actuación honesta y lealtad, y del deber de informar, se un negocio jurídico no está de acuerdo con tal perspectiva, puede ser declarada su nulidad o pueden ser alteradas sus cláusulas. En este sentido, Jorge Júnior<sup>70</sup> completa aún que el artículo 187 trae la buena fe objetiva relacionada a la responsabilidad civil y a la teoría del abuso del derecho.

Para Rui Rosado de Aguiar<sup>71</sup>, los dictados del principio de buena fe objetiva no se limitan a las disposiciones de un artículo, al contrario, se amplían a todo el ordenamiento jurídico, pues las cláusulas generales funcionan como recursos para que los jueces encuentren las decisiones más justas, ya que sus límites son los límites delimitados por los principios. A su vez, Mariana Pretel afirma que:

Los conceptos jurídicos, indeterminados, se refieren, en todos los casos, la decisión de un hecho, en su precisión de significado por el juez, hay sólo interpretación y no creación del derecho. Ahí reside su distinción substancial relacionada a las cláusulas generales, es decir, mientras las cláusulas generales exigen que del juez la creación del derecho en el caso concreto (compita activamente en la formulación de las normas jurídicas, en una actuación muy compleja), los conceptos jurídicos indeterminados exigen solamente interpretación de las normas por parte del magistrado, teniendo el juez libertad restringida.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.63, p. 85. En original: O artigo 113 do CC – Lei 10.406/2002 deverá constituir-se em poderosa ferramenta para que o intérprete e os profissionais do direito possam determinar intervenções – seja propondo ou declarando a nulidade dos negócios jurídicos, seja simplesmente alterando cláusulas abusivas com a preservação do negócio – quando constatado vício ou desequilíbrio decorrente de desvio ético no comportamento de qualquer das partes.

<sup>70</sup> JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>71</sup> AGUIAR, Rui Rosado de. **Projeto do Código Civil: As obrigações e os contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 89, nº 775, p. 18-31, maio de 2000.

<sup>72</sup> PRETEL, Mariana. **A boa-fé objetiva como cláusula geral**. Artigo Publicado em 2009, online. En original: Os conceitos jurídicos indeterminados se referem, em todos os casos, à descrição de um fato,

Mientras la cláusula general exige del juez acto de conocimiento, de creación del Derecho, el concepto jurídico indeterminado exige del juez, acto de interpretación, con libertad limitada. Ante esto, se percibe que el principio de la buena fe encuentra positividad en el ordenamiento jurídico brasileño al caracterizarse objetivamente bien como concepto jurídico indeterminado, bien como cláusula general, pero siempre como un elemento guía para los juristas consagrar el valor de la honestidad en la conducta que desea en relación de las partes y de estas como justicia en los casos concretos llevados a juicio.

Es en este contexto que se justifica la importancia de la observancia de la buena fe en las alegaciones de las víctimas de los casos de acoso sexual, teniendo en cuenta la necesidad de la proposición como norma general de la distribución dinámica de la carga de la prueba para que la dificultad en comprobar el delito sea minimizada.

### **2.4.3 Principio de la cooperación**

Al intentar definir cooperación buscando sinónimos en diversos diccionarios, los términos que se destacan son: asistencia, colaboración, contribución y participación. Una definición simplista vincula la cooperación con la "prestación de ayuda con un fin común; una forma de colaboración, solidaridad".<sup>73</sup> No obstante, de acuerdo con Xavier Castañer y Nuno Oliveira<sup>74</sup>, la cooperación consiste en una acción conjunta realizada por individuos que tienen una finalidad u objetivo en común, por medio de métodos que son consensualmente acordados; oponiéndose, por lo tanto, a la actitud competitiva, así como, en cierto modo, a la colaboración que se caracteriza por la constante negociación de intereses en proceso continuo de comunicación.

---

em sua precisão de significado pelo juiz, há apenas interpretação e não criação do direito. E aí reside a sua distinção substancial com relação às cláusulas gerais, isto é, enquanto as cláusulas gerais exigem que o juiz crie o direito no caso concreto (concorra ativamente para a formulação das normas jurídicas, numa atuação deveras complexa), os conceitos jurídicos indeterminados exigem apenas interpretação das normas por parte do magistrado, tendo o julgador liberdade restrita.

<sup>73</sup> MICHAELIS - Dicionário, 2021, online.

<sup>74</sup> CASTAÑER, Xavier; OLIVEIRA, Nuno. **Collaboration, Coordination, and Cooperation Among Organizations: Establishing the Distinctive Meanings of These Terms Through a Systematic Literature Review**. Journals.sagepub.com, 2020.

A fin de distinguir *cooperación de colaboración*, Linn Power e Walter Thompson<sup>75</sup> explican que la colaboración es una actividad coordinada y sincrónica resultante de continuos intentos de construir y mantener la solución para un problema. La cooperación, a su vez, es realizada por la división del trabajo entre los participantes de una actividad en que cada persona es responsable por resolver una parte del problema.

Ante a esto, cuando personas actúan en conjunto, colaboran para alcanzar un objetivo común, por medio de cooperación. O sea, cooperación es método, colaboración es proceso. La cooperación integra los individuos en el proceso de colaboración que lleva al desarrollo intelectual de una solución de interés colectivo. Sin embargo, intereses individuales (negativos), pueden comprometer el resultado final del intuito colaborativo, perjudicando el beneficio social. Por otro lado, intereses individuales (positivos), pueden también representar sacrificios relevantes para el bien común, estimulando la evolución socioemocional de todos.

Para Elpidio Donizetti<sup>76</sup>, el comprometimiento cooperativo entre los individuos depende de motivaciones o deseos concernientes, de esfuerzos empleados en los encuentros de trabajo, y de la concordancia en cuanto al valor asociado a las consecuencias de las aptitudes tomadas en conjunto. La cooperación reduce costos, riesgos de engaños y tiempo en la comunicación y andamios de los procesos, inhibe comportamientos oportunistas, facilita el acceso a la información y al conocimiento de la verdad de los hechos. Sin embargo, Donizetti no hace distinción conceptual entre los términos “cooperación” y “colaboración” al afirmar que:

La doctrina brasileña ha importado del Derecho europeo el principio de la cooperación (o de la colaboración), según el cual el proceso sería el producto de la actividad cooperativa triangular (entre el juez y las partes). La moderna Concepción procesual (en el sentido de que el proceso es un medio de interés público en la búsqueda de la justa aplicación del ordenamiento jurídico en el caso concreto) exige un juez activo en el centro de la controversia y la participación activa de las partes, mediante la realización del carácter equivalente entre los sujetos del proceso. Se trata de una evolución del principio de contradicción. El deber de cooperación. El deber de cooperación estaría dirigido eminentemente al magistrado, de modo a orientar como

---

<sup>75</sup> POWER, Lynn; THOMPSON, Walter. **Collaboration x Cooperation - There Is a Difference**. huffpost.com, 2016.

<sup>76</sup> DONIZETTI, Elpidio. **Princípio da cooperação (ou da colaboração)** – artigos 5º e 10 do projeto do novo CPC. JusBrasil, 2012.

agente colaborador del proceso, incluso como participante activo del contradictorio, no más limitándose a fiscalizar la observancia a las normas.<sup>77</sup>

Esto significa que la actuación del juez es la primera que debe ser cooperativa en el análisis procesal de los hechos, a fin de estimular la cooperación entre las partes, defendiendo, de esa manera, que el Derecho sea más democrático. En este sentido, el artículo 5 del CPC – Ley 13.105/2015 establece que “las partes tienen derecho en participar activamente del proceso, cooperando con el juez y proporcionándole subsidios para que profiera decisiones, realice actos ejecutivos o determine a práctica de medidas de urgencia”.<sup>78</sup>

Considerando la necesidad de darles sentido social a los procesos jurídicos, a fin de renovar el propio Derecho, Donizetti<sup>79</sup> resalta que la cooperación de buena fe entre las partes es siempre vista como un estímulo a la justicia que se pretende tener vigente para el beneficio colectivo. Bajo esta perspectiva, adviene el “deber de auxilio”, que debe ser comprendido como la obligación del juez en auxiliar la parte más vulnerable a superar eventual dificultad que le imposibilite el ejercicio de sus cargas o deberes procesales. Un ejemplo de esto está en la distribución dinámica de la carga de la prueba, presente en el párrafo 1, del artículo 373 del CPC – Ley 13.105/2015, y en el artículo 818 de la CLT – Ley 13.467/2017, que es objeto de estudio de la presente tesis.

En el mismo sentido, Humberto Theodoro Júnior<sup>80</sup> añade que, por el artículo 6 del CPC - Ley 13.105/2015, “todos los sujetos del proceso deben cooperar entre si para que se obtenga, en tiempo razonable, decisión de mérito justa y efectiva”. En esta redacción, la cooperación propuesta no se limita a la relación entre las partes y

---

<sup>77</sup> DONIZETTI, Elpidio. **Princípio da cooperação (ou da colaboração)** – artigos 5º e 10 do projeto do novo CPC. JusBrasil, 2012. En original: A doutrina brasileira importou do Direito europeu o princípio da cooperação (ou da colaboração), segundo o qual o processo seria o produto da atividade cooperativa triangular (entre o juiz e as partes). A moderna concepção processual (no sentido de que o processo é um meio de interesse público na busca da justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto) exige um juiz ativo no centro da controvérsia e a participação ativa das partes, por meio da efetivação do caráter isonômico entre os sujeitos do processo. Trata-se de uma evolução do princípio do contraditório. O dever de cooperação estaria voltado eminentemente para o magistrado, de modo a orientar sua atuação como agente colaborador do processo, inclusive como participante ativo do contraditório, não mais se limitando a fiscalizar a observância às regras.

<sup>78</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil (CPC)**, Lei 13.105/2015, 2020d.

<sup>79</sup> DONIZETTI, Elpidio. **Princípio da cooperação (ou da colaboração)** – artigos 5º e 10 do projeto do novo CPC. JusBrasil, 2012.

<sup>80</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.35.

el juez, tampoco se restringe a la relación entre las partes; ella propone que, en la cooperación procesual, las partes cooperen con el Tribunal, y el Tribunal coopere con las partes en una aptitud colaborativa de interés social.

Esta cooperación se convierte, por lo tanto, en un deber complementario a la garantía del contradictorio, bajo la forma de un “esfuerzo necesario de los sujetos procesales para evitar imperfecciones procesuales y comportamientos indeseables que puedan dilatar injustificadamente la marcha del proceso y comprometer la justicia y la efectividad de la protección jurisdiccional”.

En este contexto, cabe resaltar lo que se acordó denominar "carga de la impugnación especificada". De acuerdo con Fredie Didier Júnior:

No se admite la formulación de defensa genérica, esto significa que el acusado no puede presentar su defensa con la negativa general de las alegaciones de hecho presentadas por el autor; cabe al reo impugnarla específicamente, so pena de que la afirmación fuera tenida como verdadera. Al autor cabe formular su demanda de manera clara y determinada; idéntica razón impone la regla que prohíbe la contestación genérica. Se prestigian así el principio de la cooperación (art. 6, CPC) y, consecuentemente, el principio de buena fe procesual (art. 5, CPC). La regla se aplica, por analogía, a la réplica, o sea, cabe al autor impugnar específicamente los nuevos hechos suscitados por el reo en su defensa, so pena de admisión y, por lo tanto, de incontrolado del hecho, cuya prueba se dispensa (art. 374, III, CPC). También se aplica la regla a los recursos, en que cabe al recurrente impugnar específicamente la resolución recurrida, so pena de no tener conocimiento de su recurso.<sup>81</sup>

Con ello, al analizar la importancia del principio de cooperación en asociación con el principio de la buena fe para la proposición de la aplicación como norma general de la distribución dinámica de la carga de la prueba para los casos de acoso sexual, se tiene que el acosador no puede negar, de manera genérica, absolutamente todo que alegue la víctima en su contra para que no se afronte la buena fe del demandante. El acusado debe hacer su defensa contra cada una de las alegaciones de forma

---

<sup>81</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. En original: Não se admite a formulação de defesa genérica, isto significa que o réu não pode apresentar a sua defesa com a negativa geral das alegações de fato apresentadas pelo autor; cabe ao réu impugná-las especificadamente, sob pena de a alegação ser havida como verdadeira. Ao autor cabe formular sua demanda de modo claro e determinado; idêntica razão impõe a regra que veda a contestação genérica. Prestigiam-se, assim, o princípio da cooperação (art. 6º, CPC) e, consequentemente, o princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC). A regra aplica-se, por analogia, à réplica, ou seja, cabe ao autor impugnar especificadamente os fatos novos suscitados pelo réu em sua defesa, sob pena de admissão e, portanto, de incontroversa do fato, cuja prova se dispensa (art. 374, III, CPC). Também se aplica à regra aos recursos, em que cabe ao recorrente impugnar especificadamente a decisão recorrida, sob pena de não conhecimento do seu recurso.

específica, de lo contrario, la alegación es tenida como verdadera, dispensando así la necesidad de la prueba.

#### **2.4.4 Principio de la equidad**

Equidad es un principio que se relaciona con la perspectiva de equilibrio de fuerzas entre los individuos, considerando la importancia de que se combata la desigualdad para que se alcance una igualdad material. En esta perspectiva, la necesidad de emplearse en veneno como antídoto busca como resultado final la justicia social, teniendo en cuenta que la igualdad necesita ser obtenida como fin y no utilizada como medio. Esta interpretación requiere la lógica matemática.

De acuerdo con Chris Dionízio<sup>82</sup>, inspirada por las lecciones de Aristóteles sobre la racionalidad práctica, presentes en la obra *Ética a Nicómaco*, la justicia puede ser ineficaz cuando trata los diferentes igualmente a través de la interpretación generalizada de las normas que obedece. Es en este contexto que se percibe la universalidad legal, a veces como equívoca, al proponer la igualdad y no la equidad, basándose en la observación de la importancia de tratarse a diferentes de manera diferente para garantizar la igualdad como forma de corregir las desigualdades.

Por las explicaciones de Nicola Abbagnano<sup>83</sup>, la equidad es un apelo hecho a la Justicia a fin de que se busque la corrección de la ley para que la justicia efectiva sea concretizada. Aún según Abbagnano<sup>84</sup>, Aristóteles enseñó que “la naturaleza de la equidad es la rectificación de la ley en lo que ésta se revele insuficiente por su carácter universal”, que la hace imperfecta o ineficaz en algunos casos específicos. Es en estos casos que la equidad requiere un juicio más justo y más consciente que el que podría ser deliberado bajo una interpretación más rigurosa de la ley.

Por lo tanto, Alípio Silveira<sup>85</sup> observa que la equidad como principio nació en la antigua Grecia con la finalidad de democratizar el Derecho al adoptarlo a cada caso específico, lo que la ponía en nivel jerárquico superior al de la justicia normativa. Sin embargo, su aplicación posibilitaba la corrupción en el ámbito de la actuación jurídica.

---

<sup>82</sup> DIONÍZIO, Chris. **Equidade racial**. Jusbrasil, 2018.

<sup>83</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 340.

<sup>84</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 340.

<sup>85</sup> SILVEIRA, Alípio. **Conceitos e funções da equidade em face do direito positivo**. São Paulo: Alípio Silveira, 1943.

Mientras que en el Derecho romano arcaico la “igualdad” defendida en la rigidez formal de la oralidad, solo se aplicaba a los que podían recurrir a la justicia; en el Derecho clásico, la influencia griega ha roto tal rigidez formal por medio de la equidad, que, expresando en textos nuevos derechos, ha conseguido desarrollar medios procesales con mayor promoción de la igualdad entre los individuos.

En el mismo sentido, De Plácido e Silva versa que la equidad no se confunde con justicia, sino con la búsqueda por la igualdad que remite al Derecho Romano como "lo que es correcto y está en la recta razón para que la interpretación de la ley y su aplicación sean benignas" .<sup>86</sup> Así, la equidad pone la justicia al servicio de la igualdad en respeto a los derechos; no obstante, como principio del Derecho Natural contradice el rigor del Derecho Positivo para atender "las razones de orden social y las exigencias del bien común". O sea, como principio la equidad tiene orden superior a la aplicación estricta de la ley para embargar, por buena fe, algún error interpretativo que ponga en riesgo la razón de ser de la propia justicia y de la razonabilidad por el exceso de rigor.

En la Edad Media, Santo Tomás de Aquino consagró en el contexto cristiano la importancia de la equidad en la aplicación del Derecho por prudencia y respeto a la justicia: sea como principio informativo e inspirador en la elaboración de las leyes; sea como limitador en la actuación del juez al exigirle moralidad y legalidad en sus decisiones. En este propósito, Pedro Carlos Sampaio Garcia<sup>87</sup> explica que el principio de la equidad permite al magistrado una actuación capaz de transformar en normas, las necesidades sociales que contribuyen al equilibrio de intereses individuales.

Interpretar una ley conlleva un entendimiento minucioso y crítico sobre todos los aspectos implicados en los hechos del proceso, pero también en las capacidades de las partes para defender plenamente sus intereses; o sea, es exactamente relevante que, en la búsqueda por la justicia, la igualdad sea alcanzada mediante el equilibrio de fuerzas que solo la equidad puede promover.

Milton Paulo Carvalho Filho<sup>88</sup> acrecienta que la equidad permite que las reglas existentes puedan ser adaptadas a cada caso concreto, dentro de los criterios jurídicos, para aplicarse el Derecho completando la justicia de manera

---

<sup>86</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.832.

<sup>87</sup> GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. **Limites do poder normativo da Justiça do Trabalho**. Jus.com, 2003.

<sup>88</sup> CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **Indenização por equidade no novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

verdaderamente igualitaria. En este proceso de adaptación que la equidad posibilita, además de no poder contradecir las normas expresadas, el juez debe considerar la moral social vigente y los demás principios del ordenamiento jurídico. Esta consideración implica que, como explica Piero Calamandrei<sup>89</sup>, el juez debe aplicar las leyes pensando no solamente en los intereses de las partes demandantes en el procedimiento, caso por caso, pero también los intereses sociales en general.

Este propósito puede todavía ser respaldado en la jurisprudencia que, como fuente secundaria del Derecho, orienta la uniformidad de la interpretación de las normas y la aplicación de principios jurídicos en los tribunales, velando por que la equidad no choque con la isonomía para que la justicia prevalezca.

Para Augusto Teixeira de Freitas Senior<sup>90</sup>, equidad es el temperamento del rigor de la ley o la moderación de Justicia fundada en el principio de la razonabilidad que impide que haya usurpación de derechos bajo alguna forma de amparo legal exagerado contra grupos vulnerables. En el Derecho moderno, la aplicación del principio de la equidad por los jueces es autorizada por la ley, de manera explícita para casos concretos específicos previstos en los dispositivos jurídicos siguientes:

Constitución de la República Federativa de Brasil Título VIII - Del Orden Social - Capítulo II - De la Seguridad Social - Artículo 194 – La seguridad social comprende un conjunto integrado de acciones de iniciativa de los poderes públicos y de la sociedad, destinadas a asegurar los derechos relativos a la salud, a la previdencia y a la asistencia social. – Párrafo único. Compite al poder público, en los términos de la ley, organizar la seguridad social, con base en los siguientes objetivos: [...] V – Equidad en la forma de participación en el coste.

Código Civil de 2002: Título IX – De la Responsabilidad Civil – Capítulo II – De la Indemnización. – Artículo 944 – La indemnización se mide por la extensión del daño. Párrafo único. Si hay excesiva desproporción entre la gravedad de la culpa y el daño, podrá el juez reducir, equitativamente, la indemnización.

CLT: Título I – Introducción. – Artículo 8 – Las autoridades administrativas y la Justicia del Trabajo, en la falta de disposiciones legales o contractuales, decidirán, en conformidad con el caso, por la jurisprudencia, por analogía, por equidad y otros principios y normas generales de derecho, principalmente del derecho del trabajo, y,

---

<sup>89</sup> CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945.

<sup>90</sup> FREITAS SENIOR, Augusto Teixeira de. **Dicionário jurídico**. Rio de Janeiro: Garnier, 1882.

aún, de acuerdo con los usos y costumbres, el derecho comparado, pero siempre de manera que ningún interés de clase o particular prevalezca sobre el interés público. Párrafo único – El derecho común será fuente subsidiaria del derecho del trabajo, en aquello en que no sea incompatible con sus principios fundamentales.

Además de la legislación explícita para el empleo del principio de la equidad, otros instrumentos legales traen la necesidad de su aplicación mediante la construcción, por parte del magistrado, de su necesidad. Para Silveira<sup>91</sup>, las lagunas, voluntarias o no, dejadas por los legisladores en el ordenamiento jurídico necesitan encontrar, en el principio de la equidad, las directrices correctivas para actuaciones eficientemente justas y dignas del Derecho, frente tanto a las desigualdades sociales, como a los avances y transformaciones de sus intereses, a fin de que las leyes no sean insuficientes para garantizar la igualdad jurídica deseada.

Ante esta perspectiva es que la propuesta de la presente tesis defiende el uso, como norma general, la distribución dinámica de la carga de la prueba en los casos concretos de acoso sexual, teniendo en cuenta exactamente la directriz correctiva del principio de la equidad para que la igualdad de fuerzas entre las partes sea alcanzada por el amparo legal explícito frente a la condición subalterna en la relación de trabajo en la que se encuadra la víctima en la composición del hecho típico de la alegación procesal.

#### **2.4.5 Principios de la Igualdad y de la Isonomía**

Según De Plácido e Silva<sup>92</sup>, igualdad en el contexto jurídico no tiene que ver con similitud material ni tiene sentido de proporcionalidad, pero corresponde a la promoción de un favorecimiento, por parte del ordenamiento constitucional, para que “las personas sean consideradas sin distinción frente a la garantía de sus derechos y obligaciones. O sea, la igualdad constitucional no es absoluta y se hace tan solamente en el ámbito legal y jurídico, civil y políticamente”.

De acuerdo con Nicola Abbagnano, “la igualdad tiene la noción generalizada de posibilitar la sustitución sin que ocurra pérdida de valor”.<sup>93</sup> En el sentido jurídico,

---

<sup>91</sup> SILVEIRA, Alípio. **Conceitos e funções da equidade em face do direito positivo**. São Paulo: Alípio Silveira, 1943.

<sup>92</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.1064.

<sup>93</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.534.

los ciudadanos son iguales ante la ley en la medida en que independientemente del reo, un mismo tipo de delito bajo las mismas circunstancias es juzgado de la misma manera sin alteración del procedimiento legal. Igualdad es “la inexistencia de desvíos o incongruencias bajo determinado punto de vista, entre dos o más elementos comparados, sean objetos, individuos, ideas, conceptos o cualquier cosa que permita hacer una comparación”.<sup>94</sup>

De acuerdo con Fernanda da Costa Lima <sup>95</sup> , la manera como la sociedad comprende el concepto de igualdad actualmente está intrínsecamente asociada al concepto de justicia en el contexto de los aspectos inherentes al régimen democrático de gobierno. Este principio es, por lo tanto, importante para que, siendo las personas iguales ante la ley conforme previsto en el artículo 5, inciso I de la CRFB/1988, el Derecho sea efectivamente igualitario al que se proponga proteger o castigar, respetado su integridad y dignidad.

Esta noción de igualdad entre todos los seres humanos, que fomenta la perspectiva que deben poseer las mismas oportunidades de tratamiento se deriva de la Revolución Francesa (1789), a través del artículo 1 de la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano. Esta noción inspiró la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 1948, y las constituciones más modernas y democráticas existente en el mundo. En Brasil, la CRFB<sup>1</sup>1988 trae esta directriz de igualdad, prohibiendo el tratamiento diferenciado a los individuos con base en criterios de raza, sexo, clase social, religión y convicciones filosóficas y políticas en su artículo 3, inciso IV.

Aunque, a nivel lingüístico, igualdad e isonomía son sinónimos, a nivel jurídico, el principio de la isonomía posee carácter concreto, mientras que el principio de la igualdad posee carácter abstracto. De esa manera, la igualdad, propiamente dicha, tiene características materiales por su amplitud y posibilidad de ser atribuida a los seres humanos en condiciones socioculturales y económicas semejantes. La isonomía tiene características formales por tratar de la igualdad en el contexto legal y hacerla expresa en el ordenamiento jurídico. Luiz Antonio Rizzatto Nunes<sup>96</sup> completa

---

<sup>94</sup> MICHAELIS - **Dicionário**, 2021, online.

<sup>95</sup> LIMA, Fernanda da Costa. **O princípio da igualdade e a seletividade no direito penal**. Direitonet.com, 2015.

<sup>96</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

esa explicación afirmando que el principio de la igualdad objetiva la materialidad (igualdad material) a través de la formalidad (igualdad formal).

Se trata de una máxima aristotélica, en la medida en que la ley deberá tratar igualmente los iguales y desigualmente los desiguales, en la medida en que se diferencian.

En la medida en que la desigualdad es importante para la concretización de la igualdad, se percibe la importancia de la equidad como medio para el Derecho de hacerse más justo. Es en este sentido que Lima<sup>97</sup> versa que “el tratamiento jurídico desigual no tiene como finalidad discriminar negativamente las personas, sino reducir desproporcionalidades en la sociedad”.<sup>98</sup>

De acuerdo con Rafael Santana Frison<sup>99</sup>, la CRFB/1988 utiliza el principio de igualdad para promover el derecho de tratamiento idéntico por la ley, considerando los criterios previstos en el ordenamiento jurídico que impiden todas las diferenciaciones arbitrarias y discriminaciones. Es decir, este principio es tan relevante que su eficacia fue consagrada bajo diferentes perspectivas inhibitorias de toda incompatibilidad con él, so pena de responsabilidad civil o penal, en los términos de la legislación vigente.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>100</sup> argumenta que los principios jurídicos definen los derechos fundamentales. El principio de la igualdad, por ejemplo, define los “derechos de igualdad” que “vinieron ofrecer una compensación a las clases menos favorecidas por los abusos cometidos por los empresarios y grandes industriales, reparando las injusticias”. Entre estos derechos fundamentales están el de sindicalización, el de huelga y los de los trabajadores.

Según Rogério Greco<sup>101</sup>, es en virtud del principio de la igualdad material que surgieron también las denominadas “acciones afirmativas”, que alinean políticas públicas y programas sociales con el propósito de mitigar las desigualdades sociales,

---

<sup>97</sup> LIMA, Fernanda da Costa. **O princípio da igualdade e a seletividade no direito penal.**

Direitonet.com, 2015, online.

<sup>98</sup> LIMA, Fernanda da Costa. **O princípio da igualdade e a seletividade no direito penal.**

Direitonet.com, 2015, online.

<sup>99</sup> FRISON, Rafael Santana. **O princípio da igualdade em suas acepções na Constituição Federal de 1988.** Jus.com, 2014.

<sup>100</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.56.

<sup>101</sup> GRECO, Rogério. **Direito humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

posibilitando así, el equilibrio de fuerzas y oportunidades entre los ciudadanos que viven en condiciones socioeconómicas demasíadamente opuestas.

Insta resalta que no se trata de una igualdad formal, aritmética, sino de una igualdad material, geométrica. Además, no en los moldes aristotélicos<sup>102</sup>, sino en los moldes rawlsianos<sup>103</sup>, lo que quiere decir: distribuir de acuerdo con la necesidad, no de acuerdo con los méritos.

El artículo 3, inciso I de la Constitución enumera entre los objetivos de la República Federativa de Brasil la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria. Como prevé el artículo 6, la educación es un derecho social. Sin embargo, en la práctica, las circunstancias socioeconómicas crean desigualdades que la legislación no consigue evitar. Como esfuerzos jurídicos para corregir las desigualdades, acciones afirmativas son adoptadas, a ejemplo de las polémicas "cuotas raciales" en las universidades públicas, por intermedio de la Ley 12.711 de 2012, que persigue la igualdad material por la denominada "justicia distributiva".

Ante esta teoría, queda patente que la necesidad de la proposición de esta tesis en tomar como norma general en el párrafo 1 del artículo 818 de la CLT – Ley 13.467/2017 la distribución dinámica de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual, como amparo del principio de la igualdad para garantizar el equilibrio de fuerzas entre el sujeto activo (acosador en posición jerárquicamente superior) y el sujeto pasivo (víctima de acoso sexual en posición jerárquicamente inferior). Esto porque este equilibrio de fuerzas en los casos de concretos juicios es necesario para reducir la desigualdad social inherente a las condiciones socioeconómicas de estos dos sujetos en confronto.

Es en este sentido que Bastos<sup>104</sup> explica que el principio de la isonomía (igualdad formal) presente en el artículo 7 del CPC – Ley 13.105/2015 tiene por objeto garantizar "a las partes paridad de trato en relación con el ejercicio de derechos y facultades procesales, a los medios de defensa, a las cargas, a los deberes y a la aplicación de sanciones procesales, siendo competencia del juez velar por el efectivo contradictorio".

---

<sup>102</sup> ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**: São Paulo: Abril Cultural, 1983.

<sup>103</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>104</sup> BASTOS, Athena. **Isonomia e igualdade**: o papel do Direito em uma sociedade mais justa. Sajadv, 2019, online.

Siguiendo este dispositivo legal con el objetivo de garantizar la igualdad de condiciones procesales a las partes, es que los casos de acoso sexual encuentran en el propio párrafo 1 del artículo 818 de la CLT la posibilidad del juez tomar medidas como la distribución dinámica de la carga de la prueba en beneficio de la acusación. Siendo así, se percibe que la isonomía permite la equidad conquistar la igualdad quista por el Derecho en la búsqueda por la justicia social, por medio de un ordenamiento jurídico cooperativo para beneficiar los ciudadanos de buena fe, los cuales no pueden ser perjudicados con la aplicación de normas jurídicas caso por caso o sin compromiso.

En resumen, el párrafo 1º del artículo 818 de la CLT - Ley 13.467/2017 concede la prerrogativa de la distribución dinámica de la carga de la prueba al juez, que mediante análisis de las peculiaridades del caso específico aplica el principio de la igualdad formal por la abstracción del concepto jurídico indeterminado sobre la cláusula general para tomar su decisión en la aplicación del Derecho, dentro de los criterios y límites del principio de la legalidad.

Así, los principios de la buena fe, de la dignidad de la persona humana y de la igualdad sostienen la distribución dinámica de la carga de la prueba.

Sin embargo, esta situación no satisface el objetivo del derecho moderno de promover la justicia social y los derechos fundamentales que la sostienen. Al final, si todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse de conformidad con los principios jurídicos, la posibilidad de que el juez no adopte la distribución dinámica de la carga de la prueba como norma general en los casos de acoso sexual en beneficio de la acusación, que se encuentra en condición de desigualdad social y de fuerzas contra quien acusa, representa afronto directo al PDPH y otros principios jurídicos.

Judith Martins-Costa explica que los “principios jurídicos, sin cambiar o derogar normas jurídicas, permiten adaptar el Derecho a la evolución de los valores y demandas de la sociedad”.<sup>105</sup> En este propósito es posible observar que, en diferentes momentos históricos, a través de las soluciones de casos concretos, un principio va moldeando, adaptando e incluso transformando la interpretación de las leyes, sin poner en peligro la estabilidad jurídica.

---

<sup>105</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre: v. 15, 1998, p.18.

Este “proceso de adaptación continuada evita la obsolescencia de las normas jurídicas ante el advenimiento de nuevas exigencias sociales”, descrito por Martins-Costa.<sup>106</sup> En este sentido, la propuesta de modificación del párrafo 1 del artículo 818 de la CLT, por intermedio de la Ley 13.467/2017, para hacer de la distribución dinámica de la carga de la prueba una norma general en los casos de acoso sexual tiene como base la observación de los principios de la buena fe, de la cooperación y de la equidad como motivadores del principio de la igualdad para que la aplicación del Derecho alcance realmente la justicia social deseada en forma de la igualdad material que el PDPH estimula y por la cual se concretiza.

Como consecuencia de los principios de buena fe, cooperación, equidad e igualdad, como también, y principalmente, del principio de la dignidad de la persona humana, la distribución dinámica de la carga de la prueba, previsto en el artículo 818, párrafo primero de la CLT, se convierte en norma general.

La hipótesis de alteración de la ley a través de la consideración de los conceptos jurídicos indeterminados y de las cláusulas generales de los principios presentados pretende hacer que la norma sea más abierta y flexible, más duradera frente a la dinámica de las transformaciones sociales y, principalmente, más justa en los casos concretos de acoso sexual.

---

<sup>106</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre: v. 15, 1998, p.18.



### 3 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACOSO SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

Abordados en el capítulo anterior, os principios jurídicos referentes a la problemática de las tesis, los cuales se relacionan con la concepción de un derecho procesual constitucionalizado, es llegado el momento de estudiar el acoso sexual en el ordenamiento jurídico brasileño, con el fin de analizar, con la profundidad necesaria, una de las categorías fundamentales de la pesquisa.

La investigación sobre el acoso sexual se inicia por los conceptos jurídicos extraídos de la legislación, doctrina y jurisprudencias brasileñas, abordando, aún, algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, en especial el argentino. Además, es relevante para la presente tesis, la caracterización de los daños causados en la ocurrencia de casos concretos y, por consecuencia, de los impactos personales y sociales implicados.

La caracterización de las víctimas, la caracterización de los acosadores, la estadística de los asedios en los procesos laborales, son fundamentales para que se entienda la permanencia de la propuesta de modificación del apartado 1 del artículo 818 de la CLT, haciendo dinámica la distribución de la carga de la prueba una regla general.

#### 3.1 El crimen de acoso sexual en el ordenamiento jurídico brasileño

El acoso sexual es considerado por Rodolfo Pamplona Filho<sup>107</sup> una enfermedad social antigua. Sin embargo, para el Derecho brasileño, la criminalización ocurre únicamente como consecuencia de las relaciones laborales, de conformidad con el artículo 216-A del Código Penal brasileño (CP) – Decreto-ley 2.848/1940<sup>108</sup>, modificado por el artículo 1 de la Ley 10.224 de 2001<sup>109</sup>.

En este sentido, el tipo penal del artículo 216-A del CP está redactado en los siguientes términos: "avergonzar a alguien con el fin de obtener ventaja o

---

<sup>107</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio sexual**: questões conceituais. Jus.com, 2005, online.

<sup>108</sup> BRASIL. **Código penal** (1940) Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2022.

<sup>109</sup> BRASIL – **Código Penal para o crime de Assédio Sexual** – Lei 10.224 de 2001, 2021b.

favorecimiento sexual, prevaleciendo el agente de su condición de superior jerárquico o ascendencia, inherentes al ejercicio del empleo, cargo o función”.<sup>110</sup>

El artículo está localizado en el Título VI de la Parte Especial del Código Penal de 1940, elaborado durante el gobierno de Getúlio Vargas. Se trata del título con mayor cantidad de modificaciones en la Parte Especial del CP, titulado *Delitos contra la dignidad sexual*. A título de curiosidad, referido título, cuando su elaboración, era titulado *Delito contra las costumbres*. Entre las varias modificaciones recibidas en su cuerpo está la propia definición del delito de acoso sexual, que ocurrió en el año 2001, como se señala en otra parte, a través de la Ley nº 10.224.

De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el acoso sexual se caracteriza por acciones, insinuaciones, contactos físicos forzados, invitaciones impertinentes, siempre que presenten una de las siguientes características: a) Ser una condicional clara para mantener el empleo; b) influir en las promociones de la carrera del acosado; c) Perjudicar los rendimientos profesionales, humillar, insultar o intimidar a la víctima.

Estudiando el tipo penal, se percibe que existe el acoso sexual cuando un agente en superioridad jerárquica o ascendencia inherente al ejercicio del empleo, cargo o función constriñe a alguien con el fin de obtener ventaja o favorecimiento sexual, prevaleciéndose el agente de su condición. En ese sentido, a título de curiosidad, la doctrina desconsidera la existencia de acoso entre profesor y alumno, fieles y religiosos, dada la inexistencia, en tales casos, la ascendencia relativa al ejercicio de empleo, cargo o función.

Sin embargo, el acoso sexual debería caracterizarse por cualquier conducta de índole sexual no deseada tendente a restringir la libertad sexual de uno, estableciendo situación constringente a través de amenazas, que ocurriera en cualquier entorno. Infelizmente, la legislación brasileña ha creado una limitación para el delito de acoso sexual a las relaciones en ambiente laboral, especificando algo que debería ser ampliamente combatido.

Esta restricción legislativa se muestra aún más frágil ante la argumentación de Cidália Santos da Silva<sup>111</sup>, que resalta haber varias perspectivas en la definición de

---

<sup>110</sup> BRASIL. **Código penal** (1940) Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2022.

<sup>111</sup> SILVA, Cidália Santos da. **Análise da figura do assédio moral**: doença de trabalho ou acidente de trabalho. Academia.edu, 2012.

acoso sexual, en las cuales el límite entre lo que es o no socialmente aceptable es bastante tenue y polémico, dificultando, así, una conceptualización jurídica libre de aspectos cuestionables. Exactamente por eso, cada caso debe ser analizado individualmente, como defendido por Alberto Pizzoferrato <sup>112</sup> alegando que tal procedimiento puede evitar interpretaciones tanto extensivas (derivada de la carencia de amplitud de la ley por decir menos que debería), cuánto restrictivas (derivada de la amplitud exagerada de la ley por decir más de lo que debería), exigiendo al intérprete la verificación de los reales límites de la norma positivada.

De acuerdo con Michael Rubinstein<sup>113</sup>, lo que configura el acoso sexual es la reiteración de la conducta, requisito que solo se puede rechazar ante la gravedad inaceptable por el grado de intimidad característico en la connotación sexual del acto. En este sentido, Alice Monteiro de Barros<sup>114</sup> cuenta que, en Reino Unido y Costa Rica, la legislación considera que basta "un" incidente para que se aplique el castigo contra la discriminación y el acoso sexual, lo que ocurre también en Brasil.

Cidália Santos da Silva<sup>115</sup> resalta que acoso sexual se puede clasificar en dos especies: (1) por chantaje; (2) por intimidación o ambiental. A la vez que la primera especie se caracteriza por el abuso de autoridad de superior jerárquico para conseguir favores sexuales mediante amenaza de perjuicios laborales al subordinado, la segunda se caracteriza por importunaciones de carácter sexual, ofensivas u hostiles, de forma verbal o física, para perjudicar el desempeño profesional del individuo.

Adelante, Silva <sup>116</sup> destaca que solamente el acoso sexual por chantaje se tipifica en el Derecho brasileño, extendiendo el abuso de poder no solo a la hipótesis de amenaza de causar perjuicio a la persona acosada, sino también a la hipótesis de la promesa de beneficio adicional en caso de que la víctima acepte el acoso.

---

<sup>112</sup> PIZZOFERRATO, Alberto. **Molestie sessuali sul lavoro**: fattispecie giuridica e tecniche di tutela. Padova: CEDAM, 2000.

<sup>113</sup> RUBINSTEIN, Michael. Dealing with harassment at work: the experience of industrialized countries. Tradução: **Lidando com o assédio no trabalho**: a experiência dos países industrializados. Publicado como Resumo das Condições de Trabalho - Combate ao Assédio Sexual no Trabalho, vol. 11, n. 1. Genova: Escritório Internacional do Trabalho, 1992.

<sup>114</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **O assédio sexual no direito do trabalho comparado**. Em Genesis – Revista de Direito do Trabalho, vol. 70. Curitiba: Genesis, outubro de 1998.

<sup>115</sup> SILVA, Cidália Santos da. **Análise da figura do assédio moral**: doença de trabalho ou acidente de trabalho. Academia.edu, 2012.

<sup>116</sup> SILVA, Cidália Santos da. **Análise da figura do assédio moral**: doença de trabalho ou acidente de trabalho. Academia.edu, 2012.

Tal propuesta de negociación es conocida como “*quid pro quo*” o “esto por aquello”. Aunque el acoso sexual por intimidación no sea delito tipificado en el ordenamiento jurídico brasileño, es acato ilícito caracterizado como violación de la libertad sexual para la que se puede imponer punición en el ámbito civil.

Rodolfo Pamplona Filho,<sup>117</sup> que define el acoso sexual como conducta no deseada, que, aunque siendo repelida se repite continuamente en ambiente laboral, subraya que la Directiva 78 de 2000, del Consejo de la Comisión Europea (CCE) sobre la igualdad de trato en el empleo y en la actividad profesional se refería al acoso no sexual en el trabajo, con el fin de prohibir todas las formas de discriminación motivadas por religión, convicciones ideológicas, discapacidad física o mental, raza, edad u orientación sexual.

Sin embargo, el acoso sexual empezó a ser tratado en 1991 en la Recomendación 131 de la Comunidad Económica Europea (CEE), que fue adoptada por la Comisión Europea (CE) en 1992 a través de un informe, por el que tal evento constituye aspecto desagradable e “inevitable” de la vida profesional que afecta tanto la dignidad y la integridad de los empleados, como la productividad y el rendimiento de la actuación laboral para los empleadores.

En la referida recomendación, el acoso es sexual por comportar actividad de carácter sexual, independientemente del sexo de la víctima y del acosador o cualquier cuestión de género. No obstante, la Directiva 73 de 2002, de la CE ha innovado de manera bastante polémica al asociar el acoso sexual a una forma de discriminación con base en el sexo, porque el género de la víctima es factor determinante para su elección como blanco del acosador. La Recomendación 131 de la CEE para 1992 (R92/13/CEE, 1991) destaca que:

En determinadas circunstancias, y según la legislación nacional, el acoso sexual puede ser considerado un delito o constituir una infracción de otras obligaciones impuestas por la ley, en particular las obligaciones en materia de salud y seguridad, o cualquier obligación contractual o de otro tipo que incumba a un buen empleador. Dado que el acoso sexual es una forma de mala conducta por parte de los trabajadores, los empleadores tienen la responsabilidad no solamente de enfrentar su ocurrencia de la misma manera que enfrentan cualquier otra forma de mala conducta de los trabajadores,

---

<sup>117</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Orientação Sexual e Discriminação no Emprego**. São Paulo: LTr, 2000.

pero también de que ellos mismos se abstengan de acosar a los trabajadores.<sup>118</sup>

En ese contexto, Cidália Santos da Silva<sup>119</sup> explica que el acoso sexual es un acto ilícito que constituye violación al principio de libertad sexual, por restringir el derecho individual de la persona a disponer libremente de su propio cuerpo (como, cuando y donde quiera, respetados los límites de adecuación al pudor), caracterizándose, así como conducta discriminatoria, que es jurídicamente vedada. Eso implica que, aunque la legislación brasileña criminalice el acoso sexual como evento limitado por las relaciones de trabajo, el hecho puede ser tipificado en cualquier forma que exceda los límites de la licitud.

Luiz Carlos Gomes<sup>120</sup> teoriza que, en la conceptualización del acoso sexual en el ordenamiento jurídico brasileño, se destacan cuatro elementos: (1) el sujeto pasivo (víctima, destinatario o acosado) y el sujeto activo (agente acosador) en relación laboral; (2) la conducta de naturaleza sexual; (3) el rechazo a la conducta del acosador; e (4) la reiteración de la conducta.

Estos elementos son considerados en función de requisitos esenciales para que el acoso sexual sea considerado un caso concreto. No hay legislación específica para el acoso sexual y el artículo 216-A del CPB (Ley 10.224/2001) lo trae sucintamente, como un delito caracterizado por tres aspectos: 1º) constreñimiento ilícito (imposición contraria a la voluntad de la víctima); 2º) finalidad especial (favorecimiento sexual); y 3º) abuso de la posición de superioridad laboral.

Para Pamplona Filho <sup>121</sup> , los sujetos siempre son dos o más personas implicadas en actos de constreñimiento o instigación sexual, en los cuales es necesario definir la autoría para delimitar la responsabilidad, una vez que pueden ocurrir no solo entre empleado y empleador, sino también entre colegas de niveles jerárquicos distintos.

---

118 R92/131/CEE - **Recomendação 131 para 1992 da Comunidade Económica Europeia**: proteção da dignidade da mulher e do homem no trabalho. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 1991, online.

119 SILVA, Cidália Santos da. **Análise da figura do assédio moral**: doença de trabalho ou acidente de trabalho. Academia.edu, 2012.

120 GOMES, Luiz Flávio. Lei do assédio sexual (10.224/01): Primeiras notas interpretativas. **Revista de Estudos Criminais da Universidade de São Paulo (USP)**, 2001.

121 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O assédio sexual na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2001.

De acuerdo con Aloysio Santos<sup>122</sup>, conducta de naturaleza sexual y la moralidad de cada sociedad y momento histórico. En este sentido, cosas sencillas para algunos pueden ser escandalosas para otros. Dado eso, el legislador debe estar atento a la definición de los bienes jurídicos penales relacionados a la dignidad sexual. Ese cuidado es fundamental en el proceso de criminalización primaria de bienes jurídicos.

Por lo tanto, en el contexto jurídico brasileño, la conducta sexual tiene como característica fundamental el objetivo de satisfacer la libido. Esta conducta será considerada abusiva, ofensiva y agresiva cuando, mediante amenaza directa o velada, violar la voluntad de acosado no únicamente con relación a su integridad psicológica y/o física, pero también su moral y estabilidad emocional, generando miedo, ansiedad y dolor.

Cidália Santos da Silva<sup>123</sup> esclarece que el acoso sexual solo se configura cuando la conducta de naturaleza sexual es expresamente rechazada por el acosado a los efectos de prueba. Es decir que la forma como el acosador se porta, siendo realmente considerada no deseada y desagradable por la víctima tal oposición debe ser manifestada de manera objetiva contra inconveniente insistencia y métodos de persuasión explícitos o implícitos. "Si hay un consentimiento de la víctima, aunque sea adicta, en la práctica de la conducta de naturaleza sexual, estos hechos, *a priori*, desbordan los límites del acoso sexual para alcanzar la cuestión del abuso sexual (incluso de los tipos penales correspondientes)".<sup>124</sup>

En ese sentido, en muchos casos de acoso sexual, se alega culpa concurrente, aspecto que, según Maria Helena Diniz<sup>125</sup> e Edgard Magalhães Noronha<sup>126</sup>, aunque sea irrelevante para el Derecho Penal, debe ser considerado por el Derecho Civil en las investigaciones de crímenes sexuales. Culpa concurrente ocurre mediante la comprobación de la "provocación de la víctima" y sirve para atenuar o explicar el comportamiento de agresor, pero no para justificar el acto por el cual es responsable en la acusación llevada a juicio.

---

<sup>122</sup> SANTOS, Aloysio. **Assédio Sexual nas Relações Trabalhistas e Estatutárias**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

<sup>123</sup> SILVA, Cidália Santos da. **Análise da figura do assédio moral: doença de trabalho ou acidente de trabalho**. Academia.edu, 2012, online.

<sup>124</sup> SILVA, Cidália Santos da. **Análise da figura do assédio moral: doença de trabalho ou acidente de trabalho**. Academia.edu, 2012, online.

<sup>125</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. Vol. 7, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>126</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. V. 1, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

La culpa concurrente puede, a lo sumo, ser considerada en la dosimetría de la pena, siendo, conforme previsto en el artículo 59 del Código Penal brasileño, una circunstancia judicial, específicamente, la valoración del comportamiento de la víctima en un delito específico.

Este tipo de alegación permite al reo, en la siembra civil, compartir su responsabilidad culposa y reducir de manera proporcional el perjuicio en la indemnización por daño moral, por ejemplo.

Por lo tanto, cabe resaltar aquí que la libertad sexual de una persona no incluye la libertad para vestirse no adecuadamente en los ambientes profesionales. En ese sentido, es importante destacar que, en algunos lugares, Si ninguna cláusula contractual exige determinado tipo de vestimenta, el sentido común lo exigirá.

Como sugerido por Pamplona Filho<sup>127</sup>, la inadecuación de las vestimentas para el lugar de trabajo y, sobre todo, la "libertad" concedida a "determinadas intimidades" en público, pueden ser comprendidas por algunos juristas como manera de uno asumir el riesgo de sufrir algún tipo de acoso moral o sexual. Eso significa que la acción del agresor puede ser interpretada como respuesta a la "invitación" de la víctima, caracterizando así la culpa concurrente mediante, incluso, la evaluación de la vida anterior de la presunta víctima y su comportamiento en el lugar de trabajo en el momento del juez enmarcar el acto denunciado como acoso sexual o no.

Además de eso, todavía existen casos de la denominada litigio de mala fe, que Luiz Roberto Nuñez Padilla<sup>128</sup> explica como siendo situaciones en las que, una de las partes, o mismo ambas, actúa en desacuerdo con el principio de buena fe, con la intención ilegal de dañar a otra parte y el progreso del proceso judicial. Se trata también de una afrenta al principio de lealtad entre las partes en litigio y al principio de la legalidad incurrir en la presentación de demanda y elementos fraudulentos.

Al respecto, Cidália Santos da Silva <sup>129</sup> señala que dicha conducta es considerada maniobra de extorsión para reclamar cuantiosas indemnizaciones contra el presunto acosador (especialmente si es figura pública notoria) o el responsable legal del acto del acusado, que en el caso es el empleador, de acuerdo con los

---

<sup>127</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

<sup>128</sup> PADILLA, Luiz Roberto Nuñez. **Litigância de má-fé**. Artigo publicado na Revista Trabalho e Processo, v. 5, p. 26-33. São Paulo: Saraiva, jun. 1995.

<sup>129</sup> SILVA, Cidália Santos da. **Análise da figura do assédio moral: doença de trabalho ou acidente de trabalho**. Academia.edu, 2012.

artículos 1521 a 1523 del CC – Ley 10.406/2002 y el Resumen 341 del Supremo Tribunal Federal (STF). Esa conducta, sin embargo, ya es prevista y cohibida en el ordenamiento jurídico brasileño en el artículo 17 de la CPC (BRASIL<sup>130</sup>) y en el artículo 793 de la CLT.<sup>131</sup>

En sentido opuesto a las posibles ocurrencias de anuencia de la víctima, culpa concurrente o litigio de mala fe, en los casos concretos de persecución penal, el abuso de poder es un elemento que caracteriza el acoso sexual de manera imprescindible, pero no esencial, puesto que sea un elemento accidental en las relaciones laborales, como explica Pamplona Filho.<sup>132</sup>

El entendimiento jurídico considera más relevante la habitualidad del trabajo para que la relación laboral sea confirmada, implicando en la subordinación jerárquica de poder que es, entonces, el elemento esencial del acoso sexual por chantaje, que es criminalizado en la legislación brasileña por el artículo 216-A del CP, Decreto Ley n.º 2.848/1940 (BRASIL<sup>133</sup>), modificado por la Ley 10.224 de 2001 (BRASIL<sup>134</sup>).

Cabe también destacar que el acoso sexual es un crimen formal, que es independiente del efectivo contacto sexual, que sería agotamiento del crimen. Para Manuel García<sup>135</sup>, el agotamiento consiste en la realización de la conducta deseada por el agente. A su vez, la consumación implica la realización formal del tipo penal. En ese sentido, de acuerdo con Elena Larrauri<sup>136</sup>, el simple constreñimiento en materia sexual consuma el acoso sexual.

En ese sentido, se tiene una relación laboral implicando el sujeto activo, que es el agente o acosador jerárquicamente superior, que, a su vez, practica una conducta de naturaleza sexual, en relación al sujeto pasivo (acosado). Debe haber rechazo a la conducta del acosador, sin lo cual no hay que hablar en la ocurrencia del hecho típico.

---

<sup>130</sup> BRASIL - **Código de processo civil (CPC)**, Lei 13.105 de 2015, 2020d.

<sup>131</sup> BRASIL - **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**, Lei 13.467 de 2017, 2020f.

<sup>132</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

<sup>133</sup> BRASIL – **Código Penal Brasileiro (CPB)**, Decreto-Lei 2.848 de 1940, 2020b.

<sup>134</sup> BRASIL – **Código Penal para o crime de Assédio Sexual** – Lei 10.224 de 2001, 2021b.

<sup>135</sup> GARCÍA, Manuel. **El acoso sexual**. Guayaquil: UESS, Universidad de Especialidades Espiritu Santo, 2010.

<sup>136</sup> LARRAURI, Elena. El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración, **Cuadernos de Derecho Judicial**, nº 7, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p.13.

En esta secuencia es posible observar el papel de cada uno de los sujetos implicados en la relación laboral que también es explícitamente destacada en la Ley n.º 10.224 de 2001.<sup>137</sup>

En nivel de historicidad, es curioso señalar que, el acoso sexual existe desde el inicio de los tiempos en el que surgió la noción de poder y explotación de los seres humanos unos sobre otros, en las diferentes sociedades y culturas. Los subalternos, especialmente, los más vulnerables servían a sus patronos como les convenía, incluso sexualmente de forma consentida o no.

Barros<sup>138</sup> recuerda que el acoso sexual tuvo su primer nombre en Europa de la Edad Media (período feudal), cuando crearon la *jus primae noctis* o el “derecho a la primera noche”, en la que las jóvenes recién casadas eran obligadas a pasar la noche de bodas con su señor, bajo pena de muerte en el caso de que no fueran vírgenes. Esta práctica perversa se volvió ilícita en la legislación francesa solamente en 1409. Hasta entonces, los conceptos de acoso y abuso ni siquiera existían y no se diferenciaban, pero la conducta preliminar y/o consumada era vista como la misma cosa, factor que corroboró para que fueran consideradas sinónimos, por mucho tiempo.

Luiz de Pinho Pedreira da Silva<sup>139</sup> cuenta que, desde 1986, para los tribunales norteamericanos y canadienses, “el acoso sexual crea un ambiente laboral amenazador, hostil y ofensivo” que posibilita comportamientos direccionados también a discriminaciones de género y raza. El primer código de conducta relativo a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo fue creado por la Comunidad Económica Europea (CEE mediante la Recomendación 92/131 de 1991, adoptada por la Comisión Europea (CE) con la finalidad de promover la consciencia de la importancia de un comportamiento respetuoso a la libertad sexual de los trabajadores y su intimidad en aras del principio de igualdad y de la dignidad de la persona humana.

El acoso sexual en Brasil, como ya destacado, es delito definido por el artículo 216-A del Código Penal brasileño, asociando la vergüenza del trabajador a la ventaja sexual de superior jerárquico o ascendente en relación laboral. De acuerdo con Maria

---

<sup>137</sup> BRASIL – **Código Penal para o crime de Assédio Sexual** – Lei 10.224 de 2001, 2021b.

<sup>138</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado**. Em Genesis – Revista de Direito do Trabalho, vol. 70. Curitiba: Genesis, outubro de 1998.

<sup>139</sup> SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Ensaio de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 1998, p.93.

Cristina Peduzzi <sup>140</sup>, en esta ley, el género de la víctima es irrelevante para la caracterización del acoso sexual como delito, así como para la punición de la práctica, una vez que hombres y mujeres son iguales en derechos y obligaciones, de conformidad con el artículo 5, inciso I, de la CRFB/1988.

Por lo tanto, en los procesos penales que sean competencia de la Justicia Común el acosador está sujeto a pena prevista de un a dos años de detención. Se trata, en este caso, de crimen de menor potencial ofensivo, o sea, que posibilita la suspensión condicional del proceso y las demás medidas despenalizadoras de la Ley de los Juzgados Especiales Criminales (transacción penal y composición civil de los daños).

En proceso en la Justicia del Trabajo, la conducta de acoso sexual puede enmarcarse en dos supuestos: (1) incumplimiento de las obligaciones contractuales por el artículo 483, letra e de la CLT; y/o (2) práctica de un acto lesivo contra el honor y buena imagen por el artículo 482, letra b de la misma ley.

Promover la gestión racional de las condiciones de seguridad y salud del trabajo es deber del empleador. Al dejar de proveer esas medidas, él viola el deber objetivo de cuidado, configurándose conducta culposa. De esa manera, cabe al mismo cohibir el abuso de poder en las relaciones laborales y tomar medidas para impedir tales prácticas, de manera que las relaciones en el trabajo se desarrollen en clima de respeto y armonía.<sup>141</sup>

Según Luiz de Pinho Pedreira da Silva<sup>142</sup>, siendo caracterizada falta grave del empleador y la configuración del acoso sexual, la víctima puede obtener la rescisión indirecta de su contrato de trabajo y tiene el derecho a extinguir su vínculo laboral para recibir las parcelas debidas al aviso previo, vacaciones, 13<sup>o</sup> salario proporcional, y otras que le sean divididas por el acuerdo contractual o por la decisión del juez.

Maria Cristina Peduzzi <sup>143</sup> completa que la víctima tiene derecho a recibir indemnización en la Justicia del trabajo relativa a la reparación de los daños, por lo que se refiere al artículo 927 del CC – Ley 10.406/2002, en función del artículo 114, inciso VI de la CRFB/1988.

---

<sup>140</sup> PEDUZZI, Maria Cristina. **Assédio sexual**: conceito, direitos e prevenção - Legislação trabalhista sobre o assédio sexual. Trabalhista Legal, 2020.

<sup>141</sup> PEDUZZI, Maria Cristina. **Assédio sexual**: conceito, direitos e prevenção - Legislação trabalhista sobre o assédio sexual. Trabalhista Legal, 2020, online.

<sup>142</sup> SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Ensaio de direito do trabalho**. São Paulo, LTr, 1998.

<sup>143</sup> PEDUZZI, Maria Cristina. **Assédio sexual**: conceito, direitos e prevenção - Legislação trabalhista sobre o assédio sexual. Trabalhista Legal, 2020, online.

Aunque el Derecho Penal considere imprescindible la condición jerárquicamente superior del acosador en la relación laboral, el Derecho del Trabajo considera tal aspecto irrelevante y reconoce otras formas de acoso, garantizando el derecho a reparación para la víctima, cuya responsabilidad cabe a la empresa, según lo previsto en el artículo 932, inciso III, del CC - Ley 10.406/2002, pudiendo el empleador emprender acciones de resarcimiento contra el acosador.

Para evitar la ocurrencia de ese delito, los empleadores necesitan adoptar las normas indicadas en el capítulo V de la CLT – Ley 6.514 de 1977, en su artículo 157:

Cabe a las empresas:

- I – cumplir y hacer cumplir las normas de seguridad y medicina del trabajo;
- II – instruir a los empleados, a través de órdenes de servicio, en cuanto a las precauciones a tomar en el sentido de evitar accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales;
- III – adoptar las medidas que les determine el organismo regional competente;
- IV – facilitar el ejercicio de la fiscalización por la autoridad competente.<sup>144</sup>

La prevención de la coacción sexual en las relaciones laborales funciona como manera de buscar el predominio del principio de la dignidad de la persona humana, del respeto y de los derechos de los ciudadanos en el ambiente laboral, como directrices de las prácticas internas, de acuerdo con las definiciones del Consejo Superior de la Justicia del Trabajo (CSJT) del Tribunal Superior del Trabajo (TST) y de la Oficina de la Presidencia (OP), a través del Acta Conjunta 24/CSJT.TST.GP 2014 (BRASIL <sup>145</sup>), que expresa la Política Nacional de la Responsabilidad Socioambiental de la Justicia del Trabajo (PNRS/JT).

En ese sentido, según Manoel Jorge Silva Neto<sup>146</sup>, el Programa Nacional de Prevención de Accidentes de Trabajo (PNPAT), conocido como Programa Trabajo Seguro (PTS) de la JT, en colaboración con varias instituciones públicas y privadas, formula y ejecuta proyectos y acciones de prevención de accidentes y fortalecimiento de la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (PNSST) en consonancia con las Convenciones de la OIT.

<sup>144</sup> BRASIL - **Consolidação das Leis do Trabalho** (CLT), Lei 5.452 de 1943, 2021c, online.

<sup>145</sup> BRASIL – Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT). Tribunal Superior do Trabalho (TST); Gabinete da Presidência (GP). **Ato Conjunto 24/CSJT.TST.GP - 2014**. Boletim Interno do TST, Brasília – Distrito Federal, n. 46, p. 2-8, nov. 2014, 2021d.

<sup>146</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. **Questões controvertidas sobre o Assédio Sexual**. Artigo publicado na Revista do Curso de Direito da UNIFACS, vol. I. Coleção Acadêmica de Direito, n. 22. Porto Alegre: Síntese, 2001.

La Sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo nº 108, celebrada en Ginebra, Suiza, por la OIT<sup>147</sup>, destinada a “acabar con la violencia y el acoso en el mundo laboral”, trajo en su Informe V (2B), en el artículo 5, que cada uno de los 101 países miembros de la Convención debe: reconocer el derecho al trabajo libre de violencia y acoso, de acuerdo con la legislación y circunstancias nacionales; reconocer las funciones, las atribuciones complementares y las responsabilidades de los gobiernos, y de las las entidades y organizaciones del trabajo; y adoptar un enfoque integrador e integrado, considerando las opciones de género, a fin de:

(a) prohibir por ley la violencia y el acoso; (b) garantizar que las políticas pertinentes aborden la cuestión de la violencia y el acoso; (c) adoptar una estrategia integral para la implementación de medidas para prevenir y combatir la violencia y el acoso; (d) establecer mecanismos de control de la aplicación y de acompañamiento o reforzar mecanismos existentes; (e) garantizar que las víctimas tengan acceso a vías de recurso y reparación y a medidas de apoyo; (f) prever sanciones; (g) desarrollar herramientas, directrices y actividades de educación y de formación, y acciones de sensibilización, y (h) velar por que existan medios de inspección e investigación eficaces de los casos de violencia y acoso a través de la inspección del trabajo o de otros organismos competentes. (OIT<sup>148</sup>).

En ese grupo de objetivos legales acordados por la OIT es importante para el propósito de la presente tesis destacar el ítem (e): "asegurar que las víctimas tengan acceso a vías de recurso y reparación y a medidas de apoyo". Delante de esta perspectiva, en el párrafo 1 del artículo 818 de la CLT, como regla general, la distribución dinámica de la carga de prueba tendrá función esencial para garantizar que las víctimas en casos concretos de acoso sexual tengan asegurados su dignidad por medio del amparo legal para recurrir a la justicia por la reparación de sus daños.

### 3.2 El delito de acoso sexual en el ordenamiento jurídico argentino

Presentada la caracterización del acoso sexual en el ordenamiento jurídico brasileño, se pasa a su caracterización en el ordenamiento jurídico argentino, con el objetivo de recoger elementos para la profundización de la discusión teórica prevista.

<sup>147</sup> OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Acabar com a violência e o assédio no mundo do trabalho**. 108.ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, Relatório V (2B). Genebra: OIT, 2019.

<sup>148</sup> OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Acabar com a violência e o assédio no mundo do trabalho**. 108.ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, Relatório V (2B). Genebra: OIT, 2019, p.7-8.

De acuerdo con Rodolfo Pamplona Filho<sup>149</sup>, acoso sexual, siendo considerado como una especie de violencia laboral que ocurra por chantaje mediante abuso de autoridad.

Todavía no hay legislación específica, pero las leyes genéricas pueden ser aplicadas, como la Ley del Contacto de Trabajo (artículos 62, 63, 66, 67, 75 y 242) y las leyes sectoriales que se aplican a la Administración Pública.

Sin embargo, Cecilia Felgueras y Juan Manuel Alemany<sup>150</sup>, señalan que la Ley 1.225 de 2004 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuyo objetivo es prevenir, castigar y erradicar la violencia en el trabajo en el sector público, que ocurre mediante el acoso sexual (artículo 1 bis). El citado texto normativo, en su artículo 6, define el acoso sexual como:

Cualquier acción, comentario repetido, conducta y/o manifestación ofensiva, sea verbal, escrita, simbólica o física, con connotación sexual no consentida por el destinatario, y que perjudique su conformidad o desempeño en el trabajo y/o bienestar personal cuando haya concordancia de las siguientes circunstancias:

Cuando se formula con anuncio expreso o tácito de causar daño a la víctima con respecto a las expectativas que ésta pueda tener en el campo de la relación.

Cuando el rechazo o denegación de la víctima sirva de base para la toma de decisiones en relación a esa persona o a un tercero directamente ligado a ella.

Cuando el acoso interfiere con el desempeño normal del trabajo, estudios, beneficios o trato, causando un ambiente intimidante, hostil o ofensivo. El acoso sexual es especialmente grave cuando la víctima se encuentra en una situación particularmente vulnerable<sup>151</sup>

A través de los datos informativos disponibles por el Ministerio de la Justicia y Derechos Humanos de Argentina el artículo 119 del Código Penal, Ley nº 11.179 de 1984, traía en el Libro II de los crímenes, en su Título III (Delitos contra la Integridad sexual), Capítulo II, que:

ARTICULO 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abuse sexualmente de una persona cuando ésta sea menor de trece (13) años o cuando mediante violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

<sup>149</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio sexual**: questões conceituais. Jus.com, 2005.

<sup>150</sup> FELGUERAS, Cecilia; ALEMANY, Juan Manuel. **Lei argentina 1.225 de 2004**.

<sup>151</sup> FELGUERAS, Cecilia; ALEMANY, Juan Manuel. **Lei argentina 1.225 de 2004**, online.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, haya configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediante las circunstancias del primer párrafo haya acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realización otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:

- a) Resulta en grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) El hecho sea cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guardia;
- c) El autor tenga conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y haya existido peligro de contagio;
- d) El hecho sea cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) El hecho sea cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) El hecho sea cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).<sup>152</sup>

El destaque en esa ley abarca el acoso sexual sin que haya necesaria vinculación a alguna relación laboral, y la Ley Sustitutiva 27.352 de 2017 no modificó el Código Penal argentino en cuanto a los citados términos. Aunque en Argentina todavía no haya reglamentación para tratar del acoso sexual como forma de violencia en el ámbito laboral, el sector público posee el Decreto 214 de 2006, aprobado como acuerdo colectivo de obras generales de la Administración Pública Nacional (APN), que, por el título III sobre la relación laboral, el capítulo IV de los derechos, deberes y prohibiciones, trae el siguiente texto:

ARTICULO 37.- Sin perjuicio de las prohibiciones que en función de las particularidades de la actividad desempeñada pudieran agregarse en los respectivos convenios sectoriales, todos los agentes quedan sujetos a las siguientes prohibiciones:

[...]

- i) Realizar mediante el uso de su cargo, función, influencia o apariencia de influencia cualquier acto, comentario o conducta en forma reiterada con connotación sexual no consentida por quien la recibe u hostigamiento moral, sea para beneficio propio o de un tercero; bajo posibles formas de maltrato físico o psíquico, acoso sexual u homofóbico y/o que perjudique el desempeño del agente afectado, su salud, relación, dignidad o futuro laboral, o consentir dichas conductas en el personal a su cargo sin hacerlas cesar.<sup>153</sup>

<sup>152</sup> ARGENTINA. **Código Penal (Lei 11.179 de 1984)**, 2021a, online.

<sup>153</sup> ARGENTINA - Administração Pública Nacional (APN) - **Decreto 214 de 2006**, 2021b, online.

A pesar de relevante, el regimiento del sector público no atiende a la necesidad de reglamentación adecuada al sector privado en relación con el caso específico de acoso sexual. Sin embargo, el Senado y la Cámara de Diputados aprobaron en 2009 a Ley 26.485, normativa de protección integral para prevenir, castigar y erradicar la violencia contra las mujeres en las áreas en que desarrollan sus relaciones interpersonales. En este instrumento legal, el Título I de las disposiciones generales trae la caracterización de lo que puede ser comprendido como acoso sexual a través de la tipificación de la violencia sexual:

ARTICULO 5º — Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer:

[...]

3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.<sup>154</sup>

Se puede decir que a Ley 26.485/2009 también caracteriza, aunque implícitamente, el acoso sexual en la legislación argentina, por intermedio de una modalidad de violencia laboral contra la mujer en la forma de acoso psicológico.

ARTICULO 6º — Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes:

[...]

c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral;<sup>155</sup>

Por fuerza del Poder Ejecutivo Nacional (PEN), fue aprobado el Decreto n.º 1011 de 2010, conocido como Ley de Protección Integral de la Mujer que trajo a la luz de la sociedad el entendimiento sobre la discriminación contra la mujer, que sirve

<sup>154</sup> ARGENTINA. Senado e Câmara dos Deputados - **Lei 26.485 de 2009**, 2021c, online.

<sup>155</sup> ARGENTINA. Senado e Câmara dos Deputados - **Lei 26.485 de 2009**, 2021c, online.

como dispositivo complementar al entendimiento de los aspectos característicos del acoso sexual:

ARTICULO 3º.- Inciso a).- Se entiende por discriminación contra las mujeres a toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por las mujeres, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otro ámbito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.<sup>156</sup>

Analizando el ordenamiento jurídico argentino, se percibe un tratamiento a la cuestión más amplio que el previsto en el ordenamiento jurídico brasileño, lo que hace que no sea infundado afirmar que existe una protección deficiente a las víctimas del delito de acoso sexual en el Derecho brasileño, lo que vulnera el principio de proporcionalidad.

### 3.3 El tratado de la Organización Internacional del Trabajo al acoso en las relaciones laborales

Como presentado en otra parte, otro importante instrumento que ha contribuido en la eliminación de la violencia y del acoso en el mundo laboral es la Convención 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>157</sup>, elaborada en 2019. Esta convención fue suscrita por Argentina, y considera la violencia y el acoso como violaciones o abusos de los derechos humanos, que son inaceptables por ser "susceptibles de provocar daños físicos, psicológicos, sexuales o económicos". En esta definición se encuadra el acoso sexual, como forma de amenaza y/o persecución que debe ser evitada.

La Convención 190 y Su Recomendación 206 (C190/R206) da OIT<sup>158</sup> adoptan un abordaje inclusivo, integrado en consideración al género por las organizaciones de

<sup>156</sup> ARGENTINA. Poder Ejecutivo Nacional (PEN), **Decreto 1011 de 2010**, 2021d, online.

<sup>157</sup> OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 190 sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho (2019)**: doze razões pelas quais a ratificação da Convenção 190 e a sua implementação em conjunto com a Recomendação 206 são importantes para a resposta e recuperação da pandemia de COVID-19. Ilo.org, 2020, online.

<sup>158</sup> OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 190 sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho (2019)**: doze razões pelas quais a ratificação da Convenção 190 e a sua implementação em conjunto com a Recomendação 206 são importantes para a resposta e recuperação da pandemia de COVID-19. Ilo.org, 2020, online.

empleadores y de trabajadores previendo “acciones en materia de trabajo, igualdad y no discriminación, seguridad y salud en el trabajo, legislación, reglamentación y políticas en materia penal y de migración, a través de negociación colectiva”.

Las dos normativas tienen objetivos tendientes al combate a la violencia y al asedio, en varios aspectos, como se ve adelante, en una exposición detallada:

Objetivo: combatir la violencia y el acoso de género.

Contenido de las medidas: reconoce que la violencia y el acoso de género, afectan, de manera desproporcional, a mujeres. Además, reconoce que un abordaje que tenga en cuenta las causas subyacentes y los factores de riesgo, incluyendo estereotipos de género, la discriminación múltiple y la interseccionalidad <sup>159</sup> y las relaciones de poder desiguales en función del sexo.

Ubicación: Preámbulo, artículos 1, 4, 5 y 10 de la Convención 190 y páginas 16 a 18 de la Recomendación 206.

Objetivo: proteger la seguridad y el bienestar de todas las personas en el trabajo.

Contenido de las medidas: fornece orientaciones claras que pueden ayudar empleadores y trabajadores a identificar los peligros, evaluar los riesgos de violencia y acoso. Adopta políticas de combate a la violencia y acoso en el ambiente laboral y de evaluación de todos los factores de riesgos asociados como parte del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo (SST).

Ubicación: artículo 9 de la Convención 190 y páginas 8 a 18 de la Recomendación 206.

Objetivo: aplicar la ley a los medios de recurso a la asistencia como componentes esenciales al fin de la violencia y del acoso.

Contenido de las medidas: incluye mecanismos de resolución de conflictos internos y externos al lugar de trabajo, tribunales, bien como el acceso y apoyo, servicios y soluciones, nombradamente para las víctimas de violencia y acoso sexual.

Ubicación: artículo 10 de la Convención 190 y páginas 14 a 22 de la Recomendación 206.

Objetivo: reconocer la importancia de los datos estadísticos.

---

<sup>159</sup> Interseccionalidade (ou teoria interseccional) é o estudo sociológico da sobreposição ou intersecção de identidades sociais e sistemas relacionados à opressão, dominação ou discriminação, de acordo com o descrito por ZINN, Howard. **A People's History of the United States**. Nova Iorque: Harper Perennial, 2003, p. 253.

Contenido de las medidas: estimula a los Estados – miembros a no medir esfuerzos en recoger y publicar estadísticas desagregadas por: sexo, forma de violencia y acoso, sector de actividad económica, y características de los grupos en situaciones vulnerables.

Ubicación: página 22 de la Recomendación 206.

Importante señalar, como destacado, que la Convención 190 y la Recomendación 206 de la Organización Internacional del Trabajo constituyen directrices de la actuación jurídica en Argentina y en Brasil.

### **3.4 El delito de acoso sexual en ordenamientos jurídicos diversos**

Analizando los aspectos legales de otros países, Rodolfo Pamplona Filho<sup>160</sup> ha realizado una investigación descriptiva que destaca también la denominación, la caracterización y la legislación referente al acoso sexual en diferentes países, que se utilizará en esta sección del trabajo, con el objetivo de traer elementos que contribuyan a una mejor discusión de la temática propuesta.

En el derecho español, el acoso sexual consiste en importunaciones ofensivas u hostiles, de forma verbal o física, capaz de perjudicar el desempeño profesional del individuo. Referido tipo penal está previsto en el Título I, artículo 7 de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres de 2007, y artículo 184 del Código Penal.

A su vez, para el derecho portugués, el acoso sexual consiste en el comportamiento no deseado, basado en discriminación, practicado en el acceso al empleo o en el propio empleo, trabajo o formación profesional, con objetivo de perturbar o constreñir a uno, afectar su dignidad o de crearle un ambiente intimidante, hostil, degradante, humillantes o desestabilizador.

Referido tipo está previsto en el Código del Trabajo, artículo 29, indicadores 1 y 3, por el que el carácter sexual, puede ocurrir bajo forma verbal, no verbal o física, con o sin intención de obtener favor sexual, pero siempre asociado a la discriminación. El artículo 163 del Código Penal prevé el delito de coacción sexual para, criminalizar el acoso por chantaje.

---

<sup>160</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio sexual**: questões conceituais. Jus.com, 2005.

El derecho norteamericano prohíbe el denominado *sexual harassment*, que consiste en el comportamiento marcado por comentarios sexuales no deseados e inadecuados o avances físicos en un lugar de trabajo u otra situación profesional o social. La motivación del acoso sexual tiene que ver con el poder, no con el deseo sexual. Prevista en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 hace ilegal para los empleadores permitir que alguien sea acosado sexualmente en el trabajo por quien sea, independiente de sexo, género u orientación sexual.

El derecho australiano también prohíbe la conducta que, así como en el derecho estadounidense, es denominada *sexual harassment*. De acuerdo con el ordenamiento australiano, el acoso sexual consiste en la conducta de coacción sexual no deseada en ambiente laboral, practicada por superior. El tipo está previsto en la Ley de Discriminación sexual (1984).

Suecia denomina al acoso sexual como *sexuella trakasserier*. La conducta criminal consiste en el acto libidinoso no deseado practicado por un empleador o por alguien con poder de toma de decisiones ante otro. Definido en la Ley de Discriminación Sueca y en la Ley de Igualdad de Oportunidades. Interesante observar que la positivación sueca se parece bastante a la brasileña, exigiendo la práctica de la conducta por el empleador o por algún profesional con poder decisorio en relación a su subalterno.

En el derecho finlandés el acoso sexual es denominado *Seksuaalinen ahdistelu*. Se trata de conducta sexual no deseada, impuesta a cualquier persona en el espacio laboral, desde que haya contacto físico. Previsto en la Ley Estatuaria y Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres. Diferente del derecho brasileño, que considera el acoso sexual como un delito formal, o sea, que posee resultado naturalístico, sin embargo, no exigida su realización para la consumación del delito, en Finlandia, hay exigencia de contacto físico.

*Sexuelle belästigung* es el nombre dado por el derecho austríaco al acoso sexual, cuya práctica consiste en el acto de constreñimiento sexual practicado por empleador/superior, colega, clientes o socios comerciales. A nivel legislativo, dicha conducta está prevista, en el ámbito laboral, en la Ley de Igualdad de Trato y el Código de Trabajo. Además, el Derecho Penal prevé la conducta prohibida en la sección 218 del Código Penal.

En Francia, el acoso sexual es denominado *harcèlement sexuel*. Inicialmente era considerada conducta relacionada al abuso de poder que causa constreñimiento sexual. Más tardes, a su vez, la noción de abuso de poder fue extinguida y el crimen extendido a cualquier individuo en relación laboral. La Ley 92-684 de 1992 introdujo en el Código Penal el delito, y la Ley 92-1179, de 1992, lo prohibió en las relaciones laborales.

Sin embargo, la Ley de Modernización Social de 2002 suprimió todas las referencias al abuso de poder para alcanzar otros tipos de situaciones. El acoso sexual específico está regulado en el Código de Trabajo por el artículo 1153, y en el Código Penal por el artículo 222, punto 33.

*Harcèlement sexuel* o *sexuele intimidatie* es el nombre del acoso sexual en el derecho de Bélgica. El derecho belga trata cualquier conducta de intimidación sexual como acoso. El Decreto – Real de 2007 incorporó las disposiciones del Decreto de 2002, relativas a la protección en contra de la violencia y el acoso moral o sexual en el trabajo y la Ley de 1996, sobre el bienestar de los trabajadores, a la sección especial sobre el tema a ser aplicable en el ámbito privado y público. El acoso sexual es actualmente, específicamente regulado en el capítulo V-bis, primera sección, artículos 32-bis y 32-ter.

Holanda nombra al acoso sexual como *sexuele intimidatie*. Se trata de trabajo psicosocial por el que no existe más un concepto específico ligado a abuso de poder o intimidación de connotación sexual, como intento o acto consumado.

Importante señalar que la Ley Estatutaria y la Ley de las Condiciones de Trabajo distinguían acoso por chantaje de acoso por intimidación. En 2006, la Ley de Igualdad de Trato y el Código Civil establecieron acoso sexual, por el artículo 7.646, § 8, en concepto único. No obstante, en 2007, se convirtió solo en factor de carga de trabajo psicosocial.

El acoso sexual es llamado *szexuális zaklatás* en Hungría. Se hace importante destacar que no hay definición legal de acoso sexual. Sin embargo, el delito es reconocido por la práctica de intimidación sexual. El Código de Trabajo protege la dignidad del trabajador, sobre la base de la Decisión 20/2001 de la Asamblea Nacional para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, bien como por la Ley CXXV de 2003 sobre la Igualdad de Trato y Promoción de la Igualdad de Oportunidades que en su artículo 10, trata del acoso sexual.

Lituania denomina al acoso sexual como *seksualinis priekabiavimas*. Se trata de una conducta prohibida, reconocida tanto por chantaje como por intimidación. El artículo 26 de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y mujeres integrada al Decreto Legislativo 5 de 2010, define el delito por intimidación.

En el Código Penal, el artículo 152 define el acoso sexual por chantaje, mientras que el Código del Trabajo y el Estatuto de Disciplina de las Fuerzas Armadas prohíben ambos los tipos de acoso sexual: por chantaje y por intimidación.

Se denomina *molestie sessuali* al acoso sexual en el derecho italiano. La práctica consiste en el acto de intimidación sexual, así como varios otros ordenamientos jurídicos. El artículo 609 del Código Rocco de 1996, dice que cualquier persona que, por violencia o amenaza, o todavía por abuso de autoridad, obligue uno a realizar actos sexuales, será punida con prisión, de 5 a 10 años.

A su vez, en Japón, el acoso sexual es denominado *Seiteki iyagarase*. La práctica consiste en acto de intimidación o chantaje. La ley de Igualdad de Oportunidades de Trabajo y el artículo 709 del Código Civil lo tiene como acto ilegal bajo cualquier circunstancia.

Delante de esa exposición, se percibe que la legislación brasileña no se encuentra desactualizada. Solo algunas discusiones deben llevarse a cabo en el texto del CPP y la jurisprudencia, como es el caso de la posibilidad de la práctica de acoso sexual entre fieles y religiosos, asimismo como entre profesor y alumno.

Por lo contrario, el ordenamiento jurídico brasileño se encuentra está actualizado con respecto a la especie de acoso por chantaje, excepto por el hecho de la la distribución dinámica de la carga de la prueba no es una regla general en el apartado 1 del artículo 373 del CPC y del artículo 818 de la CLT.

Además de eso, la limitación de la relación laboral para caracterizar la ocurrencia del evento criminal en el contexto del Derecho laboral deja en descubierto muchos casos similares por intimidación, que también causan impactos perjudiciales a las víctimas.

### **3.5 Caracterización de los daños causados: impactos personales y sociales, víctimas y acosadores**

Como visto en la presente sección, el acoso sexual es acto de persecución insistente que afecta la paz, la libertad y la dignidad de las víctimas, causando

preocupación, angustia e incluso desmotivación para el ejercicio laboral. Según Giovana Chagas y Talita Maria Machado de Freitas<sup>161</sup>, el individuo acosado puede desarrollar traumas emocionales y psicológicos, que promueven sensación de incomodidad, inseguridad, e incluso sensación de exclusión.

La conducta abusiva en el ambiente laboral ha sido responsable por la ineficiencia profesional por falta de concentración y estrese. Chagas y Freitas<sup>162</sup> todavía señalan que, una investigación realizada en el Núcleo Forense del Instituto de Psiquiatría (IPq) del Hospital de las Clínicas (HC) de la Facultad de Medicina de la Universidad de São Paulo (FMUSP) ha concluido que las consecuencias psicológicas de casos concretos de acoso sexual en general (desasociado de relación exclusivamente laboral) divergen en función del sexo/género del acosado: jóvenes de identidad femenina pueden desarrollar disturbios alimentarios o hipersexualidad; jóvenes de identidad masculina pueden desarrollar déficit de atención/memoria y distorsión de la realidad.

La naturaleza sexual del acoso afecta la dignidad del individuo en la actividad laboral en la medida en que ofende y amenaza su intimidad y libertad. Según Manoel Jorge Silva Neto<sup>163</sup>, en los seminarios internacionales del PTS que ocurren a cada bienio, el acoso sexual ja fue discutido como causa de patologías psíquicas y psiquiátricas en 2016/2017 y situación que puede causar enfermedad mental en 2018/2019. Importante resaltar que, entre las patologías que más suelen acometer al acosado están el estrese y la depresión, pudiendo incluso llevar al suicidio.

Según relatan Jesús Péres Bilbao y otros<sup>164</sup>, la salud psicológica de los acosados sexualmente presenta no solamente reacciones de estrese y depresión, sino trauma emocional, crisis de ansiedad, nerviosismo, sentimiento de desesperación y desamparo, rabia y aversión al asediador, miedo y asco, además de la baja autoestima y la sensación de que su vida se ha convertido en un cautiverio.

---

<sup>161</sup> CHAGAS, Giovana; FREITAS, Talita Maria Machado de. **O assédio sexual**: conceito e as consequências para a saúde mental. Viver bem, 2018.

<sup>162</sup> CHAGAS, Giovana; FREITAS, Talita Maria Machado de. **O assédio sexual**: conceito e as consequências para a saúde mental. Viver bem, 2018.

<sup>163</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. **Questões controversas sobre o Assédio Sexual**. Artigo publicado na Revista do Curso de Direito da UNIFACS, vol. I. Coleção Acadêmica de Direito, n. 22. Porto Alegre: Síntese, 2001.

<sup>164</sup> PÉREZ BILBAO, Jesús *et al.* **Mobbing, violencia física y acoso sexual - riesgos derivados de las relaciones interpersonales en el trabajo**. 2. ed. Madri/Barcelona: Centro Nacional para Condições de Trabalho, 2006.

La salud física también se ve afectada con cuadros de trastornos del sueño, dolores de cabeza, problemas gastrointestinales, náuseas, hipertensión, úlceras e incluso crisis alérgicas derivadas de irritabilidad. Los impactos en la salud del acosado son determinados por su capacidad de responder al acoso de acuerdo con su vulnerabilidad en relación a la gravedad del caso vivenciado.

Rafael Prieto<sup>165</sup> presenta un trabajo de pesquisa un trabajo de investigación pionero realizado en 2017 por el Grupo de Planificación (GP), que es una organización sin fines de lucro administrada por profesionales de comunicación, especialistas en planificación estratégica para empresas en general, a los moldes de los *Account Planning Groups* o Grupos de planificación de cuentas de Reino Unido (APG-UK) y de los Estados Unidos (APG-US)

La investigación de APG-UK/US ha aplicado un cuestionario online a través del Instituto Qualibest con 1400 profesionales encuestados del sector de la comunicación de la ciudad São Paulo (68% mujeres y 32% hombres con edad media de 33 años). Los resultados presentados por Prieto<sup>166</sup> reflejan una noción preliminar de los daños causados por el acoso sexual en las víctimas: 62% de las mujeres y 51% de los hombres reportan tener algún tipo de problema de salud derivado de situaciones de acoso sexual.

Entre los hombres, 74% han relatado ansiedad, 67% sentimiento de inutilidad, 61% disturbios en el sueño, 48% depresión, 43% dolores de cabeza, 32% aumento en el consumo de bebidas alcohólicas, 31% disturbios cardiacos, 30% alteración en la libido, 26% disturbios digestivos, 23% crisis de llanto, 21% crisis de pánico, 11% aumento en el consumo de drogas, y otros.

Entre las mujeres, 75% crisis de llanto, 72% ha relatado ansiedad, 68% sentimiento de inutilidad, 61% disturbios en el sueño, 52% dolores de cabeza, 45% depresión, 39% disturbios cardiacos, 37% disturbios digestivos, 25% crisis de pánico, 20% alteración en la libido, 13% aumento en el consumo de bebida alcohólica, 5% aumento del uso de drogas y otros.

Además, el 11% de los hombres y 10% de las mujeres han afirmado haber tenido pensamientos suicidas como consecuencia de situaciones de acoso sexual.

---

<sup>165</sup> PRIETO, Rafael. **Hostilidade, silêncio e omissão**: o retrato do assédio no mercado de comunicação de São Paulo. Pesquisa sobre Assédio: Report, 2017.

<sup>166</sup> PRIETO, Rafael. **Hostilidade, silêncio e omissão**: o retrato do assédio no mercado de comunicação de São Paulo. Pesquisa sobre Assédio: Report, 2017.

Ansiedad, sensación de inutilidad y disturbios del sueño son los efectos más comunes a ambos los sexos, y mujeres son mucho más afectadas por crisis de llanto.

Por las colocaciones de Francisco J. Abajo Olivares <sup>167</sup>, el acoso moral o *mobbing* es distinto del acoso sexual, una vez que las causas que lo motivan y sus objetivos finales son diferentes. Sin embargo, casos de acoso sexual frustrados suelen evolucionar hacia el acoso moral, especialmente cuando la víctima no denuncia o cuando denuncia, pero no consigue comprobarlo en juicio. Delante de esa realidad es que, una vez más, la proposición de hacer la posibilidad de la distribución dinámica de la carga de la prueba una regla general en el párrafo I del artículo 818 de la CLT encuentra justificación.

Patrizia Romito y Natalina Folla<sup>168</sup> cuentan que una encuesta promovida por el Comité Único de Garantía (CUG) para la igualdad de oportunidades, la valoración del bienestar de los que trabajan y contra la discriminación en Italia ha concluido que:

La cuestión del acoso sexual tiene relevancia no solamente individual, sino sistémica. Además del evidente contenido discriminatorio, que es inicuo, ya que inflige sufrimiento, a menudo grave, a las víctimas, generando daños legalmente reconocidos, el acoso sexual en el ambiente laboral también impone costos significativos a las organizaciones que reciben acciones, perjudicando su eficiencia, una vez que todos los casos de acoso llevan a una productividad menor. El acoso sexual no es realizado solamente en contexto de una relación de poder, pero puede también puede implicar pares, con consecuencias negativas que pueden incluir variables que van desde la segregación al abandono de la función laboral.<sup>169</sup>

En realidad, no solamente el trabajador y la empresa se perjudican con los casos de acoso sexual, sino toda la sociedad, a la medida en que ocurre la impunidad de los acosadores por la dificultad o aún imposibilidad de que la víctima pruebe el delito. Entonces la cuestión es que el acosador impune sigue acosando a la víctima o otras víctimas y no solamente en el ambiente laboral.

Nathalia Braz <sup>170</sup> completa que el acoso sexual es una forma violenta que genera inestabilidad emocional y psíquica en la víctima en relación a su ambiente de

<sup>167</sup> OLIVARES, Francisco J. Abajo. **Mobbing**: acoso psicológico en el âmbito laboral. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

<sup>168</sup> ROMITO, Patrizia; FOLLA, Natalina. **Molestie sessuali: che fare?** Universidade de Trieste, 2019.

<sup>169</sup> ROMITO, Patrizia; FOLLA, Natalina. **Molestie sessuali: che fare?** Universidade de Trieste, 2019, p. 28.

<sup>170</sup> BRAZ, Nathalia. **Mulheres são maioria entre vítimas de assédio no trabalho** - Irritabilidade, diminuição na produtividade e depressão podem ser consequências dessa forma de violência. Artigo publicado pela Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) em 2019.

trabajo y, consecuentemente, reduce su productividad e incluso promueve el abandono del servicio. Esta forma de violencia favorece la enfermedad del trabajador causando traumas, crisis de ansiedad, irritabilidad y casos depresivos, pues amenaza la intimidad y la libertad de la víctima.

### 3.6 Caracterización de las víctimas: estadísticas de delitos sexuales

Las víctimas de acoso sexual son denominadas sujetos pasivos del delito y necesitan encuadrarse en la condición de inferior jerárquico en relación laboral con su asediador. Como bien explica Gomes<sup>171</sup>, sin esta vinculación, no hay configuración legal del caso delictuoso, puesto que el acoso sexual es practicado exclusivamente de arriba para abajo, independientemente del sexo y de la opción sexual de ambos. De acuerdo con Braz<sup>172</sup>, los datos del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) de 2018 indicaron que, de la población brasileña (208.494.900 habitantes), las mujeres representan (51,8%); no obstante, ocupan nada más que 45,6% de las plazas en el mercado laboral.

En cuanto al número de víctimas del acoso sexual, el informe de la OIT<sup>173</sup> ha afirmado que el mayor número de víctimas es de mujeres. Convergiendo con esta afirmación, los datos del R92/131/CEE<sup>174</sup> indican que algunos grupos específicos de trabajadores como los más vulnerables al acoso sexual: mujeres divorciadas o separadas, jóvenes solteras, recién llegadas al mercado laboral, las que tienen contrato de trabajo precario o irregular, las que ocupan puestos no tradicionales, las con alguna discapacidad, las lesbianas y las de etnias raciales diversas, pero también homosexuales, especialmente las más jóvenes.

En este sentido, Pamplona Filho<sup>175</sup> destaca la posibilidad de acoso sexual entre personas del mismo sexo, asociado o no a actos discriminatorios, siempre que en el

---

<sup>171</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Lei do assédio sexual (10.224/01)**: Primeiras notas interpretativas. Revista de Estudos Criminais da Universidade de São Paulo (USP), 2001.

<sup>172</sup> BRAZ, Nathalia. **Mulheres são maioria entre vítimas de assédio no trabalho** - Irritabilidade, diminuição na produtividade e depressão podem ser consequências dessa forma de violência. Artigo publicado pela Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) em 2019.

<sup>173</sup> OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Acabar com a violência e o assédio no mundo do trabalho**. 108.ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, Relatório V (2B). Ginebra: OIT, 2019.

<sup>174</sup> R92/131/CEE - **Recomendação 131 para 1992 da Comunidade Econômica Européia**: proteção da dignidade da mulher e do homem no trabalho. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 1991.

<sup>175</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Orientação Sexual e Discriminação no Emprego**. São Paulo: LTr, 2000.

ejercicio de su cargo prevalezca la condición de superioridad jerárquica, empleo o función del acosador, que es indispensable para la imputación criminal.

Maurice Drapeau<sup>176</sup>, explica que las mujeres sean las principales víctimas del acoso sexual se deriva de la estratificación vertical, en la que la mayoría de las mujeres todavía ocupa cargos en funciones subordinadas a los hombres. Otro factor que también justifica esta incidencia es la segregación horizontal en función de los sexos, por la que mujeres ocupan especialmente cargos de secretarias, recepcionistas, enfermeras, profesoras y otros. "Las mujeres son un grupo objetivo para el acoso sexual: no solo son cuatro veces más propensas que los hombres a relataren ser el objeto (un 15% en contra a un 4%), pero también están expuestas al mismo con mayor frecuencia y mayor persistencia".

El trabajo de encuesta del GP presentado por Prieto<sup>177</sup> con 1400 profesionales encuestados del sector de la comunicación (68% mujeres y 32% hombres con edad media de 33 año) ha traído resultados que reflejan una noción preliminar del perfil de las víctimas de acoso sexual en Brasil.

De esa manera, nueve en cada diez mujeres (el 90%) y casi ocho en cada diez hombres (un 76%) ya han sufrido algún tipo de acoso, sexual o moral, en el mercado laboral. Eso indica que el problema no es puntual en términos de sector de actividad laboral, pero alcanza diferentes tipos jerárquicos.

Un considerable porcentual, específicamente de 97% de los encuestados, han afirmado haber ocurrido situaciones de acoso sexual en su ambiente laboral. Para 67% de las mujeres y 52% de los hombres, situaciones de acoso sexual son frecuentes. La percepción mayor de las mujeres indica que son ellas las mayores afectadas.

Delante de la definición de acoso sexual por la presentación del artículo 216-A del Código Penal brasileño, un 51% de las mujeres y 9% de los hombres han afirmado ya haber sufrido alguna de las situaciones descritas. Eso confirma que las mujeres son las principales víctimas de acoso sexual.

---

<sup>176</sup> DRAPEAU, Maurice. *Le Harcèlement Sexuel au Travail*. Tradução: **Assédio Sexual no Trabalho**. Quebec: Yvon Blais Incorporation, 1991, p.22.

<sup>177</sup> PRIETO, Rafael. **Hostilidade, silêncio e omissão**: o retrato do assédio no mercado de comunicação de São Paulo. Pesquisa sobre Assédio: Report, 2017.

Sandra Yumi Miada <sup>178</sup> resalta que una encuesta realizada en 2019 por la consultoría de reclutamiento ejecutivo *Talenses Group*, con 3215 encuestados para el servicio público federal en Brasil, resultó que el 34% de las mujeres afirmó ya haber sufrido algún tipo de acoso sexual; de ellas, un 79% sufrió acoso verbal, un 19% acoso físico y el 2% no especificó. Solamente el 12% de los hombres relató haber sufrido acoso sexual.

La principal característica de las víctimas de acoso sexual es la vulnerabilidad, que según Maria do Céu Patrão Neves<sup>179</sup> merece respeto en forma de principio ético previsto en la Declaración Universal de Bioética y Derechos del Hombre (DUBDH) de la Organización de las Naciones Unidas para Educación, Ciencia y Cultura (UNESCO), aprobado en 2005.

Así, el acoso sexual implica la susceptibilidad a ser herido de aquel que está sujeto a ser explotado, maltratado, usado, oprimido, disminuido, menospreciado, perjudicado, discriminado y no tiene los medios necesarios para defenderse. Varios grupos se encuadran en esta definición de personas desfavorecidas o desprovistas de recursos que necesiten protección jurídica para garantizar su dignidad y sobrevivencia, o sea, el acosado está presente en las empresas, en las oficinas profesionales, en fin, en los lugares de trabajo de manera general.

Por lo tanto, la vulnerabilidad intrínseca a las víctimas de acoso sexual exige que la justicia encuentre medios para que la equidad sea distribuida de manera adecuada a minimizar lo máximo posible la desigualdad de fuerzas que permea las relaciones humanas en la sociedad. Delante de la vulnerabilidad de las víctimas, el ordenamiento jurídico brasileño necesita buscar efectivamente la equidad en la relación de las partes en juicio. Con esa perspectiva, es que la presente tesis propone que la distribución dinámica de la carga de la prueba sea regla general en el párrafo 1, del artículo 818 de la CLT.

### **3.7 Caracterización de los acosadores: estadísticas de acoso sexual en los procesos laborales**

---

<sup>178</sup> MIADA, Sandra Yumi. **Assédio Sexual**: Tratamento correccional do assédio sexual no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR). Brasília, Governo do Distrito Federal, 2020.

<sup>179</sup> NEVES, Maria do Céu Patrão. **Sentidos da vulnerabilidade**: característica, condição, princípio. Projeto: Dimensão e Escopo da Vulnerabilidade da Universidade dos Açores, 2017.

Por acosadores son denominados los sujetos activos del delito, que necesitan encuadrarse en la condición de superior jerárquico en relación laboral con su acosado. Una vez más Gomes<sup>180</sup> explica que, sin esta vinculación, no hay configuración legal del caso delictuoso, teniendo en vista que acoso sexual, teóricamente, nunca puede ser practicado de abajo hacia arriba, independientemente del sexo y opción sexual del acosador y acosado. Resalta todavía que un tercer sujeto sea partícipe sin la necesidad de esta vinculación de superioridad en posición laboral.

La Sesión 108 de la Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en Ginebra, Suiza, por la OIT en 2019, destinada a “acabar con la violencia y el acoso en el mundo laboral”, trajo en su Informe V (2B), en el artículo 4, que:

Para efectos de la presente Convención, las víctimas y autores o autoras de actos de violencia y acoso en el mundo laboral pueden ser: a) entidades empleadoras, trabajadoras y trabajadores, sus representantes u otras personas mencionadas en el artículo 2; e b) en conformidad con las legislaciones y las prácticas nacionales, terceras personas, incluidos los clientes, los proveedores de servicios, los usuarios de los servicios, los pacientes o los miembros del público.<sup>181</sup>

Una vez más, el trabajo de investigación del GP presentado por Prieto<sup>182</sup> con 1400 profesionales del sector de la comunicación (68% mujeres y 32% hombres con edad media de 33 años) trajo resultados que reflejan una noción preliminar del perfil de los acosadores en Brasil: 90% de los encuestados afirman que fueron acosados por hombres, 10% por mujeres. Entre los hombres, el 43% afirma que el acoso partió de alguien del sexo masculino, 29% del sexo femenino, 26% por personas de ambos los sexos y un 2% no respondió. Entre las mujeres, el 93% afirma que el acoso sexual partió de alguien del sexo masculino, 1% del sexo femenino, y 6% de personas de ambos los sexos. Estos números indican que por lo menos 43% de los hombres y 1% de las mujeres tienen comportamiento homosexual o bisexual en la condición de acosadores. Un 56% fue acosado por superior indirecto, de los cuales el 31% eran presidentes o socios de la agencia y 19% clientes.

---

<sup>180</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Lei do assédio sexual (10.224/01)**: Primeiras notas interpretativas. Revista de Estudos Criminais da Universidade de São Paulo (USP), 2001.

<sup>181</sup> OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Acabar com a violência e o assédio no mundo do trabalho**. 108.ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, Relatório V (2B). Genebra: OIT, 2019, p.8.

<sup>182</sup> PRIETO, Rafael. **Hostilidade, silêncio e omissão**: o retrato do assédio no mercado de comunicação de São Paulo. Pesquisa sobre Assédio: Report, 2017.

De acuerdo con Miada<sup>183</sup>, en la Administración Pública Federal (APF), por ejemplo, fueron descubiertos números crecientes, del 2014 al 2019, de procesos disciplinarios instaurados por el Sistema de *Correição* del Poder Ejecutivo Federal (SISCOR) para apurar situaciones de acoso sexual. No hay datos anteriores a 2014, y el aumento del número de procesos apurados es considerado menor que el de casos efectivos, he aquí que es notorio que muchas víctimas no denuncian a sus asediadores por miedo a represalias o alguna retaliación como despido o reducción de funciones, pero también por miedo a la transferencia o exposición incómoda en el entorno de trabajo, entre otros factores.

De acuerdo con la cantidad de 2014 a 2019, tienen los siguientes números: 2014: 0; 2015: 2; 2016: 6; 2017: 19; 2018: 94; 2019: 60.

La reducción percibida ya en 2019 puede estar asociada a la aprobación de la Convención 190 y su Resolución 206 de la OIT, por la que, según señala Michelle Gomes Heringer Caldeiras<sup>184</sup>, Brasil y otros países se comprometieron a eliminar la violencia y el acoso en el mundo laboral (incluido el acoso sexual). Así, en aras de la dignidad de la persona humana, de la equidad y de la igualdad de derechos, a través de la Comisión Especial de Combate y Prevención al Acoso (CECPA), se ha endurecido las reglas, la ampliación del monitoreo y el control de las relaciones entre los trabajadores y de éstos con las empresas, así como promoviendo la necesidad de la denuncia de los casos.

De acuerdo con Olivares<sup>185</sup>, el acoso sexual es conducta, verbal o física, de naturaleza sexual, desarrollada en una relación de trabajo, que cause situación que afecta el trabajo y sus condiciones, creando un ambiente laboral ofensivo, hostil, intimidante o humillante. Para José Luis Gonzalez de Rivera<sup>186</sup>, el acoso reiterado con la finalidad, métodos o motivación de naturaleza sexual, ejercido por persona en posición de mayor poder físico, mental o jerárquico, en contexto laboral, docente,

---

<sup>183</sup> MIADA, Sandra Yumi. **Assédio Sexual**: Tratamento correccional do assédio sexual no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR). Brasília, Governo do Distrito Federal, 2020.

<sup>184</sup> CALDEIRAS, Michelle Gomes Heringer. **Assédio na Administração Pública**: combate e prevenção. Escola do Governo do Distrito Federal, 2020.

<sup>185</sup> OLIVARES, Francisco J. *Abajo. Mobbing: Acoso Psicológico en el ámbito laboral*. Tradução: **Assédio Moral**: assédio psicológico no local de trabalho. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

<sup>186</sup> RIVERA, Jose Luis Gonzalez de. *El Maltrato Psicológico*. Tradução: **O maltrato psicológico**. 3ª ed. Madri: S.L.U. Espasa Libros, 2005.

doméstico o cualquier otra forma de subordinación del acosado al acosador es una forma de acoso sexual.

Según la OMS, la violencia sexual es “cualquier acto sexual o intento de obtener acto sexual, ataques o comentarios sexuales indeseables, tráfico o cualquier otra forma contra la sexualidad de una persona usando coerción”. En esta definición la conducta criminal puede ser practicada por cualquier persona, y no importa la existencia de cualquier relación entre la víctima y el agresor, pudiendo ocurrir en cualquier ambiente: doméstico, laboral o cualquier otro lugar. Específicamente el acoso sexual es una conducta opresiva específica que viola la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales: libertad, intimidad, privacidad, honor, igualdad de trato, valor social en el trabajo, y también el derecho a un ambiente de trabajo sano y seguro. En este sentido, el acoso sexual está inserido en el contexto de la violencia laboral como cualquier forma de comportamiento abusivo que cause daño físico, psicológico o incomodidad social/profesional a las víctimas<sup>187</sup>.

Actualmente en Brasil, es el Sistema de Defensoría Nacional de Derechos Humanos y Atención (SDNDHA) que controla las llamadas del “Ligue 180” (Llame 180) asociado al “Disque 100” (Marque 100) en sustitución al Sistema Integrado de Atención a la Mujer (SIAM) que no permitía el registro y monitoreo adecuado de la violencia contra la mujer, dificultando la extracción de datos y de informaciones para que la policía nacional pueda tomar debidamente las medidas necesarias para minimizar los problemas. En 2018, el “Ligue 180” (Llame 180) recibió 2.317 denuncias de violencia sexual, siendo el 6,81% (343) referentes al acoso sexual.<sup>188</sup> En 2019, el número de denuncias de violencia sexual fue de 85.412, siendo el 38,32% (758) referentes al acoso sexual. A pesar del aumento significativo en el número de denuncias que estadísticamente no puede ser considerado como aumento absoluto de casos porque no hay números anterior para análisis comparativo, la subnotificación es preocupante porque indica que todavía hoy los ciclos de violencia son difíciles de romperse.<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> BRASIL – Controladoria Geral da União (CGU) – Assédio Moral e Sexual, 2021g, p.22.

<sup>188</sup> BRASIL - Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher: **Relatório 2018**. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) - Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), 2021e.

<sup>189</sup> BRASIL - Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher: **Relatório 2019**. MMFDH - ONDH, 2021f.

Aún hoy, de acuerdo con los resultados del trabajo de investigación del GP presentado por Prieto (2017)<sup>190</sup> con profesionales de la comunicación, de las 959 mujeres que respondieron a la encuesta, 220 relataron haber sufrido acoso sexual, y 78% de las historias incluían acoso verbal y 39%, físico, en números asociados. El 39% de las mujeres sexualmente acosadas dijo nunca haber encontrado apoyo en las mujeres en puestos directivos y el 59% dijo nunca haber encontrado apoyo en los hombres en puestos directivos. El 58% de los hombres sexualmente acosados dijo nunca haber encontrado apoyo en las mujeres en puestos directivos. El 67% de los hombres sexualmente acosados dijo nunca haber encontrado apoyo en los hombres en puestos directivos.

Por este motivo, entre otros aspectos, el miedo es una barrera invisible que se levanta contra las denuncias. Un 57% de las mujeres y 50% de los hombres dicen calarse e ignorar el acoso por miedo a ser juzgados; 58% de las mujeres y 45% de los hombres lo hacen por miedo a ser despedidos; 61% de las mujeres y 63% de los hombres, por miedo a represalias. Según nota del Consejo Nacional de Justicia (CNJ):

El acoso puede venir de una actitud verbal o física, con o sin testigos, y ocurrir en aulas de clase, autobuses, ambiente laboral, discotecas, consultorios médicos, en la calle, en templos religiosos. El acoso no tiene un lugar específico. En el caso del acoso sexual, el plazo para que la víctima ofrezca una representación contra el ofensor es de seis meses. En el trabajo, la víctima que sea despedida injustamente o que sufra otras represalias deberá buscar el sindicato de su categoría, para que éste la represente ante la Justicia o buscar el Ministerio Público del Trabajo (MPT) de la comarca de su residencia.<sup>191</sup>

Sandra Yumi Miada<sup>192</sup> relata que, en el caso de acoso sexual en el servicio público del Poder Ejecutivo federal, estatal y municipal, la plataforma digital “Fala Brasil”<sup>193</sup> (Habla Brasil) es el canal de denuncias a los órganos y entidades que tienen esta herramienta de la defensoría, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 13.460/2017. Además de esta legislación específica de procedimiento, la Ley 8.112/1990, aunque no defina, de manera expresa, el acoso sexual como ilícito

<sup>190</sup> PRIETO, Rafael. **Hostilidade, silêncio e omissão**: o retrato do assédio no mercado de comunicação de São Paulo. Pesquisa sobre Assédio: Report, 2017.

<sup>191</sup> BRASIL– Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Serviço: **Assédio sexual não é cantada e tem punição**. Jus.br, 2016, 2021h, online.

<sup>192</sup> MIADA, Sandra Yumi. **Assédio Sexual**: Tratamento correccional do assédio sexual no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR). Brasília, Governo do Distrito Federal, 2020.

<sup>193</sup> <http://falabr.cgu.gov.br>

disciplinar, lo tiene como conducta incompatible con la moralidad administrativa (artículo 116, inciso V), manifestación de aprecio o desaprobación en el recinto de la distribución pública (artículo 117, inciso V), intento de valerse del puesto para lograr provecho personal o de otros, en detrimento de la dignidad de la función pública (inciso IX), intento de cometer a otro servidor atribuciones ajenas al cargo que ocupa (inciso XVII), y conducta escandalosa en el reparto (artículo 132, inciso V), u ofensa física (inciso VII), que vale como causa de despido.

Michelle Gomes Heringer Caldeiras<sup>194</sup> recuerda que la Ley 10.224/2001 que tipifica el acoso sexual por chantaje como delito, cuya redacción en el artículo 216, letra A del CPB expresa la definición: "constreñir a alguien con el fin de obtener ventaja o favorecimiento sexual, prevaleciéndose el agente de su condición de superior jerárquico o ascendencia inherente al ejercicio del empleo, cargo o función". Para dicha conducta, la pena definida es la detención de un a dos años. En el caso de que el acosador sea funcionario público federal, será punido en la esfera penal, civil y administrativa. pudiendo configurar acto de improbidad administrativa con base en el artículo 11 de la Ley 8.429/1992 y en la Ley Complementar (LC) 840 de 2011, que prevé la práctica de acto de acoso sexual como infracción media del grupo II (artículo 192, inciso II).

Según resaltan Miada <sup>195</sup> e Caldeiras<sup>196</sup>, por la acción de la CECPA en la prevención y búsqueda por garantizar ambiente laboral libre de violencia, fueron examinados 49 procesos deflagrados en el SISCOR, que fueron concluidos entre 2015 y 2019. El 38,78% de ellos fue de casos de acoso sexual; de estos casos 85,71% fueron instaurados en el Ministerio de la Educación; 100% de ellos tenían acosador del sexo masculino; 96,15% de ellos tenían víctimas del sexo femenino; 32% de estas víctimas, menores de dieciocho años; 51,35 de los procesos de acoso sexual resultó en punición, siendo que 42,10% de estos casos obtuvieron pena de suspensión a los acusados y en 31,58% éstos fueron despedidos del trabajo.

---

<sup>194</sup> CALDEIRAS, Michelle Gomes Heringer. **Assédio na Administração Pública**: combate e prevenção. Escola do Governo do Distrito Federal, 2020.

<sup>195</sup> MIADA, Sandra Yumi. **Assédio Sexual**: Tratamento correccional do assédio sexual no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR). Brasília, Governo do Distrito Federal, 2020.

<sup>196</sup> CALDEIRAS, Michelle Gomes Heringer. **Assédio na Administração Pública**: combate e prevenção. Escola do Governo do Distrito Federal, 2020.

Para que haya un proceso y la debida punición, es necesario que las víctimas denuncien. Según la investigación de GP presentada por Prieto <sup>197</sup>, 25% de las mujeres y 20% de los hombres dicen que siempre se posicionaron contra el acoso sufrido en el momento en que ocurrió lo mismo; 60% de las mujeres y 38% de los hombres comentaron sobre el acoso con alguien fuera del trabajo; 55% de las mujeres y 40% de los hombres comentaron con alguien del ambiente laboral, pero solamente 3% de las mujeres y 7% de los hombres hicieron una denuncia formal al RH de la empresa; y ninguna mujer y 2% de los hombres hicieron denuncia anónima en canal específico de la empresa. O sea, el número de denuncias es muy bajo, no solamente basado en el miedo, sino también por la falta de resultados efectivos.

Aún de acuerdo con Prieto<sup>198</sup>, de las 496 mujeres que sufrieron acoso sexual en el mercado de comunicación de São Paulo en 2017, 18 denunciaron formalmente, pero solamente 3 percibieron la tomada de alguna providencia. De los 42 hombres, 3 denunciaron, y 2 percibieron la tomada de alguna providencia. Este resultado es interesante teniendo en vista el hecho de la efectividad de la denuncia procedente de hombres haber sido 4 veces más considerada que las denuncias procedentes de las mujeres. ¿Por qué? ¿Por omisión de la empresa o por la vulnerabilidad de la víctima e impotencia al comprobar el acto denunciado? Los resultados de la investigación indicaron que un 87% de los empleados no recibieron orientación sobre el acoso sexual en la empresa y cómo denunciarlos. Con esto se identificó que solo el 4% de los empleados conocen el acoso sexual como tipo penal; el 78% cree que el asunto está en mayor discusión en la empresa, pero a 61% les parece que el número de casos sigue igual. Es decir, para que las víctimas denuncien los casos de acoso sexual, las empresas necesitan adecuarse a las proposiciones de la Convención 190 e su Resolución 206 da OIT.

### 3.8 Consideraciones finales

Existe una ambigüedad lingüística referente al término “acoso sexual” como conducta restringida al ambiente laboral definido por la legislación brasileña y la

---

<sup>197</sup> PRIETO, Rafael. **Hostilidade, silêncio e omissão**: o retrato do assédio no mercado de comunicação de São Paulo. Pesquisa sobre Assédio: Report, 2017.

<sup>198</sup> PRIETO, Rafael. **Hostilidade, silêncio e omissão**: o retrato do assédio no mercado de comunicação de São Paulo. Pesquisa sobre Assédio: Report, 2017.

ocurrencia de un comportamiento similar en cualquier otro entorno. Eso ocurre incluso en artículos jurídicos. A pesar de la falta de definición específica en la información, de acuerdo con Peri Dias <sup>199</sup> , fueron identificados los siguientes indicativos estadísticos sobre el acoso sexual en los estudios presentados a seguir:

Encuesta Datafolha (2017), con muestreo de 1427 mujeres, teniendo como resultado: 42% de las brasileñas que dicen ya haber sufrido acoso sexual, solamente 15% afirman haber sido en el trabajo.

Revista Veja (2018), con muestreo basado en el número de acciones de acoso sexual iniciadas en primera instancia en Brasil, teniendo como resultado: en 2013, fueron 1530 casos; en 2016, fueron 4450, siendo 88% en la esfera laboral; hasta la primera mitad del año de 2017, 4057 casos.

Según Carinne Souza<sup>200</sup>, el Ministerio Público del Trabajo (MPT) registró entre 2014 y 2019, un aumento de 64% en las denuncias de acoso sexual, y de las casi 2 mil denuncias, 476 se volvieron investigaciones civiles y proceso. Este aumento refleja la efectividad del proceso de concientización de las mujeres que han mostrado valor y buscado, cada vez más, reparación para la violación de su libertad sexual, intimidad y privacidad, y, principalmente, su dignidad.

Los casos que le ocurren a las personas públicas también sirven de inspiración para que las mujeres sigan sus ejemplos, como cuando la comedianta y actriz Dani Calabresa denunció al actor Marcius Melhem, director del programa humorístico *Zorra* de la cadena televisiva Rede Globo, por caso ocurrido en 2017. Los relatos del reportaje del Diario OPovo<sup>201</sup>, cuentan que la artista fue la primera en llevar la situación a la cúpula de la emisora, que recomendó terapia al acusado y solamente después de la repercusión negativa en las redes sociales, se decidió por una investigación interna. La sindicación interna sacó a la luz al menos cinco denunciantes contra Melhem, y 38 testigos de acosos sexuales que ocurrieron entre 2015 y 2019. Sin embargo, el resultado no fue satisfactoriamente finalizado, ya que los acuerdos internos entre actores y emisoras impidieron que un proceso jurídico fuera constituido.

---

<sup>199</sup> DIAS, Peri. **Assédio sexual no Brasil em sete estatísticas impressionantes**. Veduca.org, 2018.

<sup>200</sup> SOUZA, Carinne. **Denúncias de assédio sexual aumentam 64%, aponta MPT: 476 denúncias resultaram em inquéritos civis para investigar as violações**. Correio Braziliense, 2020.

<sup>201</sup> OPOVO. **Revista revela com detalhes denúncias de Dani Calabresa sobre assédio sexual de Marcius Melhem**. Opovo, 2020.

A pesar del valor y ejemplo de la actriz y comediante al denunciar el hecho a su empleador/responsable, la víctima no llegó a accionar la justicia para acudir a sus derechos legales por causa de su vulnerabilidad ante la fuerza de los intereses de la empresa. Una vez más, se nota que le víctima de acoso sexual, necesita encontrar los medios para que la equidad sea distribuida de manera adecuada y pueda minimizar la desigualdad de fuerzas que permea las relaciones laborales en casos complejos. Es decir, el ordenamiento jurídico brasileño necesita ser capaz de actuar de forma efectiva en el equilibrio de fuerzas entre las partes en juicio. Por ello, la proposición de la distribución dinámica de la carga de la prueba como regla general en el párrafo 1, del artículo 818 de la CLT podrá beneficiar las víctimas en casos complejos en los que el empleador huye a su responsabilidad y puede evitar una denuncia formal, en lugar de estimularla.



#### 4 EL CONTRADICTORIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y LA DISTRIBUCIÓN DINÁMICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL MARCO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Vistos en los capítulos anteriores, los principios que se refieren a la teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba a la luz de constitucionalización, observándose la Constitución bajo la óptica de la teoría de Konrad Hesse,<sup>202</sup> o sea, una norma que debe ser respetada como la principal de un determinado ordenamiento jurídico, visto también la naturaleza del acoso sexual en el ordenamiento jurídico brasileño, momento de abordar el contradictorio y la distribución dinámica de la carga de la prueba en el marco del Estado Democrático de Derecho.

Ante esto, en la presente sección serán estudiados, entre otros, las características y estructura de la teoría dinámica de la carga de la prueba; los conceptos de carga, obligación y deber de probar; la carga de la prueba en el derecho brasileño, teniendo como categoría temporal y de principalidad, el Estado Democrático de Derecho, modelo de agregación y superación, incluso, del Estado liberal, social y de derecho.

Importante resaltar que, en la presente tesis, el concepto de Estado de derecho difiere del concepto de Estado Democrático de Derecho de la siguiente manera: mientras que el Estado de derecho es caracterizado como aquel regido por normas jurídicas, el Estado Democrático de Derecho, también regido por normas jurídicas, tiene en esas normas jurídicas, como también en las decisiones políticas, el resultado del diálogo entre esos participantes, o sea, el pueblo.

Por esto, democracia coaduna con diálogo, debate, lo que representa la maduración de un determinado ordenamiento jurídico, que debe tener sus leyes decurrentes de un proceso de democracia radical. Así, la participación de los miembros de la sociedad en la elaboración y aplicación de las normas jurídicas y de las elecciones políticas, no es solo una facultad, sino una obligación.

En ese aspecto, según afirma Luiz Guilherme Marinoni<sup>203</sup>, democracia en el proceso recibe el nombre de contradictorio, teniendo en cuenta democracia ser participación y, participación en el proceso se concreta por medio de la ejecución de

---

<sup>202</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

<sup>203</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1999.

la garantía del contradictorio En este sentido, el contradictorio debe ser visto como la manifestación del ejercicio democrático de un poder.

Nunca es demasiado recordar de haber la Constitución brasileña de 1988 propuesto la construcción del marco del Estado Democrático de Derecho, o sea, un modelo pluralista que tiene como principios, entre otros, la edificación de una democracia radical inclusiva, por intermedio de la participación efectiva de todos aquellos inseridos en el orden estatal.

Esta propuesta constitucional no hará, por si sola, con que el Estado Democrático de Derecho sea instituido, o sea, no es la norma que justifica la realidad. De lo contrario, es la realidad que debe justificar la norma, es decir que, solamente con las normas jurídicas efectivamente democráticas, elaboradas, aplicadas y respetadas por intermedio del consenso y participación populares, es que será posible la concretización de esta propuesta constitucional.

De esa manera, la teoría general del proceso en el marco del Estado Democrático de Derecho tiene en el derecho fundamental al contradictorio uno de los importantes medios de realización democrática. Y el contradictorio \*se concreta, también, por medio de las pruebas en el proceso.

La presente investigación considera la teoría dinámica de la carga de la prueba como aquella que puede proporcionar la efectiva aplicación del principio de contradictorio, en consonancia con los pilares del Estado Democrático. Ante esto, antes de hacer el abordaje detallado, el concepto de distribución dinámica de la carga de la prueba, bien como del principio del contradictorio, se hace necesario estudiar el concepto de derechos fundamentales, como categoría principal de la tesis, que dicho principio constituya un derecho fundamental en el marco del Estado Democrático de Derecho.

En este sentido, se afirma que la tesis propone una discusión de un instituto procesal a la luz de la teoría moderna de los derechos fundamentales, que, en principio, serán conceptuados como derechos humanos positivados en un determinado ordenamiento jurídico, sea en nivel constitucional, sea en nivel infra constitucional.

Importante destacar todavía, que la llegada del nuevo Código de Procedimiento Civil brasileño, instituido por intermedio de la citada Ley nº 13.105, de 16 de marzo de 2015, modificó el proceso civil brasileño. No se trata de actualización del Código de

Procedimiento Civil anterior. En realidad, como resaltado, hubo a institucionalización de un nuevo proceso civil. En este sentido, uno de los institutos previstos en el Código novel procede del Derecho argentino, decurrente de una teoría estudiada, actualmente, con ahínco, por el procesalista argentino, Jorge W. Peyrano: la dinamización de la carga de la prueba.

Que se repita, dicho instituto es muy importante, haya vista objetiva de apartar la inflexibilidad de la regla de la distribución previa y estática del *onus probandi*, presente en el Código de Procedimiento Civil anterior.

Hecho es que la dinamización de la carga probatoria coaduna con la fase de constitucionalización del derecho procesal, que está insertada en el llamado neoconstitucionalismo.

De acuerdo con Paulo Ferreira da Cunha “un gran y nuevo fantasma asola a los juristas cristalizados: el espectro del neoconstitucionalismo”.<sup>204</sup> La frase, inspirada en el manifiesto de Karl Marx y Friedrich Engels, ha sido mostrada para invocar la resistencia a la novedad por parte de cualquier sociedad, lo que no es diferente de la cuestión del “nuevo constitucionalismo”.

Luego, cuando se habla en (neo)constitucionalismo, se deduce la existencia del constitucionalismo, que es definido por Paolo Comanducci<sup>205</sup> como una ideología que tiene por objetivo la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales.

De acuerdo con Flávio Martins Alves Nunes Júnior:

El neoconstitucionalismo es un movimiento social, político y jurídico surgido después de la Segunda Guerra Mundial, teniendo origen en las constituciones italiana (1947) y alemana (1949), fruto del pospositivismo, teniendo como marco teórico el principio de la “fuerza normativa de la Constitución” y como principal objetivo garantizar la eficacia de las normas constitucionales, en particular de los derechos fundamentales.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Neoconstitucionalismo**: de espectro a realidade. Jan. 2009. Disponible en: <[HTTP://works.bepress.com/pfc/56](http://works.bepress.com/pfc/56)>. Acceso en: 26 mar. 2022. No original: “um grande e novo fantasma assola os juristas cristalizados: o espectro do neoconstitucionalismo”.

<sup>205</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**. Ciudad de México, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

<sup>206</sup> NUNES JÚNIOR, Flávio Alves Martins. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 67. En el original: “O neoconstitucionalismo é um movimento social, político e jurídico surgido após a Segunda Guerra Mundial, tendo origem nas constituições italiana (1947) e alemã (1949), fruto do pós-positivismo, tendo como marco teórico o princípio da “força normativa da Constituição” e como principal objetivo garantir a eficácia das normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais”.

Abordando el término *neoconstitucionalismo*, Daniel Sarmiento destaca que:

La palabra “neoconstitucionalismo” no es empleada en el debate constitucional norteamericano, tampoco en lo que se traba en Alemania. Se trata de un concepto formulado sobre todo en España e Italia, pero que ha reverberado bastante en la doctrina brasileña en los últimos años.<sup>207</sup>

Observando la génesis del neoconstitucionalismo, se percibe que "hasta la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) prevalecía en el viejo continente una cultura jurídica esencialmente centrada en la ley parlamentaria, que trataba la ley editada por el Parlamento como la fuente principal - casi la fuente exclusiva – del derecho, y no atribuía fuerza normativa a las constituciones”.<sup>208</sup>

Luis Roberto Barroso así se refiere a los aspectos del momento histórico-jurídico de desarrollo del neoconstitucionalismo, en un pasaje muy citado en los textos de Derecho Constitucional brasileños:

“Basta de acción. Queremos promesas”. *Anónimo*. Así protestaba el grafiti, aún en tinta fresca, inscripto en el muro de una ciudad, en el corazón del mundo occidental. La espirituosa inversión de la lógica natural da cuenta de una de las marcas de esa generación: la velocidad de la transformación, la profusión de ideas, la multiplicación de las novedades. Vivimos la perplejidad y la angustia de la aceleración de la vida. Los tiempos no son propicios para doctrinas, pero para mensajes de consumo rápido. Para *jingles*, y no para sinfonías. El Derecho vive una grave crisis existencial. No consigue entregar los dos productos que han hecho su reputación a lo largo de los siglos. De hecho, la injusticia camina por las calles con pasos firmes y la inseguridad es la característica de nuestra era. En la aflicción de esa hora, inmerso en los acontecimientos, no puede el intérprete beneficiarse del distanciamiento crítico en relación con el fenómeno que le cabe analizar. Al contrario, necesita operar en medio de humo y espuma. Tal vez esta sea una buena explicación para el recurso recurrente a los prefijos post y neo: posmodernidad, pospositivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Se sabe que ha venido después de la pretensión de ser nuevo. Sin embargo, aún no se sabe bien lo que es. Todo es todavía incierto. Puede ser un avance. Puede ser una

<sup>207</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009, p. 11. En el original: “A palavra “neoconstitucionalismo” não é empregada no debate constitucional norte-americano, tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos”.

<sup>208</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009, p. 13. No original: “até a Segunda Guerra prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo Parlamento como a fonte principal – quase a fonte exclusiva – do direito, e não atribuía força normativa às constituições”.

vuelta al pasado. Puede ser solamente un movimiento circular, una de esas vueltas de 360 grados.<sup>209</sup>

Conforme resaltado por Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais<sup>210</sup>, el nuevo paradigma del Derecho puede ser observado bajo dos vertientes. En una primera vertiente, más alineado con el jusnaturalismo, que riene en Ronald Dworkin, Robert Alexy Y Gustav Zagrebelsky, sus representantes.<sup>211</sup> En otra vertiente, una corriente con característica juspositivista, alineada con el positivismo crítico, que tiene en Luigi Ferrajoli y Wilfrid Waluchow sus defensores.

Aún de acuerdo con Morais<sup>212</sup>, el constitucionalismo de principalidad tiene como postulados la incorporación al Derecho de principios de justicia de carácter ético-político, como la dignidad de la persona humana y la igualdad, no habiendo como hablar en una separación entre derecho y moral, que están conectados, para esa corriente. Más allá de esa característica fundamental, el constitucionalismo de principalidad destaca la ponderación en relación con la subsunción, la distinción entre

---

<sup>209</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 8 jan. 2022. No original: ""Chega de ação. Queremos promessas". Anônimo. Assim protestava o grafite, ainda em tinta fresca, inscrito no muro de uma cidade, no coração do mundo ocidental. A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de ideias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para jingles, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era. Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus".

<sup>210</sup> MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. Considerações sobre o neoconstitucionalismo: os novos caminhos do Direito Constitucional. In: LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. (Org.). **Temas relevantes do ensino jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

<sup>211</sup> A primeira corrente é denominada por Luigi Ferrajoli de constitucionalismo principalista (ou não positivista), com tendência jusnaturalista, etiqueta por neoconstitucionalismo. A segunda por constitucionalismo garantista (ou positivismo reforçado), aproximando-se, como destacado, do positivismo jurídico.

<sup>212</sup> MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. Considerações sobre o neoconstitucionalismo: os novos caminhos do Direito Constitucional. In: LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. (Org.). **Temas relevantes do ensino jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

principios y reglas y el protagonismo judicial, “en razón de la concepción del Derecho como práctica jurídica confiada sobre todo a los jueces”.<sup>213</sup>

Por otro lado, el constitucionalismo garantista visualiza en el constitucionalismo un refuerzo al positivismo jurídico, rechazando los elementos del constitucionalismo de principalidad, Ferraioli defenderá la tesis de que el constitucionalismo de principalidad debilitará el papel normativo de la Constitución, además de generar el activismo judicial y debilitando también la sumisión de los jueces a la ley, lo que ocasionará la incertidumbre en el derecho, y que socavará la legitimidad de la jurisdicción y la propia separación de poderes. Para André Nicolitt:

El constitucionalismo garantista exige que el poder judicial sea lo más limitado posible por la ley y por la Constitución, a la luz del principio de separación de los poderes, disminuyendo espacio de discrecionalidad judicial. Los jueces no ponderan normas sino las circunstancias fácticas que justifican o no su aplicación. A este respecto, los jueces no creen, tampoco ignoran normas, pero solo censuran su invalidez por violación a la Constitución, o sea, realizan, a partir de la distinción entre vigencia y validez, el control de constitucionalidad.<sup>214</sup>

El neoconstitucionalismo, que involucra el actual Derecho Constitucional con su atmósfera teórica, metodológica e ideológica, se caracteriza como una corriente de pensamiento con aspectos coincidentes, pero no unitarios, conforme resalta André Rufino do Vale.<sup>215</sup>

Aunque no se puede reunir la corriente de pensamiento bajo una óptica unitaria, el neoconstitucionalismo<sup>216</sup> posee bases comunes, pudiendo citarse: 1) la valoración de los principios y valores como componentes elementales de los sistemas jurídicos constitucionalizados; 2) la ponderación como método de interpretación; 3) la

<sup>213</sup> NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 53. En el original: “em razão da concepção do direito como uma prática jurídica confiada sobretudo aos juízes”.

<sup>214</sup> NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 53. En el original: “O constitucionalismo garantista exige que o Judiciário seja o mais limitado possível pela lei e pela Constituição, à luz do princípio da separação dos poderes, diminuindo espaço de discricionariedade judicial. Os juízes não ponderam normas e sim as circunstâncias fácticas que justificam ou não a sua aplicação. Nesta perspectiva, os juízes não criam, tampouco ignoram normas, mas somente censuram sua invalidez por violação à Constituição, ou seja, realizam, a partir da distinção entre vigência e validade, o controle de constitucionalidade”.

<sup>215</sup> VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 9, p. 67-77, en/jun. 2007.

<sup>216</sup> Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010) destacan as características do neoconstitucionalismo em 5 frases: I) mais Constituição do que lei; II) mais juízes do que legisladores (judicialização); III) mais princípios do que regras; IV) mais ponderação do que subsunção; e V) mais concretização do que interpretação.

comprensión de la Constitución como norma que irradia sus principios por todo el ordenamiento jurídico <sup>217</sup> ; 4) el protagonismo del Poder Judicial en la tarea de intérprete de la Constitución; 5) la aceptación de alguna conexión entre Derecho y moral.<sup>218</sup> En breve síntesis de Luis Prieto Sanchís : más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más Constitución que ley; más juez que juzgador.<sup>219</sup>

Conforme resalta Luís Roberto Barroso<sup>220</sup>, el constitucionalismo se basa en tres conjuntos básicos de cambio de paradigmas. El primero es el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, derivada de la teorización de Konrad Hesse, como se ha observado, postulando la aplicación directa de sus normas ante el caso concreto. El segundo cambio de paradigma es la expansión de la jurisdicción constitucional, con la ampliación de legitimados en el rol del control abstracto de constitucionalidad, como también la previsión de otras acciones abstractas. Finalmente, se tiene el paradigma de la vivificación de la hermenéutica, resultante del cambio lingüístico, con importantes cambios, tales como la consagración de los principios como normas jurídicas de primera grandeza y la ponderación, en el caso concreto, como técnica de decisión.

Durante mucho tiempo, recuerda Gustavo Zagrebelsky<sup>221</sup>, el Código Civil fue considerado como la principal fuente del Derecho Civil e incluso prevaleció, en relación al texto constitucional, siendo, de esa manera, conocido como la Constitución de la Burguesía. En ese sentido, la supremacía de la Constitución pondrá en crisis el primado absoluto de la ley infra constitucional como expresión de la voluntad de la mayoría absoluta o de la nación.

---

<sup>217</sup> Nesse sentido, Víctor Bazán (2008) resalta que, no neoconstitucionalismo, a Constituição ostenta força normativa, não sendo mais um mero plano, projeto ou programa político sem valor normativo, nem incidência jurídica prática. Com isso tem-se reforçada a doutrina da supremacia constitucional.

<sup>218</sup> VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 9, p. 67-77, en/jun. 2007.

<sup>219</sup> Daniel Sarmiento elenca os fenômenos que estão envolvidos no neoconstitucionalismo: a) reconhecimento da força normativa dos princípios; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc. c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o direito e a moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. (SARMENTO, 2009).

<sup>220</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>221</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 2009.

Según destacan Lucas Buril de Macêdo y Ravi Peixoto, “así ha ocurrido con el proceso civil. Este filtrado ha generado un cambio en su perspectiva. Se ha percibido la necesidad de redimensionamiento de los principios de contradicción y de amplia defensa que tenían, básicamente, un aspecto exclusivamente formal.”.<sup>222</sup>

En este sentido, con el fin de abordar el contradictorio como derecho fundamental y la carga dinámica de la prueba, la presente sección, avanzando, trae un enfoque conceptual y axiológico de los derechos fundamentales.

#### **4.1 Fundamentos y concepto de derechos fundamentales: derechos humanos y derechos fundamentales – definiciones terminológicas**

Como ya se ha señalado, el principio de contradicción es un derecho fundamental, conforme a lo dispuesto en el artículo 5, inciso LV, de la Constitución de 1988, que trae el siguiente enunciado:

Art. 5 Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos:  
[...]  
LV – a los litigantes, en procedimiento judicial o administrativo, y a los acusados en general se les garantiza el contradictorio y amplia defensa, con los medios y recursos inherentes a ella;<sup>223</sup>

El artículo 5 de la Constitución de 1988 es el más extenso de todos, constituyendo el lugar por excelencia de institución de derechos y garantías fundamentales, cláusulas pétreas del texto constitucional brasileño, conforme previsto en su artículo 60, párrafo cuatro.

Al profundizar en el estudio de los derechos fundamentales, es importante destacar la necesidad de conceptuarse el objeto de estudio de la presente sección. En ese sentido, la primera dificultad al hacer el estudio de la disciplina *derechos*

<sup>222</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. En el original: “Assim ocorreu com o processo civil. Essa filtragem gerou uma mudança em sua perspectiva. Percebeu-se a necessidade de redimensionamento dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que tinham, basicamente, um aspecto exclusivamente formal”.

<sup>223</sup> X. En el original: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”.

*fundamentales* se refiere a su definición terminológica, teniendo en cuenta el hecho de haber en la doctrina el entendimiento de ser la definición *derechos fundamentales* *sinónima de derechos humanos*, mientras que otra parte de la doctrina destaca que hay diferencias entre ambas. Abordando los derechos fundamentales, Humberto Nogueira Alcalá los define como:

[...] el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico, que forman un subsistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad del hombre, que forman parte de la norma básica material de identificación del ordenamiento, y constituyen un sector de la moralidad procedimental positivizada, que legitima el Estado social y democrático de derecho”.<sup>224</sup>

Escarbando el concepto traído por Nogueira Alcalá<sup>225</sup>, se desprende que los derechos fundamentales son un conjunto de normas de un ordenamiento jurídico, que forman un subsistema de este. Además, están solidificadas en los principios de la libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, expresión de la dignidad humana, constituyendo parte la norma básica de identificación del ordenamiento jurídico.

Esos derechos son fruto de un proceso evolutivo, que, como visto en otros lugares, tiene, principalmente, en las revoluciones de los siglos XVII y XVIII, importantes marcos temporales de desarrollo. En ese sentido, Edson Ricardo Saleme destaca:

Los derechos y garantías constitucionales constituyen derechos conquistados paulatinamente por el pueblo frente a los gobernantes. Estos derechos reconocidos como indisponibles e inalienables reflejan un conjunto de medidas destinadas a proteger la dignidad de la persona humana. Ciertamente el jusnaturalismo ha desempeñado un papel fundamental en ese reconocimiento. La teoría de la iglesia católica y sus adocinadores tuvieron especial relieve en la afirmación de tales derechos.<sup>226</sup>

---

<sup>224</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. Ciudad de México: UNAM, 2003, p. 54. No original: “[...] el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico, que forman un subsistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad del hombre, que forman parte de la norma básica material de identificación del ordenamiento, y constituyen un sector de la moralidad procedimental positivizada, que legitima el Estado social y democrático de derecho”. (NOGUEIRA ALCALÁ, 2003, p. 54).

<sup>225</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. Ciudad de México: UNAM, 2003.

<sup>226</sup> SALEME, Edson Ricardo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2021, p. 121. En el original: “Os direitos e garantias constitucionais consubstanciam direitos paulatinamente conquistados pelo povo em face dos governantes. Esses direitos reconhecidos como indisponíveis e inalienáveis refletem um conjunto de medidas destinadas a proteger a dignidade da pessoa humana. Certamente o jusnaturalismo exerceu papel fundamental nesse reconhecimento. A teoria da igreja católica e seus doutrinadores tiveram especial relevo na afirmação de tais direitos”.

Importante destacar, también, em la definición anterior, la expresión *derechos constitucionales* como sinónimo de *derechos fundamentales*. Más allá de eso, Saleme<sup>227</sup> bien destaca la importancia de la teoría de la iglesia católica en la definición de los derechos fundamentales, lo que es perceptible, principalmente, con el desarrollo de la doctrina social de la iglesia (siglo XIX), cuando entonces la Iglesia Católica inicia la publicación de una serie de encíclicas papales cuestionando la situación social en el mundo, teniendo como marco inicial la Encíclica *Rerum Novarum* (1891), del Papa León XIII.

Estas encíclicas influyeron en los ordenamientos constitucionales, inicialmente, por intermedio de la Constitución de México de 1917, posteriormente, el alemán, con la Constitución de Weimar (1919). Importante resaltar que, además de representar un arranque en el desarrollo de los derechos sociales, la Doctrina Social de la Iglesia puede ser considerada como el marco inicial del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica, a fin de representar la preocupación con la dignidad de los trabajadores en el siglo XIX, momento histórico de supresión de derechos, opresión y ausencia de normas de protección, lo que había sido resaltado, aún en ese siglo diecinueve, por Karl Marx, a través del Manifiesto del Partido Comunista (1848). Esquemáticamente, los derechos humanos se insertan en el género de los derechos subjetivos. El concepto de derechos subjetivos fue creado por los pandectistas a principios del siglo XIX.

Para Savigny o para Windscheid, el derecho subjetivo es *Willensmacht*, o potencia de acción concedida al individuo. Otra definición de Ihering: sería un "interés jurídicamente protegido". Siempre "subjetivo", vinculado a algún sujeto, a alguna persona individual, por extensión persona moral, o beneficiándolos.<sup>228</sup>

Es posible percibir em los derechos fundamentales una dimensión jusnaturalista, una dimensión constitucional y una dimensión universalista o

<sup>227</sup> SALEME, Edson Ricardo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2021.

<sup>228</sup> VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 69. En el original: "Para Savigny ou para Windscheid, o direito subjetivo é *Willensmacht*, ou potência de agir concedida ao indivíduo. Outra definição, de Ihering: tratar-se-ia de um "interesse juridicamente protegido". Sempre "subjetivo", ligado a algum sujeito, a alguma pessoa individual, por extensão pessoa moral, ou os beneficiando".

internacional, en que, pese a esas dimensiones, en determinados momentos de la historia del Derecho, se entrelazan, es decir, existen en concomitancia.

Con relación al origen de los derechos humanos, es posible considerar la Declaración de Derechos de Virginia (Estados Unidos), de 1776, como el acta de nacimiento de los derechos humanos.<sup>229</sup> Sin embargo, no se puede pasar por alto de la importancia de las Carta Magna de 1215, como también los escritos de la Revolución Inglesa del siglo XVII, inspirados en el pensamiento de John Locke, padre del liberalismo.

Michel Villey, afirma ser los *derechos humanos* producto de la era moderna, El idealismo erigió el progreso en el lugar de Dios, poniendo su esperanza en Leviatán, el Dios Terrestre. En este sentido: "De ahí en adelante, todo el ordenamiento jurídico procede del Estado y está cerrado en sus leyes. Es el positivismo jurídico, filosofía de las fuentes del derecho aceptada por la mayoría de los juristas y que los dispensa, sometiéndolos a voluntad arbitraria de los poderes públicos, de la búsqueda de la justicia".<sup>230</sup>

Al positivismo jurídico se contrapuso la figura de los derechos humanos, avenida de la filosofía de la Escuela del Derecho Natural, cuyo desaparecimiento fue erróneamente anunciado por teóricos del siglo XIX. Villey,<sup>231</sup> considera que la expresión derechos humanos surgió a mediados del siglo XVII, y sus pródromos en la Edad Media, en el seno de la teología.

Asociado de los derechos fundamentales a una óptica jusnaturalista, se percibe la historia de los derechos fundamentales como la propia historia de los derechos naturales, o viceversa, los derechos naturales serían la prehistoria de los derechos fundamentales. Bajo la óptica, parece ser el estoicismo la génesis de la idea de derechos fundamentales, en el sentido de defensa de la idea de que sean los derechos de los ciudadanos un valor a ser protegido por todos y en beneficio de todos, independientemente de origen, clase social.

---

<sup>229</sup> REIMER, Haroldo. **Liberdade religiosa na história e nas constituições do Brasil**. São Leopoldo: Oikos, 2013.

<sup>230</sup> VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 2-3. En el original: "Daí em diante, toda a ordem jurídica procede do Estado e está fechada em suas leis. É o positivismo jurídico, filosofia das fontes do direito aceita pela maioria dos juristas e que os dispensa, submetendo-os à vontade arbitrária dos poderes públicos, da busca da justiça".

<sup>231</sup> VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

André Nicolitt<sup>232</sup> destaca la resistencia en concebir esa fase como una era de concepción de la idea de derecho de los hombres, teniendo en cuenta la esclavitud presente en la sociedad griega de la época, en que pese a haber sido ese el período histórico de origen del *humanismo*. Esas contradicciones son visibles a lo largo del desarrollo del concepto de derechos naturales, humanos y fundamentales, lo que no quita la importancia histórico-jurídica de este desarrollo histórico de los derechos humanos paralelo a la barbarie (de la guerra, del hambre, del autoritarismo, de la exclusión, de la intolerancia).

## **4.2 Fases de elaboración de las declaraciones de derechos**

La historia de la formación de las declaraciones de los derechos puede ser sintetizada en tres fases: la fase filosófica, la fase de positivación por el legislador y la fase de la universalidad.

La fase de la universalidad tiene como marco histórico la estructuración normativa internacional iniciada con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 y posterior advenimiento de varios tratados internacionales que tuvieron fundamento en dicho documento.

Los derechos fundamentales legitiman el Estado social y democrático de derecho en el sentido de no ser posible la concretización de los postulados de igualdad material de este modelo de Estado sin observar el principio de la dignidad de la persona humana, núcleo estructurante de la democracia y del Derecho.

Tales normas, según las funciones de los derechos fundamentales cumplan en la relación "Estado-ciudadano", pueden distinguirse en derechos de defensa y derechos de prestación. Como derecho de defensa, se trata del derecho a la acción negativa del Estado (omisión estatal), limitando la acción del Estado y garantizando la libertad individual, es decir, un no hacer por parte del Estado. Como una prestación estatal, es de destacar el acceso a la salud, a la educación, a un medio ambiente saludable.

### **4.2.1 El problema de la definición terminológica**

---

<sup>232</sup> NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Con relación a la definición terminológica, es importante resaltar que las expresiones *derechos fundamentales* y *derechos humanos* no se confunden. Conceptuando “*derechos humanos*”, Pedro Nikken afirma que:

La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial. La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos.<sup>233</sup>

Los derechos humanos, como expresión, poseen connotación suprallegal, en el sentido de no estar inseridos necesariamente em documentos legales, existiendo en la consciencia de las sociedades, siendo fruto del desarrollo histórico de una sociedad. Carlos Weis, abordando la conceptualización de *derechos humanos*, observa:

[...] vale la pena señalar que, a excepción de la doctrina francesa y de los que la siguen, la denominación *derechos del hombre* ha sido poco empleada, bajo acusación de poseer contenido machista, he aquí el empleo del género masculino para designar a toda la Humanidad, lo que refuerza la idea de que las mujeres no son igualmente titulares de los derechos referidos, o que no deben participar de la vida pública.<sup>234</sup>

Por otra parte, los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos que fueron positivados en un texto constitucional, los cuales pasarán, a partir de entonces, a denominarse derechos fundamentales. De acuerdo con José Adércio Leite Sampaio, derechos fundamentales “son aquellos que son jurídicamente válidos

---

<sup>233</sup> NIKKEN, Pedro. **El concepto de derechos humanos**. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-concepto-de-derechos-humanos.pdf>. Acceso em: 12 mar. 2022.

<sup>234</sup> WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 20. En el original: “[...] vale ressaltar que, com exceção da doutrina francesa e dos que a seguem, a denominação *direitos do homem* tem sido pouco empregada, sob acusação de possuir conteúdo machista, eis que emprega o gênero masculino para designar toda a Humanidade, o que reforça a ideia de que as mulheres não são igualmente titulares dos direitos referidos, ou que não devem participar da vida pública”.

en un determinado ordenamiento jurídico o que se proclaman inviolables en el ámbito interno o constitucional (dimensión nacional de los derechos humanos) ”.<sup>235</sup>

A su vez, José Jairo Gomes destaca la diferencia entre las terminologías en el siguiente sentido:

Podríamos distinguirlas de la siguiente manera: los derechos humanos son derechos válidos para todos los pueblos y en todos los tiempos (dimensión jusnaturalista-universalista); derechos fundamentales son los derechos del hombre, jurídico-institucionalmente garantizados y limitados espacio-temporalmente. Los derechos del hombre nacen de la propia naturaleza humana y de ahí su carácter inviolable, atemporal y universal; ya los derechos fundamentales serían derechos objetivamente vigentes en un orden concreto.<sup>236</sup>

Em síntesis, los derechos fundamentales son los derechos humanos que han sido en el ordenamiento jurídico de un Estado, sea por intermedio del Poder Constituyente Originario, sea por intermedio del Poder Constituyente Derivado, como también en virtud de tratados internacionales de derechos humanos, debidamente inseridos en este ordenamiento, los cuales, de acuerdo con la tratativa constitucional brasileña, podrán: *i)* asimilarse a enmiendas constitucionales o *ii)* tener carácter suprallegal.

Aún de acuerdo con Robert Alexy<sup>237</sup>, los derechos del hombre se distinguen de otros derechos por la combinación de cinco factores, teniendo en cuenta ser los derechos fundamentales: *i)* *universales*: siendo sus titulares todos los hombres; *ii)* *morales*: no dependiendo de positivación su validez; *iii)* *preferenciales*: el derecho positivo debe orientarse por ellos, creando esquemas legales para optimizarlos y protegerlos; *iv)* *fundamentales*: su violación acarrea graves consecuencias para la persona; y *v)* *abstractos*: en caso de colisión entre ellos, se debe resolver por medio de la ponderación.

<sup>235</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 8-9. En el original: “São aqueles que são juridicamente válidos em um determinado ordenamento jurídico ou que se proclamam invioláveis no âmbito interno ou constitucional (dimensão nacional dos direitos humanos)”.

<sup>236</sup> GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 8. En el original: “Podríamos distinguí-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem nascem da própria natureza humana e daí seu caráter inviolável, atemporal e universal; já os direitos fundamentais seriam direitos objetivamente vigentes em uma ordem concreta”.

<sup>237</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

La doctrina suele enumerar los derechos humanos en dimensiones (equivocadamente denominadas por algunos de “generaciones”<sup>238</sup>), considerando las etapas históricas de su afirmación y de las características comunes. De esta manera, hay los derechos humanos de primera, segunda y tercera dimensiones, utilizándose el lema de la Revolución Francesa (1789) “libertad, igualdad y fraternidad” como lema de inspiración y compartimentación.

Con relación a la crítica al término dimensión, Paulo Henrique Gonçalves Portela destaca ser el término “dimensión” el más adecuado para componer la clasificación de los derechos humanos “visto que la expresión ‘generación’ puede inducir al error, llevando a la comprensión de que tales derechos se sustituyen a lo largo del tiempo, lo que no es el caso”.<sup>239</sup> El concepto *generación* lleva a la falsa idea de que una generación sustituye y anula a otra, lo que no es verdad, puesto que los derechos humanos son conquistas paulatinas que son agregadas a su concepto semántico, haciéndolo cada vez mas sofisticado.

Dejando de lado la discusión doctrinaria sobre la denominación generación/dimensión, importante destacar, como subraya Ingo Wolfgang Sarlet, ser los derechos fundamentales considerados concretizaciones de las exigencias del principio de la dignidad humana. Así, “la dignidad de la persona humana gana, a cada momento, un nuevo contexto y necesita nuevas protecciones”.<sup>240</sup>

La protección existe, también, en la siembra procesal. Hecho es que la teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba constituye derecho fundamental, lo que promulgará, en su desarrollo teórico, la necesidad de defenderlo concretamente. Esta caracterización de derecho fundamental deriva del desarrollo de los derechos fundamentales en el marco del constitucionalismo post positivista.

---

<sup>238</sup> Dentre os motivos está o fato de o surgimento desses direitos não terem se dado em caráter sucessivo na história, mas sim de maneira concomitante. Ademais, “a categorização dos direitos humanos em gerações fere a indivisibilidade e a interdependência desses direitos, abrindo a possibilidade de que prevaleça uma visão fragmentária e hierarquizada dos direitos humanos, que permita justificar políticas públicas que não reconhecem indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais”. (PORTELA, 2011, p. 694).

<sup>239</sup> PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 695. No original: “visto que a expressão ‘geração’ pode induzir a erro, dando a entender que tais direitos se substituem ao longo do tempo, o que não é o caso”

<sup>240</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008. No original: “a dignidade da pessoa humana ganha, a cada momento, um novo contexto e necessita novas proteções”

Así, con una concepción de derechos fundamentales y derechos humanos, ha llegado el momento de estudiar las características y la estructura de dicha teoría de la teoría dinámica.

### **4.3 Características y estructura de la teoría dinámica de la carga de la prueba**

Como afirmado en sección anterior, el estudio de la prueba siempre ha tenido importancia para la teoría procesal, causando discusiones y divergencias, desde la antigüedad, teniendo en cuenta la ausencia de criterios racionales y técnicos para sopesar los acontecimientos que repercuten en el Derecho, ocasión en que tenía un papel muy importante la religión, a través de las ordalías<sup>241</sup>, por ejemplo.

En un primer momento imbuido de carácter religioso, posteriormente, la prueba es secularizada. Sin embargo, los criterios formales rígidos, más preocupados con una formalidad procesal que con la efectiva búsqueda por la injusticia. En este sentido, por mucho tiempo, en el ordenamiento jurídico románico-germánico, prevaleció el criterio estático de la carga de la prueba, lo que merece, y debe, revisarse a la luz del proceso democrático, que, como ya se ha señalado, constituye un derecho fundamental en el marco del Estado Democrático de Derecho.

De esa manera, en esta sección serán estudiadas las características de la teoría dinámica de la carga de prueba. Antes de eso, sin embargo, es necesario subrayar algunos conceptos, los cuales auxiliarán en la continuidad del estudio.

Así, un primer concepto, y fundamental, es el de carga, el cual será enfrentando en la subsección siguiente.

### **4.4 Los conceptos de carga y obligación de probar**

El concepto de la carga viene del latín *onus/eris* y contempla la noción de carga, peso o carga. No se trata de obligación o deber, sino de un encargo del cual debe ser relevado al litigante encargado de convencer al magistrado de la veracidad de las alegaciones.

---

<sup>241</sup> A prova do fogo era utilizada para se verificar uma eventual mentira por parte daquele que tocasse com língua um ferro incandescente: se queimasse a língua estaria mentindo. A prova do rio, por intermédio do qual um acusado era jogado no interior de um rio, se afundasse era considerado culpado.

Además de esto, es imperativo del propio interés, transmitiendo una idea relacionada a las situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que se produzca un perjuicio procesal.<sup>242</sup>

Doctrinariamente, la carga procesal se divide en: *i)* carga perfecta; y *ii)* carga imperfecta. Por carga procesal perfecta se entiende aquella cuya consecuencia perjudicial es inevitable en el caso de que la actividad procesal sea incumplida, teniendo como ejemplo la parte que no habrá un daño seguro, como consecuencia del incumplimiento, por la parte.

La carga de probar es una carga procesal impropia, pues, en caso de que el sujeto deje de cumplir su carga de probar, probablemente, estará implicado a consecuencias que le serán contrarias. No obstante, estas consecuencias pueden no ser contrarias a la misma si, por ejemplo, la prueba sea hecha por el adversario, en su favor. Así, hay, como destacado por Luiz Guilherme Marioni y Sérgio Cruz Arenhart<sup>243</sup>, un aumento del riesgo de un juicio contrario. No habrá, ciertamente, un juicio contrario.

En este sentido, Haroldo Lourenço reafuerza: "el incumplimiento de la carga de probar o su cumplimiento no ocasiona, automáticamente, un resultado favorable o desfavorable",<sup>244</sup> o sea, su no cumplimiento podrá aumentar el riesgo de que la pretensión no tenga éxito. Se observa que se está utilizando el verbo poder, que tiene un significativo potencial, no efectivo, concreto.

La carga, en ese sentido, representa una conducta en beneficio propio, no habiendo la sujeción del gravamen, que elegirá entre satisfacer o no la tutela del propio interés.

A su vez, la carga no representa una obligación, teniendo en cuenta que, en la obligación, la necesidad de una parte de sujetarse a otra, o sea, se trata de un poder de otro a que el obligado debe sujetarse.

En síntesis, se tiene que la distinción fundamental entre carga y obligación radica en el hecho de que, del incumplimiento de la obligación deriva de una sanción jurídica (ejecución o pena). A su vez, en la carga de su abstención que resulta solo la

---

<sup>242</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

<sup>243</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 268.

<sup>244</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 28.

pérdida de sus efectos útiles. Así, "la carga es la subordinación de interés propio a otro interés propio, al revés de la obligación, que es la subordinación de un interés propio a otro, ajeno".<sup>245</sup>

La carga de la prueba indica que la parte que no la produzca se sujetará al riesgo de un resultado desfavorable. Probar no es un deber jurídico. En el caso del deber y de la obligación no hay una sujeción jurídica, sino un orden, que incumplido importará en sanciones. La carga, por otro lado, trae solamente posibles prejuicios a quien tiene la carga y no lo hace.<sup>246</sup>

En ese sentido, no se puede obligar a una parte a probar, que es un imperativo del propio interés, consecuencias que afectan solamente a la esfera propia del individuo.

#### 4.5 La carga de la prueba en el derecho brasileño

La teoría dinámica de la distribución de la carga de la prueba fue insertada en el ordenamiento jurídico brasileño por intermedio de la Ley n.º 13.105, de 16 de marzo de 2015, el intitulado Nuevo Código de Procedimiento Civil (NCPC).

Herederero de la tradición romano-germánica, Brasil suele nombrar sus legislaciones más recientes con la nomenclatura Nuevo. Ante esto, algunas leyes que ya están positivadas en el ordenamiento hay, por ejemplo, veinte años, son aún denominadas de Nuevo, como es el caso de Código Civil, del 2002, todavía denominado por muchos textos doctrinarios por Nuevo Código Civil.

El hecho es que el NCPC se elaboró en un entorno de Estado constitucionalizado, es decir, con la influencia de normas de derechos fundamentales, en este caso, derechos fundamentales procesales, en su texto. Esto es una novedad, teniendo en cuenta el hecho de que las legislaciones procesales brasileñas han sido elaboradas durante regímenes dictatoriales.

<sup>245</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 29. En el original: "o ônus é a subordinação de interesse próprio a outro interesse próprio, ao revés da obrigação, que é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio".

<sup>246</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 29. No original: "O ônus da prova indica que a parte que não a produzir se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável. Provar não é um dever jurídico. No caso do dever e da obrigação não há uma sujeição jurídica, sim uma ordem, que descumprida importará em sanções. O ônus, por outro lado, traz apenas possíveis prejuízos a quem tem o ônus e não o faz".

Como se ha observado, Brasil ha adoptado, en su NCP, un modelo de proceso cooperativo, lo que se desprende de su artículo 5, que contiene el texto siguiente, "el que de cualquier forma participa del proceso debe comportarse de acuerdo con la buena fe".

En ese sentido, la teoría dinámica de la carga de la prueba es la materialización de dicho modelo, posibilitando un mejor acceso a la justicia, en armonía con los postulados de derechos fundamentales, en consonancia con el texto de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, que establece principios fundamentales generales, así como principios fundamentales procesales.

En consonancia con los derechos fundamentales procesales, el Poder Judicial pasa a desarrollar una actividad creativa, y no solamente de sumisión a la ley fría. Así, se reconoce la necesidad de respetar la fuerza normativa de la Constitución, lo que demandará del estado una postura más activa y creativa, lo que hará que el sistema normativo más abierto, delegando al órgano jurisdiccional la tarea de completarlo.<sup>247</sup>

Hablar de fuerza normativa de la Constitución es percibir la actual etapa de la ciencia jurídica brasileña, que, pese a la polémica y discordancia de algunos estudiosos (no solo en Brasil, sino también en otros países), puede denominarse fase post positivista del Derecho. Esta afirmación de que la Constitución es una norma jurídica que debe respetarse, pudiendo causar extrañeza, en un primer momento, como destaca Daniel Sarmento.<sup>248</sup>

En este sentido, aún según Sarmento <sup>249</sup>, es necesario reconocer el constitucionalismo actual como el constitucionalismo de la efectividad, de la incidencia de la Constitución sobre la realidad social, independientemente de la mediación legislativa, lo que contribuirá a sacar de papel las proclamaciones generosas de derechos contenidas en el texto constitucional brasileño de 1988. Conforme destaca Haroldo Lourenço:

---

<sup>247</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

<sup>248</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional** – teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 31-32.

<sup>249</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional** – teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 31-32.

El actual magistrado es, en todo momento, clamado a decidir con equidad, aprovechando todos los poderes conferidos por la ley, demostrando lo que considera "razonable duración", "buena fe" o "interés público", principalmente en tiempos de textos normativos tan indeterminados y de reconocimiento de la fuerza normativa de los principios aquel que de cualquier manera participe del proceso debe portarse de acuerdo con la buena fe.<sup>250</sup>

La teoría dinámica de la carga de la prueba se sitúa en la categoría de los textos normativos abiertos, por medio del cual el legislador se vale de conceptos jurídicos indeterminados con el fin de repasar al Poder Judicial la incumbencia de concretización de la norma, en el caso concreto.

No hay más que aceptar un órgano jurisdiccional promulgador de derechos preexistentes, en una actividad meramente declaratoria. De lo contrario, ante al paradigma del Estado Democrático de Derecho al Poder Judicial fue incumbida una relevante función constructiva.

Es sobejamente difundida, en la actualidad, la diferenciación entre el texto normativo (también denominado legal) y norma jurídica, los cuales no se confunden. Conforme resalta Lourenço: "la norma jurídica es el resultado o el producto que se extrae de la interpretación del texto normativo, es decir, de un mismo texto legal varias normas jurídicas pueden ser extraídas, así como la norma jurídica puede extraerse de la combinación de varios textos legales".<sup>251</sup>

De manera interesante, es importante destacar la existencia de norma sin un texto a la misma relacionado, como también la existencia de texto legales carentes de norma.

Este nuevo paradigma, como destacado, recibe el nombre de post positivista, originando, todavía, los conceptos de formalismo valorativo o neo procesalista, derivados del neo constitucionalismo.

El neo constitucionalismo rechaza la distribución estática, la cual era prevista en el Código de Procedimiento Civil de 1973, en su artículo 333. Esta condición

---

<sup>250</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 16-17. No original: "O hodierno magistrado é, a todo momento, clamado a decidir com equidade, aproveitando todos os poderes conferidos pela lei, demonstrando o que considera "razoável duração", "boa fé" ou "interesse público", principalmente em tempos de textos normativos tão indeterminados e de reconhecimento da força normativa dos princípios aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé".

<sup>251</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 17. No original: "a norma jurídica é o resultado ou o produto que se extrai da interpretação do texto normativo, ou seja, de um mesmo texto legal várias normas jurídicas podem ser extraídas, bem como a norma jurídica pode ser extraída da conjugação de vários textos legais".

estática es característica de la fase inmanentista (o civilista) del Derecho Civil, que se ha reflejado en el Derecho Procesal Civil, lo que no coincide con el proceso, que es dinámico.

Una vez más, se hace importante subrayar los modelos procesales, en orden cronológico. De esta manera, en un primer momento hay el primado del modelo dispositivo (también denominado adversarial), el cual es representado por la imagen de la competición o disputa, con un Poder Judicial estático ante a dos adversarios en litigio.

En un momento posterior, se tiene el modelo inquisitorial, cuya principal característica es el relevante protagonismo del órgano jurisdiccional. Así, en un primer momento, la mayor parte de la actividad procesal es desarrollada por las partes; en el modelo inquisitorial cabe al Poder Judicial el protagonismo.<sup>252</sup>

#### **4.6 Histórico de la carga de la prueba: del Derecho romano a la actualidad**

El sistema romano de la mayoría de los países de América es el romano germánico, derivado de las normas elaboradas en la antigua Roma con la fusión de las normas de los pueblos germánicos que habitaron Europa en la Edad Media, tras la queda del imperio romano del occidente (476). Ya en ese momento había la previsión de varias especies de pruebas, tales como las testimoniales, las documentales, el juramento y la confesión.

Es relevante resaltar los métodos probatorios rudimentarios, principalmente si se comparan a los métodos romanos. Había, por ejemplo, los famosos *ordalium*, es decir, los juicios divinos, consistentes en experimentos crueles e ilógicos, con resultados aleatorios atribuidos a la divinidad, que indicaría la culpabilidad o inocencia del acusado, según lo señalado en otros lugares.

El período formulario representa el momento en que el pretor aplicaba una fórmula a una pretensión deducida en juicio. En el Derecho romano la carga de la prueba incumbía a quien alegaba, afirmaba o actuaba, de ahí el brocardo *semper onus*

---

<sup>252</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

*probandi ei incumbit qui dicit, semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*, según resaltado por Moacyr Amaral Santos.<sup>253</sup>

Posteriormente se fue percibiendo que las reglas no eran legítimas, enfrentándose con la necesidad de crear una regla acerca de quién competiría hacer prueba de los hechos traídos ante el judicial. En ese sentido, se determinó la regla de que el hecho debería ser probado por quien lo trajo a juicio (*Reus in exceptione actor est*).

Se ha ido, consecuentemente, siendo elaborada la teoría clásica de la carga de la prueba, estableciéndose la regla de que cabría la carga de la prueba a quien sostuviera la existencia o la inexistencia de un hecho.

Lourenço<sup>254</sup> destaca que los procesalistas que se ocuparon del tema sostuvieron sus estudios en el presupuesto de que la investigación probatoria se basaba en el principio de la iniciativa de las partes, en principio dispositivo, en la paridad de tratamiento, así como en interés de reconocimiento en juicio de la verdad de los hechos que alegan.

En síntesis, desde el Derecho romano hasta la modernidad, la carga de la prueba se transformó en un dogma, no hay duda de que se trata de una cuestión que surge prácticamente de una lógica natural.

Estas ideas, basadas en el ideal de un Estado Liberal, notablemente, construyeron nuestro sistema de carga probatoria, establecido en el art. 333 del CPC/1973 [...] En este sentido, se puede afirmar que está enraizada en nuestro ordenamiento procesal la distribución previa y estática de la carga de la prueba, con visible influencia de Carnelutti y Chiovenda.<sup>255</sup>

En la próxima subsección se abordará la carga de la prueba en los Códigos procesales civiles brasileños.

#### 4.7 La carga de la prueba en los Códigos de Proceso Civil brasileños

<sup>253</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, vol. 2.

<sup>254</sup> LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

<sup>255</sup> LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 24. En el original: “Essas ideias, baseadas no ideal de um Estado Liberal, notadamente, construíram o nosso sistema de ônus probatório, estabelecido no art. 333 do CPC/1973 [...] Nesse jaez, pode-se afirmar que está enraizada no nosso ordenamento processual a distribuição prévia e estática do ônus da prova, com visível influência de Carnelutti e Chiovenda”.

El primer Código de Procedimiento Civil brasileño, de 1939 (Decreto-ley 1.608, de 18 de septiembre de 1939), elaborado en el Gobierno de Getulio Vargas, específicamente durante el Estado Nuevo (1937-1945), basado en las ideas clásicas, definió la carga probatoria en su artículo 209, como se ve:

Art. 209. El hecho alegado por una de las partes, cuando la otra no lo impugna, será admitido como verídico, si lo contrario no resulta del conjunto de las pruebas.

§ 1º Si el reo en la contestación, negar el hecho alegado por el autor, a éste incumbirá la carga de la prueba.

§ 2º Si el acusado, reconociendo el hecho constitutivo, alega su extinción, o el suceso y cualquier otro obstáculo para los efectos, deberá probar la alegación.<sup>256</sup>

Posteriormente, con el Código de 1973, Ley nº 5.869, de 11 de enero de 1973, se tiene a una distribución de la carga de la prueba entre los litigantes, basándose en las lecciones de Chiovenda y Carnelutti, encargado al autor de los hechos constitutivos de su derecho, mientras que al acusado cabría la del hecho prohibitivo, extintivo o modificativo del derecho del autor. En este sentido, se ha redactado el citado artículo:

Art. 333 La carga de la prueba incumbe:

I - al autor, en cuanto al hecho constitutivo de su derecho;

II - al demandado, en cuanto a la existencia de hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho del autor;

Párrafo único: Es nula la convención que lo distribuye de manera diversa la carga de la prueba cuando:

I - recaer sobre el derecho no disponible de la parte;

II - hacer excesivamente difícil a una parte el ejercicio del derecho.<sup>257</sup>

Es importante resaltar no tener el Reglamento 737, de 1850, tratado sobre las normas de distribución de la carga probatoria, pese a haber dedicado un capítulo para

<sup>256</sup> BRASIL. **Código de processo civil** (CPC), Decreto-lei 1680, de 1939. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm). Acceso em: 04 feb. 2022. En el original: “Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas. § 1º Se o réu na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova. § 2º Se o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência e outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação”.

<sup>257</sup> BRASIL. **Código de processo civil** (CPC), Lei 5.869, de 1973. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm). Acceso en: 04 feb. 2022. En el original: “Art. 333 O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor; Parágrafo único: É nula a convenção que o distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

el tratamiento de las pruebas (Capítulo XVI - De la dilación de las pruebas; Capítulo XII – De las pruebas).

Se percibe, de esa manera, estar solidificada, históricamente, la regla estática de la carga probatoria, lo que hace que el tema de la distribución dinámica sea incipiente en la doctrina procesal brasileña, lo que muestra la importancia de la investigación, principalmente, que conduce la discusión a la siembra laboral, cuyo proceso no fue renovado recientemente en el ordenamiento brasileño. Repita, la modificación fue del Código de Procedimiento Civil.

Ante eso, es de concordar con Haroldo Lourenço, cuando afirma:

En fin, muchos años pasaron y poco se reflexionó sobre el tema, en un aspecto cualitativo y cuantitativo sobre el acierto de las vetustas conclusiones. La sociedad se ha transformado, las informaciones se difunden con increíble velocidad, en una era digital, de las redes sociales y, por ese camino, el art. 333 del CPC/1973 sigue siendo una respuesta legislativa simple y pobre para el sellado del *non liquet*.<sup>258</sup>

Ante esto, es llegada el momento de fortalecer y efectivizar la distribución dinámica de la carga de la prueba en el ordenamiento jurídico brasileño, con el fin de representar un modelo que sea compatible con el Estado Democrático de Derecho y, por lo tanto, con los derechos fundamentales.

#### 4.8 El contradictorio y la distribución de la carga probatoria

El contradictorio representa la garantía de la ciencia bilateral de acceso a actos y términos de proceso, con la posibilidad de manifestarse sobre ellos, es decir, representa la garantía de participación y la posibilidad de influir en la decisión.

Esa garantía se estructura en el binomio información-manifestación, conforme resalta Aroldo Plínio Gonçalves <sup>259</sup> . Así, "la participación en el proceso para la formación de la decisión constituye, de forma inmediata, una posición subjetiva inherente a los derechos fundamentales, por lo tanto, es ella misma el ejercicio de un

<sup>258</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 26. En el original: "Enfim, muitos anos passaram e pouco se refletiu sobre o tema, em um aspecto qualitativo e quantitativo sobre o acerto das vetustas conclusões. A sociedade se transformou, as informações se propalam com incrível velocidade, em uma era digital, das redes sociais e, por essa trilha, o art. 333 do CPC/1973 continua sendo uma resposta legislativa simples e pobre para a vedação do *non liquet*".

<sup>259</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

derecho fundamental dentro de un proceso democrático, sin embargo, esto debe ser el mínimo”.<sup>260</sup>

Ante eso, se tiene que la realización, meramente formal, del contradictorio ofende el postulado del Estado Democrático de Derecho, en último análisis, teniendo en cuenta ser éste una actividad dialogal que se lleva a cabo a través de la audiencia de la parte contraria, participando con posibilidad de influir en el contenido decisorio, es decir, el aspecto material del contradictorio.

Este aspecto material del contradictorio, que se implementa a partir de una participación potencialmente capaz de influenciar en el contenido decisorio está presente en la estructura de principalidad del Código de Procedimiento Civil de 2015, como se percibe a partir de la lectura de su artículo 9, que contiene la siguiente regla: "Art. 9 - No se pronunciará decisión contra una de las partes sin que ésta sea previamente oída."<sup>261</sup>

Como destaca Haroldo Lourenço:

El ejercicio efectivo y concreto del contradictorio, propiciando una amplia intervención en la sentencia, resulta tan importante que legitima el ejercicio de la jurisdicción, dentro de un Estado Democrático de Derecho, pues de lo contrario, sin la participación del contradictor, jamás se habrá ejercido legítimamente la función constitucional de la tutela judicial.<sup>262</sup>

Esta participación efectiva de la otra parte llevará a cabo un proceso equilibrado, es decir, cooperativo, sin lo cual no se tendrá una decisión adecuada a los postulados de un modelo de Estado que se pretende, en su construcción, ser democrático.

Según destacan Lucas Buriel de Macêdo y Ravi Peixoto:

---

<sup>260</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 66. No original: “A participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto, é ela mesma o exercício de um direito fundamental dentro de um processo democrático, porém, isso deve ser o mínimo”.

<sup>261</sup> BRASIL. **Código de processo civil (CPC)**. Lei 13.105 de 2015. Disponible en: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/174788361/lei-13105-15>>. Acesso em: 21 dez. 2020d. En el original: “Art. 9º - Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

<sup>262</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p.66. En el original: “O exercício efetivo e concreto do contraditório, propiciando uma ampla intervenção no provimento jurisdicional, se mostra tão importante que legitima o exercício da jurisdição, dentro de um Estado Democrático de Direito, pois, do contrário, sem a participação do contraditor, jamais terá sido exercida legítimamente a função constitucional da tutela jurisdicional”.

La gestión cooperativa del proceso, realizada de manera simétrica, valoriza el diálogo, por impedir el protagonismo de cualquiera de los sujetos procesales, eliminando monólogos. Esta es una de las principales características del modelo cooperativo de proceso, pues, comparándolo con los modelos adversarial e inquisitorial, mientras en el primero la gestión del proceso es determinada preponderantemente por las partes, en el segundo el magistrado es quien tiene la dirección, a partir de una posición asimétrica. En ambos hay cierta barrera de comunicación entre los sujetos del proceso. El modelo cooperativo, por lo tanto, consubstancia un tercer tipo, que se inserta entre los dos modelos clásicos, ponderándolos.<sup>263</sup>

Es en ese sentido que se puede conceptuar el contradictorio como un diálogo, por intermedio del cual se llega a una decisión, que sea justa, real y razonable, aunque estos términos puedan considerarse conceptos jurídicos indeterminados.

El Código de Procedimiento Civil de 2015, en su artículo 131<sup>264</sup> determina la libertad para que el magistrado conozca nuevos hechos, aunque no alegados por las partes. No obstante, no puede juzgarlos sin antes oír a las partes. El artículo 371<sup>265</sup> es otro artículo interesante para la investigación, en vista de haber prohibido al magistrado apreciar libremente la prueba. El artículo 10<sup>266</sup> es también fundamental, a la medida en que se prohíbe que el magistrado decida, en cualquier grado, sobre la base de la cual no haya dado a las partes la oportunidad de manifestarse.

El magistrado, en el marco del Estado Constitucional, debe fundamentar su decisión, inclusive, fundamentando porque eventuales argumentos traídos por la parte derrotada no le convencieron. Esto es lo que Fredie Didier Júnior<sup>267</sup> denomina por aplicación del principio del contradictorio bajo la perspectiva substancial.

Como resalta José Carlos Barbosa Moreira:

---

<sup>263</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016. No original: “A condução cooperativa do processo, realizada de modo simétrico valoriza o diálogo, por impedir o protagonismo de qualquer dos sujeitos processuais, eliminando monólogos. Essa é uma das principais características do modelo cooperativo de processo, pois, comparando-o com os modelos adversarial e inquisitorial, enquanto no primeiro a condução do processo é determinada preponderantemente pelas partes, no segundo o magistrado é quem detém a direção, a partir de uma posição assimétrica. Em ambos há certa barreira de comunicação entre os sujeitos do processo. O modelo cooperativo, portanto, consubstancia um terceiro tipo, que se insere entre os dois modelos clássicos, ponderando-os”.

<sup>264</sup> BRASIL. **Código de processo civil (CPC)**. Lei 13.105 de 2015. Disponible en: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/174788361/lei-13105-15>>. Acceso en: 21 dez. 2020d.

<sup>265</sup> BRASIL. **Código de processo civil (CPC)**. Lei 13.105 de 2015. Disponible en: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/174788361/lei-13105-15>>. Acceso en: 21 dez. 2020d.

<sup>266</sup> BRASIL. **Código de processo civil (CPC)**. Lei 13.105 de 2015. Disponible en: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/174788361/lei-13105-15>>. Acceso en: 21 dez. 2020d.

<sup>267</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de processo civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento de sentença e liquidação e coisa julgada**. Salvador: Juspodivm, 2007. (Vol. 2).

Se deben evitar referencias genéricas, del tipo: la prueba producida por el autor no convence. Con eso el juez de ninguna manera se ha deshecho del deber de motivar: él tiene que explicar por qué no le ha parecido convincente la prueba producida por el autor. Análogicamente, cuando el juez afirma: las alegaciones del reo han quedado comprobadas, él necesita demostrar que esto realmente ha sucedido; si las pruebas presentadas por el acusado no han sido convincentes, entonces, exponga los motivos por los cuales no se ha convencido.<sup>268</sup>

Esa misma denominación es utilizada por Nelson Nery Júnior, que afirma no bastar la oportunidad ofrecida a la parte de manifestarse y aportar pruebas cuya producción le incumba. Es necesario que su manifestación, sus argumentos, sean efectivamente analizados y valorados por el juzgador, que, además, deberá fundamentar tanto su posicionamiento positivo, cuanto su posicionamiento negativo en relación a aquella determinada prueba.

Por posicionamiento positivo se entiende la utilización de la prueba a favor de la parte que la ha presentado a los autos. El posicionamiento negativo quiere decir la utilización de la prueba en contra de aquel que la ha llevado a la demanda, como también la no utilización de la prueba. Por no utilización de la prueba se quiere entender no ser ésta eficiente para fundamentar las alegaciones de la parte que la ha producido.

#### **4.8.1 La distribución dinámica de la carga de la prueba en base de la isonomía**

La isonomía puede considerarse bajo dos enfoques: *i)* isonomía formal, y *ii)* isonomía material. Antes de cualquier enfoque sobre las dos especies, siempre es importante (re)presentar el concepto de isonomía.

Como resalta Luís Pinto Ferreira<sup>269</sup> la igualdad ante la ley o igualdad formal, debe ser entendida como igualdad ante la ley vigente y de la ley a ser elaborada,

---

<sup>268</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não de figurar na sentença. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121. No original: Devem ser evitadas referências genéricas, do tipo: a prova produzida pelo autor não convence. Com isso o juiz de maneira alguma se desincumbiu do dever de motivar: ele tem de explicar por que não lhe pareceu convincente a prova produzida pelo autor. Analogicamente, quando o juiz afirma: as alegações do réu ficaram comprovadas, ele precisa demonstrar que isso realmente aconteceu; se as provas produzidas pelo réu não convenceram, que ele exponha o motivo pelos quais não ficou convencido.

<sup>269</sup> FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. São Paulo: Saraiva, 1983.

debiendo ser interpretada como un impedimento a la legislación de privilegios de clases, como igualdad ante los administradores y los jueces.

A su vez, la igualdad material consiste en tratar los desiguales de manera desigual, de acuerdo con las necesidades. Aristóteles defendía la diferenciación de tratamiento con base en el mérito, lo que caracteriza su concepto de justicia distributiva.

El hecho es que esta teoría de la justicia distributiva, inicialmente presentada en la obra de Aristóteles, se remonta a más de dos milenios, como destaca Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais<sup>270</sup>. Importante destacar, todavía, basándose en Samuel Fleischacker<sup>271</sup>, que, aún antes de Aristóteles, Platón ya “escribió sobre como la propiedad debería ser distribuida en una sociedad ideal”.<sup>272</sup> Esta concepción está presente en Justiniano, cuando afirma ser la justicia la constante y perpetua voluntad de dar a uno lo que es suyo.

Aristóteles jamás escribió sobre cómo distribuir recursos escasos como justicia distributiva. Además, no consideró ser la necesidad sustentáculo para la reivindicación de propiedad. En este sentido, destaca Fleischacker, “hasta hace muy poco, la gente no reconocía que la estructura básica de la distribución de recursos en sus sociedades era una cuestión de justicia, y tampoco consideraba que la justicia debería exigir una distribución de recursos que satisficiera las necesidades de todos”.<sup>273</sup>

El hecho es que ese no es el actual sentido de justicia distributiva. Al contrario de lo que afirmó Aristóteles, al considerar la retribución de honores políticos a los ciudadanos en relación a su mérito, se tiene, actualmente, una concepción de que se debe distribuir a cada uno de acuerdo con sus méritos. Una vez más, reforzando la afirmación aristotélica, urge destacar otro pasaje del Estagirita:

De ahí que se susciten disputas y acusaciones, cuando aquellos que son iguales no tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales

---

<sup>270</sup> MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais. **Justiça distributiva: bases jusfilosóficas de pré-compreensão dos direitos fundamentais**. Pará de Minas-MG: Virtualbooks, 2016.

<sup>271</sup> FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>272</sup> FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.3. No original: “escreveu sobre como a propriedade deveria ser distribuída em uma sociedade ideal”.

<sup>273</sup> FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.3. No original: “Até muito recentemente, as pessoas não reconheciam que a estrutura básica da distribuição de recursos em suas sociedades era uma questão de justiça, e tampouco consideravam que a justiça deveria exigir uma distribuição de recursos que satisfizesse as necessidades de todos”.

tienen y reciben partes iguales. Y esto está claro por lo que ocurre con respecto al mérito; pues todos están de acuerdo que lo justo en las distribuciones debe estar de acuerdo con ciertos méritos, pero no todos coinciden en cuanto al mérito mismo, sino que los demócratas lo ponen en la libertad, los oligárquicos en la riqueza o nobleza, y los aristócratas en la virtud.<sup>274</sup>

El justo es una especie de proporción, una igualdad de razones que requiere al menos cuatro términos. Bajo la base teórica de la concepción aristotélica, el hecho de que existen personas necesitadas en el mundo ha sido durante mucho tiempo justificado y aceptado como orden de providencia divina, incluso como sinónimo de premio de “*reino de los cielos*”. Este sentido moderado “invoca el Estado para garantizar que la propiedad sea distribuida por toda la sociedad de manera que todas las personas puedan suplirse con un cierto nivel de recursos materiales”.<sup>275</sup>

Robert Nozick <sup>276</sup> presenta visión diversa, afirmando que la distribución de propiedad no constituye objetivo de la justicia. Sin embargo, Nozick no duda que no siempre la expresión “justicia distributiva” se aplica a la distribución de propiedad por el Estado a los necesitados.

Hecho es que, en su sentido aristotélico, la justicia distributiva exigía que personas merecedoras fueran recompensadas de acuerdo con sus méritos, implicando primeramente la distribución del *status* político, y otros derechos no eran vistos como relevantes.

Hoy en día, se reconoce que todos merecen bienes independientemente de mérito, con el objetivo de proporcionar al ser humano derechos humanos fundamentales para su subsistencia. Así, la concepción moderna de justicia distributiva denota un espacio argumentativo más dilatado que aquel visto en el pensamiento aristotélico.

En este sentido, teniendo en cuenta una isonomía material, o sea, una igualdad que demanda más para aquel que está en una situación de inferioridad en algún aspecto, es que debe localizarse la teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba, porque, de lo contrario, el mantenimiento de la teoría tradicional en la teoría

---

<sup>274</sup>ARISTÓTELES. *Ética nicomáquea – ética eudemia*. Madrid: Gredos, 1988, p. 244-245. (Biblioteca Clásica Gredos).

<sup>275</sup> FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 8. No original: “Invoca o Estado para garantir que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com um certo nível de recursos materiais”.

<sup>276</sup> NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

general del proceso hace con que las desigualdades en la producción de la prueba tienden contra el que está en una situación desigual.

Como resalta Lourenço:

Las diversidades existentes entre todas las personas deben respetarse para que la garantía de la igualdad, más que formal, constituye una garantía sustancial que iguala los desiguales, en la medida de sus desigualdades, dando mejores condiciones al necesitado de la relación jurídica procesal. Al observarse cual parte tiene mejores condiciones de producir cierta prueba nada más se está haciendo que velando por la aplicación de una isonomía material.<sup>277</sup>

Cualquier diferencia de trato se puede justificar racionalmente teniendo en cuenta criterios de reciprocidad, de modo a evitar un desequilibrio global en perjuicio de una de las partes, afirma Marinoni<sup>278</sup>.

Como visto, en el marco del Estado Democrático de Derecho, la isonomía material reclama la superación de las desigualdades, de modo a promover la paz social, que solo será posible si se da la oportunidad a los litigantes paridad de armas y posibilidades en el manejo de los instrumentos procesales, especialmente los probatorios.<sup>279</sup>

Avanzando en la discusión de la temática de la tesis, en la subsección siguiente se presentarán las reglas de la carga de la prueba en el derecho procesal brasileño.

#### **4.9 Consideraciones sobre las reglas de la carga de la prueba en el derecho procesal brasileño**

La carga de la prueba puede ser clasificada en: *i)* carga de la prueba subjetiva; y *ii)* carga de la prueba objetiva. En el caso de la carga de la prueba subjetiva se tiene como pregunta: *¿quién debe probar qué?* A su vez, en la carga de la prueba objetiva

---

<sup>277</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 71-72. No original: “As diversidades existentes entre todas as pessoas devem ser respeitadas para que a garantia da igualdade, mais do que meramente formal, seja uma garantia substancial, igualando os desiguais, na medida de suas desigualdades, dando melhores condições ao hipossuficiente da relação jurídica processual. Ao se observar qual parte tem melhores condições de produzir determinada prova nada mais se está fazendo do que velando pela aplicação de uma isonomia material”.

<sup>278</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1999.

<sup>279</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

se tiene como reglas de juicio, que deben ser observadas por el magistrado en el momento de resolver la pretensión de mérito del autor.<sup>280</sup>

En relación con la carga subjetiva de la prueba, existe la previsión legal abstracta de que incumbe al autor el hecho constitutivo de su derecho. A su vez, al demandado (demandado) incumbirá la prueba de los hechos extintivo, impeditivo y modificativo.

El emblemático artículo 333 del derogado Código de Procedimiento Civil de 1973 poseía redacción que conducía la doctrina<sup>281</sup> a comprender que, a cada una de las partes incumbía aportar la prueba de los hechos por ella afirmados, cabiendo al autor, por regla general, la prueba de los hechos constitutivos o modificativos de este derecho.

En este sentido, se entiende la distribución estática de la carga de la prueba, de manera previa y abstracta, lo que denota una preocupación con la solución del conflicto, sin preocuparse con una solución que sea lo más próxima posible de la verdad de los hechos. Se tiene, en este caso, una solución junto con la posición de la parte en el procedimiento, es decir, si la parte era autora, si era reo.

#### **4.9.1 Las formas de distribución de la carga de la prueba en el derecho procesal brasileño**

Doctrinalmente, se puede entender la existencia de tres formas de distribución de la carga de la prueba en el derecho procesal brasileño, cuales sean: *i)* convencional, *ii)* legal; y *iii)* judicial.

Como ejemplos de distribución legal de la carga de la prueba se tiene el Código de Protección al Consumidor (Ley n.º 8.078, de 1990), que, en su artículo 38, determina la inversión de la carga de la prueba<sup>282</sup>, lo que es, en las palabras de Lourenço<sup>283</sup>, un caso de redistribución, teniendo en cuenta el hecho de que la regla de distribución ya está definida por el legislador.

<sup>280</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

<sup>281</sup> Como é o caso de: MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 75.

<sup>282</sup> Há posicionamento no sentido da previsão da inversão do ônus da prova na seara ambiental. Nesse sentido: RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. São Paulo: Forense, 2003.

<sup>283</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. No mesmo sentido é o entendimento de: TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel

Dicho artículo prevé la posibilidad de inversión de la carga de la prueba en los casos de verosimilitud de la alegación del consumidor, siendo también, el consumidor necesitado <sup>284</sup>, no ejerciéndose de oficio, sino mediante decisión judicial, comprobando, el magistrado, los dos condicionantes. Como destaca Humberto Theodoro Júnior <sup>285</sup>, sin basarse en la verosimilitud de las alegaciones o en su necesidad, no podrá gestionarse dicha inversión en favor del consumidor.

También de acuerdo con la doctrina: "en el análisis exacto podemos observar el legislador del CDC no ha hecho otra cosa que aplicar, en lo sustancial, el principio constitucional de la isonomía, tratando de manera desigual los desiguales, teniendo la propia ley reconocido dicha desigualdad".<sup>286</sup> Se trata de un derecho procesal del consumidor, susceptible de iniciativa de oficio, como se subraya, teniendo en cuenta estar anclado en el texto constitucional como derecho fundamental.

En los casos de inversión por fuerza de la ley (*ope legis*), puede esta disposición ser tomada por el juez de oficio, con vistas a su previsión legal.

La cláusula convencional existía en el CPC de 1973, como también en el CPC de 2015. El convencional de la distribución no depende de la homologación, siendo inmediatamente eficaz. Sin embargo, es necesario afirmar que, pese al convenio, es posible la producción probatoria por intermedio del magistrado.

A su vez, se tiene la forma judicial de distribución de la carga de la prueba, en la cual se encuadra la distribución dinámica de la carga de la prueba, la cual será vista en la subsección siguiente, de manera apartada, teniendo en cuenta su importancia para la presente investigación.

#### 4.10 Teorías sobre la distribución de la carga probatoria

Varias teorías han intentado (y todavía intentan) sostener la distribución de la carga probatoria, con el objetivo de regular, con seguridad, la responsabilidad

---

Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

<sup>284</sup> O conceito se refere à hipossuficiência técnica e não à hipossuficiência econômica, que é a miserabilidade.

<sup>285</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**: 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

<sup>286</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 80. No original: "em acurada análise podemos observar que o legislador do CDC nada mais fez do que aplicar, no aspecto substancial, o princípio constitucional da isonomia, tratando desigualmente os desiguais, tendo a própria lei reconhecido tal desigualdade".

probatoria en una acción determinada. Sin embargo, ante la variedad de teorías, es forzoso reconocer la dificultad y amplitud del asunto.

En este sentido, se pueden exponer las siguientes teorías:

- Teoría de Jeremy Bentham: Bentham puede ser considerado, aunque vagamente, uno de los precursores de la teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba. Para el teórico del Panóptico, la carga de la prueba correspondería a quien pudiera hacerlo con menor inconveniente. Como se ha observado, una de las primeras manifestaciones de una distribución no estática de la carga probatoria.

- Teoría de Bethmann-Hollweg: de acuerdo con la teoría, a quien deduzca un derecho recaerá la carga de su existencia.

- Teoría de Gianturco: la producción de la prueba debe corresponder a aquel que se beneficie, en el caso concreto.

- Teoría de Betti, Carnelutti y Chiovenda: Se trata de teoría, por así decir, clásica, adoptada en varios países, incluso en Brasil. De acuerdo con la teoría al autor cabe la prueba de los hechos que fundan su pretensión y, al reo, cabrá la prueba de los hechos sobre los cuales se basan sus excepciones. Se trata de la teoría adoptada en Brasil, especialmente en el CPC de 1973.

- Teoría de Rosenberg y Micheli: para esta teoría, debe recordarse, siempre, la real situación de las partes de la causa y sus condiciones concretas de producir pruebas. Realiza fuerte crítica a la teoría de Chiovenda y Carnelutti, teniendo en cuenta considerar la relación jurídica abstractamente colocada, ignorando la situación real de las partes de la demanda, como también sus posibilidades concretas de producir pruebas.

- Teoría de Ricci y Josserand: de acuerdo con los dos publicistas, la carga de la prueba compete al autor en relación con los hechos relativos a su pretensión. A su vez, al reo, cabrá la prueba de los hechos inseridos en su excepción.

- Teoría de Fitting y Lessona: consideran que los hechos normales, habituales y ordinarios de la vida no necesitan ser probados.

La otra teoría es la actual teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba, la cual será analizada en la siguiente sección, teniendo en cuenta su importancia para el estudio propuesto por medio de la presente tesis.

#### **4.11 Teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba (teoría flotante o teoría de la prueba)**

Importante resaltar, aún y de antemano, la existencia de relatos de aplicación de la referida distribución en España y Alemania, momentos antes de la aplicación en el Estado Argentino, país donde ha nacido Jorge W. Pervano.

La aplicación de la teoría por el Tribunal Supremo de España, se da hace algún tiempo, en consecuencia, mediante la flexibilización de las cargas probatorias, teniendo en cuenta la obligación de competir con el poder judicial en la conquista de la verdad real, como también en la conquista de un resultado justo.

En Alemania, mediante la aplicación de la oficina de cambio de moneda (también denominada en sentido contrario), *beweisumkehr*, de la prueba, se ha aplicado por el Supremo Tribunal de Justicia de Alemania para los casos de responsabilidad médica con culpa gravísima, responsabilidad en materia de consumidores, de aclaración y comunicación de los asuntos jurídicos, de los contratos financieros.

Pese a la existencia de institutos semejantes, se tiene, en las personas de Jorge W. Peyrano y Augusto M. Morello, los principales mentores y los actuales teóricos de la teoría dinámica. Incluso, es necesario transcribir importantes espectros de aplicación en este referido ordenamiento jurídico. Ante esto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, ha aplicado la teoría imponiendo a un funcionario la prueba de la legitimidad de su enriquecimiento, teniendo en cuenta la mejor condición para la producción de pruebas.

La teoría estática de la carga de la prueba potencialmente conduce a juzgamientos injustos. No se niega su validez, pero no se puede afirmar ser ella posible de solucionar todos los casos prácticos presentes en el cotidiano.

El hecho es que la teoría dinámica de la carga de la prueba está basada en cuatro principios más relevantes, cuales sean, principios de la veracidad, principio de la buena fe, principio de la lealtad y principio de solidaridad.

Importante subrayar ser el principio de solidaridad un principio implícito en el Estado Democrático de Derecho brasileño, que tiene por objetivo instituir realmente un modelo de Estado que llame a la gente de la sociedad.

Así, resalta Jorge W. Peyrano <sup>287</sup> la necesidad de que los órganos jurisdiccionales utilicen la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (otra nomenclatura para la *teoría dinámica de la carga de la prueba*), principalmente ante determinadas situaciones, en las cuales no funcionan satisfactoriamente las previsiones legales que reparten los esfuerzos probatorios.

Peyrano<sup>288</sup> afirma la posibilidad de que la carga probatoria recaiga sobre la parte que esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas.<sup>289</sup> Lo que se propone es la facilidad y la accesibilidad del litigante a prueba. En este sentido, la teoría no niega la necesidad de normas estáticas y abstractas de distribución, que siguen siendo válidas. Lo que se propone es la posibilidad de flexibilización de las normas de distribución de la carga de la prueba.

Importante observar haber sido el Código de Procedimiento Civil anterior, cual sea, de 1973, elaborado antes de la actual Constitución brasileña, que, elevó el contradictorio y el acceso a la justicia como derechos fundamentales. En ese sentido, no se tenía en la época la concepción axiológica de los dos referidos derechos. Además, no hay duda de que, según lo señalado por Fredie Didier Júnior <sup>290</sup>, la distribución rígida de la carga de la prueba atrofia el sistema, además de que, su aplicación inflexible potencialmente conduce a juicios injustos.

Es de Haroldo Lorenzo el interesante ejemplo y observación, a continuación, transcrito literalmente:

Adoptando la regla del CPC/1973, si el demandante no demuestra el hecho constitutivo, desestimar su demanda y, de lo contrario, si el demandado no consigue probar los hechos extintivos, impeditivos o modificativos, se considerará que la solicitud ha sido debidamente justificada, sin ponderación ni consideración alguna con la dificultad o la imposibilidad de que la parte o el hecho sean demostrados en juicio.<sup>291</sup>

<sup>287</sup> PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. *In*: LÉPORI, Inés. (Coord). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 19-20.

<sup>288</sup> PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. *In*: LÉPORI, Inés. (Coord). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 19-20.

<sup>289</sup> "Deve-se considerar que quem está em melhores condições de produzir a prova é aquele que ocupa uma posição privilegiada ou destacada com relação ao material probatório, quando comparado com seu adversário. Em outros termos, em função do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, ou por estar na posse da coisa ou do instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova etc., está em melhor posição para revelar a verdade e seu dever de colaboração se acentua ao ponto de se atribuir o ônus da prova que, segundo as regras clássicas, não teria".

<sup>290</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de processo civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento de sentença e liquidação e coisa julgada**. Salvador: Juspodivm, 2007. (Vol. 2).

<sup>291</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 88. No original: "Adotando-se a regra do CPC/1973, se o demandante não

Esta regla dura es contraria al procedimiento en sí, con el fin de ser la relación jurídica de derecho procesal dialéctica y dinámica (proceso es tesis, antítesis y síntesis). Siendo una relación dialéctica, demandando movimiento, debe serlo visto de modo dinámico. En este sentido, "si, como se ha dicho, el proceso es dinámico, todas las posiciones procesales deben considerarse desde el punto de vista dinámico, no teniendo ningún sentido, actualmente, que la carga de la prueba sea fija".<sup>292</sup>

En lo que se refiere al momento de aplicación de la teoría dinámica, es importante resaltar ser el de la fase instructiva, para que se permita el derecho de manifestación. Así, el magistrado, al notar que determinada parte tiene mejores condiciones de producir determinada prueba, debe pronunciar expresamente, apuntándola la carga de producirla, indicando, todavía, cuales hechos deben producirse.

Procediendo de esta manera, no habrá afronta al principio constitucional de amplia defensa, garantizándose, aún, la isonomía. Como se ha señalado, más de una vez, y que debe ser subrayado, es, la dinamización de la carga de la prueba ayudará en la realización del principio constitucional del contradictorio.

En la próxima sección, sigue en análisis conceptual y característico de la teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba.

---

demonstrar o fato constitutivo, julga-se improcedente seu pedido e, do contrário, se o demandado não conseguir provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, julga-se integralmente procedente o pedido, sem qualquer ponderação ou consideração com a dificuldade ou a impossibilidade de a parte ou de o fato serem demonstrados em juízo".

<sup>292</sup> LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 88. No original: "se, como afirmado, o processo é dinâmico, todas as posições processuais devem ser consideradas do ponto de vista dinâmico, não fazendo qualquer sentido, atualmente, que o ônus da prova seja fixo".

## 5 LAS PRUEBAS Y SU CARGA EN LA SIEMBRA LABORAL EN RELACIÓN AL DELITO DE ACOSO SEXUAL: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 818 DE LA CLT - LEY 13.467/2017

Se destaca el inequívoco vínculo que la carga de la prueba posee con la resolución de la demanda, y, por consiguiente, con la actividad desarrollada por las partes y por el juez.<sup>293</sup> Así, una vez más, apoyándose en los postulados de Michele Taruffo<sup>294</sup>, se destaca que ninguna decisión puede ser considerada justa caso se fundamente en hechos equivocados. Por lo tanto, es fundamental la conducción de un procedimiento en el que exista una cooperación leal entre las partes.

Se ha podido observar en las secciones anteriores, que, con vistas al proceso cooperativo, se impone un poder judicial que dialogue con las partes de la relación procesal. Esa obligatoriedad de diálogo surge del fenómeno del aumento de los poderes del magistrado en el proceso moderno.

De la cooperación surgen poderes-deberes, siendo ellos: *i)* deber de aclaración; *ii)* deber de consulta; *iii)* deber de presencia; *iv)* deber de ayuda.

El deber de aclaración está previsto en el CPC, por ejemplo, en el artículo 321, que establece al magistrado el deber de solicitar la enmienda de la petición inicial, en el plazo de 15 días, cuando ésta esté defectuosa, apuntando, aún, las partes problemáticas que deben ser sanadas. Referido poder también se manifiesta en el párrafo primero del artículo 35, que pondrá a disposición de las partes, en un plazo de cinco días, solicitar al juez que aclare o ajuste la decisión de saneamiento.

A su vez, el deber de consulta está relacionado a la prohibición de decisión sorpresa (también denominada decisión de tercera vía). Se trata de una de las reglas más importantes del CPC de 2015. A través de ella está prohibido al magistrado decidir sobre cuestión de hecho o de derecho sin que haya habido manifestación de las partes, aunque sea cuestión que pueda ser conocida de oficio.

Según Lucas Buri de Macêdo y Ravi Peixoto, "la razón de esta prohibición deriva de la propia necesidad de un contradictorio en sentido fuerte [...]. De esa manera, se consagra la democracia participativa en el proceso".<sup>295</sup>

<sup>293</sup> CARPES, Arthur Thompsen. **O ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. (Coleção O Novo Processo Civil).

<sup>294</sup> TARUFFO, Michele. **Sui confini** – scritti sulla giustizia civile. Bolonha: Il Mulino, 2002.

<sup>295</sup> MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.39. En el original: "a razão dessa proibição deriva da própria necessidade de um contraditório em sentido forte [...]. Dessa forma, consagra-se a democracia participativa no processo".

El deber de prevención consiste en que el magistrado informe a las partes de la posibilidad de frustración de los pedidos, como consecuencia del uso inadecuado del proceso. Como ejemplo, destaca el artículo 319 del CPC, que establece al magistrado, antes de dictar sentencia sin juicio sobre el fondo, conceder a la parte la oportunidad de corregir eventual vicio que esté impidiendo el juicio de mérito.<sup>296</sup>

Por fin, el deber de ayuda impone al juez el deber de ayudar a las partes en la superación de eventuales dificultades que estén obstaculizando el cumplimiento de cargas o deberes procesales.

Como consecuencia de ese modelo cooperativo, se tiene una serie de nuevos desdoblamientos en el proceso, proponiendo un cambio de mentalidad, como también una reanálisis de las conductas tradicionales, tanto de las partes como del magistrado.

Esa nueva mentalidad afecta institutos fundamentales del proceso, tales como rebeldía, los recursos, el sistema de nulidades, así como la carga de la prueba. Así, conforme resalta Paula Costa e Silva, "tal vez sea tiempo de repensar todo el sistema de valores que informan el proceso civil".<sup>297</sup>

También en relación a esa nueva sistemática procesal, destacan Macêdo y Peixoto:

A partir de la adopción de un nuevo modelo procesal, el cooperativo, en sustitución del modelo tradicional del *civil law*, que sería el inquisitivo, es importante que diversos institutos clásicos ganen una nueva visión del operador del derecho. Consecuentemente, no queda por fuera de ese nuevo prisma la temática de la carga de la prueba.<sup>298</sup>

En ese sentido, amparados en la concepción de prueba como derecho fundamental, como también aplicación del modelo cooperativo, encaminado a la efectividad del proceso y del acceso a la justicia, es llegado el momento de amparar la tesis, que enfrenta al párrafo primero del artículo 818 de la CLT a la luz de la teoría dinámica de la carga de la prueba.

---

<sup>296</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.39.

<sup>297</sup> SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo**. Coimbra: Coimbra, 2003, p.603. En el original: "talvez seja tempo de repensar todo o sistema de valores que informam o processo civil".

<sup>298</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.43. En el original: "A partir da adoção de um novo modelo processual, o cooperativo, em substituição ao modelo tradicional do civil law, que seria o inquisitivo, é importante que diversos institutos clássicos ganhem uma nova visão do operador do direito. Consequentemente, não fica por fora desse novo prisma a temática do ônus da prova".

Se trata, como destacado, de la cuestión que implica la dinamización de la carga de la prueba en caso de acoso sexual en las relaciones laborales. Aquí, es importante resaltar que no se trata de la carga de la prueba en el proceso penal de enjuiciamiento del delito de acoso sexual, vale la pena destacar, sino más bien en el caso de una demandante laboral que busca la rescisión indirecta del contrato de trabajo en caso de la práctica de conducta este tipo.

Antes de ello, sin embargo, es necesario presentar algunas consideraciones adicionales, incluyendo críticas a la tesis de la dinamización de la carga de la prueba, lo que se hará a continuación.

## **5.1 Objeciones a la tesis de la dinamización de la carga de la prueba**

En que pese a la teoría de la dinamización de la carga de la prueba ser aplicada en varios países, es importante resaltar la existencia de críticas en relación con ella. Algunas de esas críticas son direccionadas por Michele Taruffo <sup>299</sup>, que las ha elaborado como base de un ordenamiento también de la tradición de la *civil law*, como el brasileño, en el caso, el italiano. Además de las críticas dirigidas por el procesalista italiano, hay que destacar las críticas dirigidas por la doctrina garantista.

### **5.1.1 Críticas de Michele Taruffo a la tesis de la dinamización de la carga de la prueba**

La primera crítica dirigida por Taruffo <sup>300</sup> hace referencia al hecho de que, permitir alteración de la carga de la prueba de forma distinta de la prevista en la ley sería atribuir al magistrado un poder discrecional que ninguna norma ha permitido.

Esta crítica puede ser resuelta, a nivel teórico, de manera simple, al menos a nivel de ordenamiento jurídico brasileño. En este caso, se tiene que la aplicación directa de la Constitución con sus principios procesales irradiantes, es factor de concretización de varios de estos principios, como también de la cláusula del debido proceso legal.

---

<sup>299</sup> TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

<sup>300</sup> TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

Ante esto, observan Macêdo y Peixoto: "es posible la creación de una regla de distribución de la carga de la prueba a partir de la propia Constitución, alejando en el caso concreto la regla de la distribución estática".<sup>301</sup>

Esa crítica también es hecha en el ordenamiento jurídico argentino, en lo que responde a la doctrina en el sentido de que no es la ley la única fuente del derecho, habiendo, como factor relevante, la doctrina.<sup>302</sup>

Otra crítica dirigida por Taruffo se refiere a su afirmación de que la modificación de la carga de la prueba a la luz de la hipersuficiencia probatoria de una parte con respecto a otra constituye una persecución de la verdad de manera equivocada y excesiva.

### **5.1.2 Críticas de la doctrina garantista a la tesis de la dinamización de la carga de la prueba**

La primera tesis en relación a la dinamización de la carga de la prueba se refiere a una posible violación de la justicia del legislador.

Otro argumento es el de que habría violación del debido proceso legal por la dinamización de la carga de la prueba en el bulto de la sentencia. En el caso, habiendo dinamización de la carga en el bulto de la sentencia, la crítica es procedente. Ante eso, es importante que la dinamización ocurra y se concrete en momento anterior, en el caso, en audiencia preliminar.

La tercera se refiere a la alegación de que existen otros mecanismos de de regulación de la desigualdad probatoria, en lugar de la dinamización. Se trata de crítica incompleta. Los garantistas defienden la tesis de situaciones en que sería preferible fijar, de forma abstracta, situaciones en que una de las partes fuera beneficiada por una presunción.

Esa definición de presunciones abstractas cae ante la ausencia de fijación de presunciones abstractas, lo que generaría un déficit de acceso a la justicia,

---

<sup>301</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.145. En el original: "é possível a criação de uma regra de distribuição dinâmica do ônus da prova a partir da própria Constituição, afastando no caso concreto a regra da distribuição estática".

<sup>302</sup> AIRASCA, Ivana Maria. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *In*: LEPORI WHITE, Inés; PEYRANO, Jorge W. (Coord). **Cargas probatorias dinámicas**. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 2004.

perjudicando, por consiguiente, ese derecho fundamental tan importante en el marco del Estado Democrático de Derecho.

## 5.2 Las pruebas y sus peculiaridades

Limitándose al objeto del presente estudio, solo interesa el abordaje de la jurisdicción contenciosa, que nace con la pretensión deducida por el autor y resistida por el acusado, por su defensa presentada, promoviendo el desarrollo de los demás actos necesarios para el pronunciamiento de la sentencia, título que, caso confirme el derecho alegado, resultará en la ejecución forzada.

Por lo tanto, para la presente investigación, la decisión definitiva del mérito justifica tanto la existencia del proceso, con inicio, medio y fin, en cuanto a su efectividad, que afirmará el derecho subjetivo y el propio ordenamiento jurídico que lo ha consagrado.

En este contexto, la importancia está en la afirmación del derecho y su resistencia, promoviendo, de esa manera, la necesidad de verificar la titularidad y sus circunstancias y permitir el cumplimiento coactivo, siendo primordial para ese desarrollo la producción probatoria.

Pondera Francesco Carnelutti:

Para estar seguro de un hecho que no se ha visto, es necesario ver otros hechos de los cuales, según la experiencia, se pueda decir que, si ocurrieran, también el hecho desconocido a su vez ha ocurrido o no. El juicio de existencia exige, pues ante todo nada que el juez desarrolle una actividad perceptiva: debe agudizar la vista y los oídos y estar muy atento para ver y oír algo. Los hechos que el juez ve u oye se llama pruebas.<sup>303</sup>

Decir que probar es una manera de demostrar la verdad reduce el término al nivel ordinario y superficial, haya vista que prueba y verdad poseen diversas acepciones y vertientes en el ámbito filosófico y jurídico, que deben ser estudiadas profundamente cuando abordadas en el contexto científico.

---

<sup>303</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Edijur, 2012, p.51-52. En el original: "Para ter certeza de um fato que não se viu, é necessário ver outros fatos dos quais, segundo a experiência, possa se dizer que, se ocorreram, também o fato desconhecido por sua vez aconteceu ou não. O juízo de existência exige, pois antes de mais nada que o juiz desenvolva uma atividade perceptiva: deve aguçar a visão e os ouvidos e estar muito atento para ver e ouvir algo. Os fatos que o juiz vê ou escuta chama-se provas".

En la senda jurídica, se extrae, de acuerdo con Plácido e Silva, el siguiente concepto para el verbo *probar*:

PROBAR – del latín *probae* (examinar, verificar), en el lenguaje jurídico, es manifestar, hacer patente, poner en evidencia, demostrar la certeza de un hecho o la verdad sobre lo que se alega, exponiendo los motivos, de instrumentos, de pericias o testimonios, a fin de que se legitime la pretensión traída a juicio o el derecho que se quiere defender.<sup>304</sup>

A su vez, el concepto filosófico de prueba es extraído de Nicola Abbagnano, en los siguientes términos:

PRUEBA – [...]. Procedimiento apto para establecer un saber, es decir, un conocimiento válido. Constituye P. todo procedimiento de este género, cualquiera que sea su naturaleza: mostrar una cosa o un hecho, mostrar una cosa o un hecho, mostrar un documento, dar testimonio, realizar una inducción son P. tanto como las demostraciones de matemáticas y la lógica. Por lo tanto, este término es más extenso que demostración (v.): las demostraciones son P., pero no todas las P. son demostraciones.<sup>305</sup>

Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>306</sup> enseña que, filosóficamente, probar es una operación intelectual que busca y comunica el conocimiento de que es “verdadero”, bajo dos vertientes: una objetiva, relativa a los procedimientos investigativos; otra subjetiva, relativa a la creencia que puede venir o no de tales procedimientos. En semejante sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>307</sup> explica que, etimológicamente, probar tiene tanto un sentido objetivo relacionado a la demostración de algo para la constatación de alguien que un hecho realmente ha ocurrido; como tiene sentido subjetivo que se refiere a la producción de entendimiento favorable o no sobre la

---

<sup>304</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 31.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.1713. En el original: “PROVAR - do latim *probare* (examinar, verificar), na linguagem jurídica, é manifestar, fazer patente, pôr em evidência, demonstrar a certeza de um fato ou a verdade acerca do que se alega, mediante a apresentação das razões, de instrumentos, de perícias ou testemunhos, a fim de que se legitime a pretensão trazida a juízo ou o direito que se quer defender”.

<sup>305</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 805. En el original: “PROVA – [...]. Procedimento apto a estabelecer um saber, isto é, um conhecimento válido. Constitui P. todo procedimento desse gênero, qualquer que seja sua natureza: mostrar uma coisa ou um fato, exhibir um documento, dar testemunho, efetuar uma indução são P. tanto quanto as demonstrações de matemática e da lógica. Portanto, esse termo é mais extenso que demonstração (v.): as demonstrações são P., mas nem todas as P. são demonstrações”.

<sup>306</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>307</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

garantía presentada, y esto tiene que ver con la juiciosa confianza de la justicia en los contornos éticos de las partes e incluso en la legitimidad de la marcha del proceso.

Michele Taruffo <sup>308</sup> aborda el estudio de la prueba bajo relevante análisis filosófico, relacionando el concepto de derecho, hecho y valor, al afirmar que el concepto de “hecho” es muy complejo y que:

Los hechos generalmente se cargan de derecho y de valor. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de considerar tales tipos de hechos peculiares como verdaderos o falsos en su dimensión empírica. “Derecho” y “hecho” son términos de relaciones y de distinciones analíticas, y no cuestiones de confusión inextricable. Las proposiciones acerca de la dimensión empírica de un hecho pueden y deben distinguirse de las valoraciones y calificaciones jurídicas sobre ese hecho. Las proposiciones fácticas pueden ser verdaderas o falsas, por lo tanto, objeto apropiado de la prueba judicial, está concebida como el medio para establecer la verdad de los hechos en litigio.<sup>309</sup>

Cuando la reflexión se vuelve hacia la prueba procesal, surgen diversas perspectivas, desde la función del proceso, sujetos procesales, medios, valoración, y carga de la prueba, incluso la decisión y revisión judicial direccionados para la prueba.

Como se ha observado en más de un lugar del presente estudio, en relación con la función del proceso, mucho se cuestiona acerca de la real función del proceso judicial, si su objetivo es obtener una decisión que tenga en cuenta la verdad, o si su propósito se limita solo la resolución del conflicto, independientemente de la búsqueda de la verdad.

De acuerdo con Vitor Gonçalves Machado<sup>310</sup>, la prueba hace parte del proceso de construcción de la verdad, y su concepto abarca disciplinas diversas, pero su lugar de destaque es en el Derecho Procesal como instrumento del procedimiento legal que debe llevarse a los autos para determinar el transcurso del juicio mediante un conjunto de reglas para su producción, admisión, valoración y carga. Las pruebas se consideran indispensables en los procesos como elementos probatorios en los más

---

<sup>308</sup> TARUFFO, Michelle. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

<sup>309</sup> TARUFFO, Michelle. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 16. No original: “Os fatos geralmente são carregados de direito e de valor. Todavia, isso não exclui a possibilidade de considerar tais tipos de fatos peculiares como verdadeiros ou falsos na sua dimensão empírica. “Direito” e “fato”, e “valor” e “fato” são termos de relações e de distinções analíticas, e não questões de confusão inextricável. As proposições acerca da dimensão empírica de um fato podem e devem ser distinguidas das valorações e qualificações jurídicas sobre esse fato. As proposições fácticas podem ser verdadeiras ou falsas, portanto, objeto apropriado da prova judicial, está concebida como o meio para estabelecer a verdade dos fatos em litígio”.

<sup>310</sup> MACHADO, Vitor Gonçalves. **Verdade, prova e processo**: esboço de uma teoria da construção da “verdade” no processo civil brasileiro. 2015.

diversos casos, y son reconocidas como materialidad de los crímenes, bajo la forma de algo que pueda ser exhibido, visualizado, analizado y considerado en juicio.

Según las lecciones de Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>311</sup>, considerando la dimensión meta-jurídica, probar y reconocer pruebas demanda razonamiento lógico para que se pueda, deductivamente, llegar a conclusiones específicas a partir de ciertas premisas. Por la dimensión procesal, probar es la forma de apuración de un hecho típico capaz de promover la convicción del juez; o sea, dentro del sistema normativo, probar es demostrar la existencia de un presupuesto convincente sobre la realidad que puede considerarse "verdadera" desde el punto de vista de una de las partes para que el juez defina el derecho en conflicto.

De acuerdo con esta línea de pensamiento, Machado<sup>312</sup> presenta las pruebas como elementos capaces de establecer la "verdad" de los hechos en un proceso a través de tres aspectos: (1) instructivo - conjunto de actividades procesales realizadas con el fin de presentar hechos en juicio a fin de apoyar la decisión del juez; (2) instrumental - medio idóneo por el cual las informaciones son presentadas en el proceso, y los hechos probatorios son transmitidos para convencer al juez de la veracidad de las alegaciones; (3) final - resultado alcanzado en la forma exitosa o no de convencimiento del magistrado, mediante las actividades y medios empleados.

Completando esa definición de lo que viene a ser pruebas, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero<sup>313</sup> explican que, como la "verdad" es relativa, "lo que se prueba, no son los hechos, sino sus versiones", mediante alegaciones convincentes con una estrategia argumentativa que respete las normas y principios jurídicos en consonancia con los propósitos legales del Derecho. Para Fabiana Del Padre Tomé<sup>314</sup>, alegación convincente es aquella que no deja espacio para alegación contradictoria, considerando la habilidad competente de la argumentación como lenguaje humano para llevar a cabo la interpretación de las pruebas de acuerdo con el hecho alegado sobre un hecho social (típico) en un proceso jurídico.

---

<sup>311</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>312</sup> MACHADO, Vitor Gonçalves. **Verdade, prova e processo**: esboço de uma teoria da construção da "verdade" no processo civil brasileiro. 2015, p. 92.

<sup>313</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova** – possibilidade de inversão do ônus legal por decisão judicial. TJDF, 2018.

<sup>314</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

Jordi Ferrer Beltrán explana acerca de las dos teorías más habituales que relacionan prueba y verdad, sino veamos:

Para la primera de estas tesis, que defiende la existencia de una relación que se puede llamar conceptual, la verdad de una proposición es condición necesaria, pero no suficiente, para que se pueda decir que la proposición está probada. Se trata de una tesis sobre el concepto de prueba ya analizada en el capítulo anterior, que, de forma general, sostiene que una proposición está probada si es verdadera y si hay elementos de juicio a su favor. Ése fue el concepto clásico mayoritario de la prueba judicial [...], que, se puede decir, hoy está en franca decadencia, por las razones que serán indicadas en el siguiente ítem a continuación. La segunda tesis, a su vez, sostiene que la relación entre prueba y verdad es teleológica; es decir, no confiere a la verdad ningún papel en la definición de la prueba, pero la considera el objetivo último de la actividad probatoria [...]. Lo que sostiene, de ese modo, es que la finalidad principal de la actividad probatoria es obtener el conocimiento de la verdad sobre los hechos ocurridos, sucia descripción se convertirá en premisa de razonamiento decisorio.<sup>315</sup>

Ante las dos tesis citadas, Ferrer Beltrán presenta su conclusión:

Para finalizar esta introducción, vale la pena señalar una diferencia entre las dos tesis presentadas, que muchas veces se olvida: la primera tesis presupone la vinculación de la verdad con la prueba como resultado, es decir, presupone determinada posición sobre la posibilidad de que una proposición sobre un hecho sea probada y sea al mismo tiempo, falsa. Por otra parte, la segunda tesis propone una relación entre la verdad y la prueba como actividad. Si no se percibe esa diferencia entre las dos tesis presentadas, cayendo en la trampa de la ambigüedad del término “prueba”, se tiende a vincular ambas, sea para defenderlas indistintamente, sea para rechazarlas. En particular, para lo que tratamos aquí, es importante darse cuenta de que los argumentos necesarios para rechazar o defender una u otra tesis son claramente diferentes.<sup>316</sup>

---

<sup>315</sup> BELTRÁN. Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59. En el original: “Para a primeira dessas teses, que defende a existência de uma relação que pode ser chamada de conceitual, a verdade de uma proposição é condição necessária, mas não suficiente, para que se possa dizer que a proposição está provada. Trata-se de uma tese sobre o conceito de prova já analisada no capítulo anterior, que de forma geral, sustenta que uma proposição está provada se é verdadeira e se há elementos de juízo a seu favor. Essa foi classicamente a concepção majoritária da prova judicial [...], que, pode-se dizer, hoje está em franca decadência, pelas razões que serão indicadas no item que segue. A segunda tese, por sua vez, sustenta que a relação entre prova e verdade é teleológica; isto é, não confere à verdade qualquer papel na definição da prova, mas a considera o objetivo último da atividade probatória [...]. O que sustenta, desse modo, é que a finalidade principal da atividade probatória é obter o conhecimento da verdade sobre os fatos ocorridos, cuja descrição será convertida em premissa de raciocínio decisorio”.

<sup>316</sup> BELTRÁN. Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 60. En el original: “Para finalizar essa introdução, vale a pena assinalar uma diferença entre as duas teses apresentadas, que muitas vezes é esquecida: a primeira tese pressupõe a vinculação da verdade com a prova como resultado, isto é, propõe determinada posição sobre a possibilidade de que uma proposição sobre um fato esteja provada e seja ao mesmo tempo, falsa. Por outro lado, a segunda tese propõe uma relação entre a verdade e a prova como atividade. Se não se percebe essa diferença entre as duas teses apresentadas, caindo-se na armadilha da ambigüidade do termo “prova”, tende-se a vincular ambas, seja para defendê-las indistintamente, seja para rechaçá-las. Particularmente, para o

Michele Taruffo también destaca dos teorías, entre las teorías del proceso que tratan de los medios de prueba, veamos:

La primera define que una decisión jurídica justa es aquella que única y exclusivamente se basa en la verdad; o sea, en la valoración apropiada, exacta y veraz de los hechos relevantes del caso. La segunda argumenta que el objetivo principal del proceso es resolver el conflicto individual entre las partes, siendo desnecesario establecer la verdad de los hechos en litigio. Estas dos teorías del proceso son, por supuesto, idealizaciones simplificadas de concepciones muy complejas, generalmente vagas e imprecisamente definidas en relación con los propósitos de la justicia civil. Por lo tanto, no pueden ser tomadas como descripciones fieles y realistas de sistemas procesales específicos, que deben ser mencionados, de hecho, como polos teóricos de un continuo, en el cual se pueden clasificar los sistemas procesales que realmente existen segundo su proximidad a un u otro extremo. No obstante, dicha simplificación puede ser útil para identificar tendencias divergentes incluso dentro del propio sistema procesal, en el que puede haber teorías contrastantes acerca de los objetivos fundamentales de la justicia civil.<sup>317</sup>

Con relación a los sujetos del proceso, la reflexión se funda en la alegación de los hechos por las partes y la consecuente decisión emitida por parte del juez. Ahora bien, esta perspectiva debe estudiarse a partir del análisis de los sistemas *common law* ou *civil law*, considerando si son centrados en las partes o en el juez.

Con respecto al papel del juez, también enseña Taruffo que:

De hecho, un principio básico del proceso civil en todos los sistemas modernos – también reconocido en las disposiciones constitucionales - es el de que las partes tienen la facultad y el derecho de presentar todo medio de prueba pertinente y admisible que esté a su alcance [...]. Por lo tanto, todos los sistemas de prueba modernos se centran en las partes, una vez que cada parte tiene libertad ilimitada de presentar todos los medios de prueba admisibles y relevantes para la demostración de los hechos objeto del litigio. Por consiguiente, **las diferencias reales conciernen solamente al alcance**

---

que aqui tratamos, é importante perceber que os argumentos necessários para rechaçar ou defender uma ou outra tese são claramente diferentes”.

<sup>317</sup> TARUFFO, Michelle. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 21. (Coleção Filosofia e Direito).

No original: “A primeira define que uma decisão jurídica justa é aquela que única e exclusivamente se baseia na verdade; ou seja, na valoração apropriada, exata e veraz dos fatos relevantes do caso. A segunda argumenta que o objetivo principal do processo é resolver o conflito individual entre as partes, não sendo necessário estabelecer a verdade dos fatos em litígio. Essas duas teorias do processo são, por óbvio, idealizações simplificadas de concepções muito complexas, geralmente vagas e imprecisamente definidas em relação aos propósitos da justiça civil. Por conseguinte, elas não podem ser tomadas como descrições fiéis e realistas de sistemas processuais específicos, elas devem ser referidas, de fato, como polos teóricos de um contínuo, no qual se podem classificar os sistemas processuais que realmente existem segundo sua proximidade a um ou a outro extremo. Não obstante, tal simplificação pode ser útil para identificar tendências divergentes mesmo dentro do próprio sistema processual, no qual pode haver teorias contrastantes acerca dos objetivos fundamentais da justiça civil”.

**del poder que el juez posee para la producción de pruebas de oficio.** De esa manera, hay diferencias en cuanto a la amplitud de ese poder: mientras que algunos sistemas se apoyarán exclusivamente en las partes para la compilación y producción de las pruebas, otros confieren al juez poderes activos más o menos extensos para disponer de pruebas no ofrecidas por las partes. Cabe destacar, sin embargo, que, en muchos casos, los jueces no hacen uso efectivo de los poderes de los cuales están dotados, lo que resulta en sistemas mucho menos centrados en el juez de lo que aparentan ser si se consideran exclusivamente las reglas dispuestas en sus códigos.<sup>318</sup>

Jorge W. Peyrano dirigió una obra de estudios procesales civiles, en que ha hecho la siguiente observación:

La función del juez director se presenta con un matiz activo, sobre todo en la preservación de la igualdad de las partes, en las oportunidades alegatorias y probatorias, pero con facultades destinadas a la construcción de la verdad, y ello, con facultades de disponer aportes probatorios que las partes hayan omitido.<sup>319</sup>

Con relación a los sujetos del proceso, Taruffo destaca:

Otro principio general fundamental aplicado en todos los sistemas probatorios modernos es el de la “*participación de las partes*” en la producción de la prueba. Ese principio es generalmente concebido como un aspecto esencial de la garantía del debido proceso legal en la jurisdicción civil. El principio es inherente a aquellos sistemas, como los de *common law*, donde la producción de la prueba es esencialmente desempeñada principalmente por el juez [...]. En ese sistema la producción de las partes en la producción probatoria es generalmente asegurada por medio de disposiciones legales específicas y/o normas constitucionales.<sup>320</sup>

---

<sup>318</sup> TARUFFO, Michelle. **A prova.** São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 109. (Coleção Filosofia e Direito). En el original: “Em verdade, um princípio básico do processo civil em todos os sistemas modernos – também reconhecido em disposições constitucionais – é o de que as partes têm a faculdade e o direito de apresentar todo meio de prova relevante e admissível que estiver ao seu alcance [...]. Assim, todos os sistemas probatórios modernos estão centrados nas partes, uma vez que cada parte tem liberdade ilimitada de apresentar todos os meios de prova admissíveis e relevantes para a demonstração dos fatos objeto do litígio. Por conseguinte, as reais diferenças concernem somente ao alcance do poder que o juiz possui para a produção das provas de ofício. Dessa forma, há diferenças quanto a abrangência desse poder: enquanto alguns sistemas apoiam-se exclusivamente nas partes para a compilação e produção das provas, outros conferem ao juiz poderes ativos mais ou menos extensos para dispor de provas não oferecidas pelas partes. Cumpre ressaltar, entretanto, quem em muitos casos, os juízes não fazem uso efetivo dos poderes de que são dotados, resultando em sistemas muito menos centrados no juiz do que aparentam ser se considerados exclusivamente as regras dispostas em seus códigos”.

<sup>319</sup> W. PEYRANO, Jorge. **Elementos de derecho probatorio.** Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2017, p. 65. (Ateneo de Estudios del Proceso Civil).

<sup>320</sup> TARUFFO, Michelle. **A prova.** São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 120. (Coleção Filosofia e Direito). En el original: “Outro princípio geral e fundamental aplicado em todos os sistemas probatórios modernos é o da “participação das partes” na produção da prova. Esse princípio é geralmente concebido como um aspecto essencial da garantia do devido processo legal na jurisdição civil. O princípio é inerente àqueles sistemas, como os de *common law*, onde a produção da prova é essencialmente desempenhada pelas partes [...]. É menos obvio, entretanto, em alguns sistemas de *civil law*, nos quais

En cuanto a los medios de prueba admitidos, se hace necesaria una previa selección para que el proceso sea lo más rápido y razonable posible, so pena de extenderlo indefinidamente cuando no exista tal limitación para las partes, cuidando también de no transformar en un proceso inquisitorial, si permite al juez ordenar de oficio la presentación de cualquier prueba que estime necesaria.

En ese sentido, menciona Taruffo:

Todos los sistemas incluyen reglas y criterios que tienen por objeto establecer una selección preliminar de las pruebas que se pueden presentar. En general, tales normas y criterios se aplican a la fase inicial del proceso, ya que su función es evitar que las partes presenten pruebas que no deberían ser admitidos o, además, que el juez solicite la presentación de elementos de pruebas inadmisibles o indignos de consideración. El juez tiene la tarea de aplicar tales reglas y criterios con el fin de evitar el desorden y la pérdida indebida de tiempo en el curso del procedimiento. En todos los sistemas procesales, la selección preliminar de las pruebas se realiza de acuerdo con dos criterios básicos: la relevancia de los elementos de prueba y las normas que determinan cuales pruebas son jurídicamente admisibles.<sup>321</sup>

Todavía tejiendo consideraciones acerca de los medios de pruebas admitidos en el proceso, vale resaltar, una vez más, las enseñanzas de Taruffo al tratar del derecho a la prueba y principio de la relevancia:

En el contexto de la admisión de las pruebas, tener el derecho de probar un hecho significa estar la parte autorizada a presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para apoyar su versión de los hechos en litigio. Para la parte que alega un hecho, tener tal derecho significa la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas a su disposición; para la parte contraria, supone tener la oportunidad de presentar todas las pruebas contrarias o negativas relativas a tales hechos. Desde el punto de vista de los criterios relativos a la admisión de las pruebas, este problema se resuelve invocando el principio de relevancia [...]: se admiten todas las pruebas positivas y negativas o contrarias relevantes. A ninguna de las partes se

---

a produção da prova é desempenhada principalmente pelo juiz [...]. Nesse sistema a produção das partes na produção probatória é geralmente assegurada por meio de disposições legais específicas e/ou normas constitucionais”.

<sup>321</sup> TARUFFO, Michelle. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 35. (Coleção Filosofia e Direito). En el original: “Todos os sistemas incluem regras e critérios que têm por objeto estabelecer uma seleção preliminar das provas que se podem apresentar. Em geral, tais regras e critérios aplicam-se à fase inicial do processo, uma vez que a sua função é evitar que as partes apresentem elementos de prova que não deveriam ser admitidos ou, ainda, que o juiz requeira a apresentação de elementos de prova inadmissíveis ou indignos de consideração. Ao juiz cabe a tarefa de aplicar tais regras e critérios com o objetivo de evitar a desordem e a indevida perda de tempo no curso do processo. Em todos os sistemas processuais, a seleção preliminar das provas é realizada de acordo com dois critérios básicos: a relevância dos elementos de prova e as normas que determinam quais provas são jurídicamente admissíveis”.

permite presentar pruebas irrelevantes, pero a todas ellas se les debe permitir la presentación de cualquier prueba relevante.<sup>322</sup>

De esa manera, otro punto muy relevante en el ámbito de las pruebas es su valoración, pues compete al juzgador atribuir valor a las pruebas producidas en los autos por las partes. Por cierto, muchas son las críticas sobre este punto. Jordi Ferrer Beltran <sup>323</sup> destaca que la decisión tomada en el proceso judicial sobre hechos probados está dotada de autoridad, y que eso ha llevado a un buen número de autores a considerar que en el derecho es verdad aquello que el juez dice que es verdad, ya que eso y no otra cosa será lo que producirá efectos jurídicos.

Consolidando su afirmación, hace uso de la doctrina de Hans Kelsen:

La determinación del hecho condicionante, por parte del tribunal, es, por lo tanto, constitutiva en cualquier sentido [...]. No es el hecho de que un hombre haya matado otro, sino el hecho de que un órgano competente según el orden jurídico haya establecido, conforme procedimiento determinado por dicho orden, que un hombre ha cometido un homicidio, lo que configura condición establecida por el orden jurídico [...]<sup>324</sup>

Con vistas a la posibilidad de considerar la falibilidad humana del magistrado al valorar una prueba, con fuerza de cosa juzgada, causando graves perjuicios a la parte procesal que ha presentado la prueba, se puede afirmar que la valoración racional de la prueba es un punto que merece profundo cuestionamiento.

Moacyr Amaral Santos, al tratar la fundamentación en el sistema del libre convencimiento, ha destacado:

---

<sup>322</sup> TARUFFO, Michelle. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 54. (Coleção Filosofia e Direito). En el original: “No contexto da admissão das provas, ter o direito de provar um fato significa estar a parte autorizada a apresentar todos os meios de prova relevantes e admissíveis para apoiar a sua versão dos fatos em litígio. Para a parte que alega um fato, ter tal direito significa a possibilidade de apresentar todas as provas positivas a sua disposição; para a parte contraria, supõe ter a oportunidade de apresentar todas as provas contrarias ou negativas relativas a tais fatos. Do ponto de vista dos critérios relativos à admissão das provas, esse problema resolve-se se invocando o princípio da relevância [...]: admitem-se todas as provas positivas e negativas ou contrárias relevantes. A nenhuma das partes se pode permitir apresentar provas irrelevantes, mas a todas elas deve-se franquear a apresentação de qualquer prova relevante”.

<sup>323</sup> FERRER-BELTRAN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 59.

<sup>324</sup> FERRER-BELTRAN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 60. En el original: “A determinação do fato condicionante, por parte do tribunal, é, portanto, constitutiva em qualquer sentido. [...] Não é o fato em si, de um homem ter matado outro, mas o fato de que um órgão competente segundo a ordem jurídica tenha estabelecido, conforme um procedimento determinado por essa ordem, que um homem cometeu um homicídio, o que configura a condição estatuída pela ordem jurídica [...]”.

Quiere decir que la prueba recogida en el proceso tendrá en la sentencia la crítica judicial. No será la crítica de prueba por prueba; no será el examen de cada medio de prueba producido. Sin embargo, será la justificación de las razones que han llevado al juez a dar eficacia a éstas o a aquellas fuentes probatorias, en las cuales sentó la convicción acerca del hecho controvertido.<sup>325</sup>

Se sabe que para valorar la prueba se presupone que el juez haga uso de la fundamentación, incluso como supuesto de la racionalidad, buscando evitar el albedrío de la íntima convicción, alejándose así, de elementos ajenos al procedimiento judicial que puedan desviarlo de la búsqueda y descubrimiento de la verdad.

Sin embargo, esta premisa por sí sola no es suficiente para eliminar la complejidad de un modelo centrado en la figura del magistrado, que por la naturaleza humana no es ser dado solo de razón, sino también de emoción, por lo tanto, ser falible.

La importancia de las pruebas está expresada en todos los códigos procesuales de manera clara y objetiva, independiente del ámbito de alcance jurídico, si civil, si penal o si administrativo. Considerando que la presente tesis se limita al acoso cometido en el entorno laboral, el silogismo adoptado se ha restringido a las pruebas en los códigos de proceso civil y proceso del trabajo, ya que éste es *ipsis litteris* de eso.

En el Código de Proceso Civil brasileño (Ley 13.105/2015)<sup>326</sup>, la necesidad de pruebas y comprobaciones es indicada en 162 artículos para 90 diferentes propósitos. Ante a tantas finalidades de la prueba es que ganan sentido las explicaciones de Leonardo Greco<sup>327</sup>, que, en función de las proposiciones procesuales, afirma que las pruebas son hechos representativos de circunstancias que permiten el conocimiento de hechos probatorios, son medios de comunicación con el juez, son argumentos racionales que apoyan las denuncias criminales, son testimonios, documentos, laudos periciales y otros elementos capaces de motivar la decisión de un juez en el juicio de un caso concreto.

---

<sup>325</sup> SANTOS, Moacir Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 398. (Vol. 1). En el original: "Quer dizer que a prova colhida no processo terá na sentença a crítica judiciária. Não será a crítica de prova por prova; não será o exame de cada meio de prova produzido. Mas será a justificação das razões que levaram o juiz a dar eficácia a estas ou àquelas fontes probatórias, nas quais assentou a convicção a respeito do fato controvertido".

<sup>326</sup> BRASIL - Código de Processo Civil (CPC), **Lei 13.105 de 2015**. Acceso en: 2020d.

<sup>327</sup> GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Considerando un proceso de acoso, se destacan los siguientes procedimientos relacionados con la presentación de pruebas y de cómo el juez las evalúa. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 319, en su inciso VI, la petición inicial indicará las pruebas con que el autor pretende demostrar la verdad de los actos alegados. Así, se tiene:

PROCESO DE CONOCIMIENTO Y CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA

**Procedimiento Común**

Petición Inicial

Requisitos

Art. 319. La petición inicial indicará:

[...]

VI - las pruebas con las que el autor pretende demostrar la verdad de los hechos alegados;

Como destaca el artículo 329 del CPC, el autor podrá hasta la citación, aunque sin el consentimiento del demandado, añadir o modificar la solicitud o la causa de la misma. A su vez, incluso el saneamiento del procedimiento, la adición o modificación de la solicitud y la causa de la solicitud, sin embargo, con el consentimiento del demandado en ese caso, desde que sea asegurado el contradictorio mediante la posibilidad de manifestación de éste en un plazo mínimo de quince días.

Presentada la petición inicial (tesis), se pasa a la contestación (antítesis) procesual. En ese sentido, el artículo 336 del CPC destaca encargar al demandado, alegar en el escrito de contestación, toda la materia de defensa, exponiendo las razones de hecho y de derecho con que impugna la solicitud del autor, precisando, además, las pruebas que pretende aportar.

En caso de no impugnación de la acción, el demandado podrá presentar pruebas, contrapuestas a las alegaciones del autor, desde que se haga representar en los autos a tiempo de practicar los escritos procesales indispensables para dicha elaboración, según lo dispuesto en el artículo 348 del Código de Proceso Civil.

En virtud del artículo 350, en caso de que el demandado alegue un hecho prohibitivo, modificativo o extintivo del derecho del autor, éste será oído en un plazo de quince días, permitiéndole el juez la producción de prueba.

Es en la decisión de saneamiento, conforme está previsto en el artículo 357, inciso III, del CPC, que el magistrado definirá la distribución de la carga de la prueba.

En resumen, es posible destacar los momentos de producción de las pruebas en el Derecho Procesal brasileño, como: 1º) la proposición por la parte; 2º) la admisión por el juez; 3º) la realización participativa, y 4º) la valoración por el juez.

A su vez, siguiendo el magisterio de Cândido Rangel Dinamarco,<sup>328</sup> en lo que se refiere a la categorización de las pruebas, éstas se dividen en las siguientes categorías:

Aspectos	Tipos	Elementos asociados
<b>Por las Fuentes</b>	Personal (activa)	Las partes y los testigos en declaraciones
	Real (pasiva)	Cosas y personas como objetos de examen
<b>Por los Medios o Formas</b>	Técnicas (pericial)	Investigaciones e presunciones
	De Documentación	Cartas, informes y laudos (textos)
	Testimoniales	Testimonios
<b>Por el Objeto (valor)</b>	Directa (plena)	Hechos considerados relevantes para el juicio
	Indirecta (de indicio)	Hechos que, por sí mismos, no tienen relevancia, pero que en el contexto indican la posibilidad de de ocurrencia de los hechos relevantes
<b>Por Naturaleza</b>	Orales	Investigación
	Materiales	Exámenes
<b>Por Preparación</b>	Constituidas Previamente	Tomadas en préstamo de otro procedimiento, o documentos generalmente ya constituidos antes y fuera del procedimiento
	Constitutivas	Formadas en el curso del proceso
<b>Por la Tipicidad</b>	Típicas	Contempladas y reguladas por la ley
	Atípicas	Aunque son moralmente legítimas y admitidas en el proceso civil, no fueron disciplinadas por ley

Fuente: DINAMARCO<sup>329</sup> - organizado por la autora

Ante lo expuesto hasta aquí, vale la pena resaltar que prueba es, como argumenta Luiz Antônio Rizzatto Nunes<sup>330</sup>, que demuestra que algo tiene validez y valor. Por lo tanto, probar es mostrar que algo tiene sentido dentro de un universo de posibilidades reales de manera tan eficaz que no se pueda contestar. Mientras que aprobar es aceptar la validez de algo, reprobar es rechazar algo como digno de credibilidad, y en este contexto, probar tiene que ver con la buena fe de quien afirma

<sup>328</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. Vol. 4. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>329</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. Vol. 4. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>330</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

un hecho, con la buena fe de quien analiza la afirmación, e incluso con quien confirma la veracidad de lo que ha sido afirmado.

Como instrumento material y formal del Derecho, el principal objetivo de la prueba es servir de fundamento para respaldar una decisión judicial y, en este sentido, son elementos de prueba, la convicción, la creencia y la adhesión.

De acuerdo con Carina Barbosa Gouvêa<sup>331</sup>, prueba es “uno de los criterios que utiliza el Estado para evaluar la sanción jurídica, consistente en el mecanismo probatorio para atribuir culpabilidad o inocencia a aquel individuo” que haya transgredido “las reglas normativas impuestas por el Derecho”.

Eugênio Pacelli de Oliveira, a su vez, versa que “la prueba judicial tiene el objetivo de reconstruir los hechos investigados en un proceso para adecuar la realidad histórica a la verdad del hecho ocurrido”.<sup>332</sup>

Ahora bien, probar no es simplemente traer un documento a los autos, necesitando establecer una relación entre dicho documento y el hecho que se desea probar. Recordando que simplemente los hechos no prueban nada, dependiendo de un ser humano que haga la interpretación del mismo, buscando así, desarrollar una teoría acerca de referido hecho.

Solo es posible construir, o mejor, reconstruir una historia, a partir de todo un conjunto de hechos e información, es decir, a través de los hechos relacionados con lo que se ha alegado a través de los hechos relacionados con lo que fue alegado e insertado en el proceso, a través del análisis ambiental de la historia, siendo imprescindible que eso ocurra tanto en relación al autor, como en relación al demandado. Cuando solo una de las partes procesales esté encargada de producir enunciados probatorios en el marco del proceso, la historia queda incompleta, no siendo posible reconstruirla con confianza, no siendo posible alcanzar la justicia procesal.

### 5.3 Dificultades para producir pruebas en los casos de delitos sexuales

---

<sup>331</sup> GOUVÊA, Carina Barbosa. **A fragilidade do elemento "evidência" na composição da prova no processo penal**. Publicado en 2014.

<sup>332</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008. En el original: “a prova judiciária possui o objetivo de reconstruir os fatos investigados em um processo para adequar a realidade histórica com a verdade do fato acontecido”.

Por más que la presente investigación se limite a un proceso de daño ocurrido dentro del ambiente laboral, no se lo puede dissociar del delito que está previsto en la legislación penal, siendo incluso ese uno de sus puntos más sensibles y que lo diferencia de los demás, en lo que se refiere a la extensión de su gravedad. Por lo tanto, se hace imprescindible tener en cuenta consideraciones sobre la legislación penal, además de la laboral, que es el núcleo de la tratativa de esta tesis.

Las peculiaridades de los casos de acoso sexual son notoriamente responsables por las dificultades para presentar pruebas por parte de la fiscalía. María Dolores Rubio de Medina <sup>333</sup> cuenta que también en España, la cuestión de las pruebas en los casos de acoso sexual merece preocupación legislativa; teniendo en cuenta que, por su naturaleza relacionada a la privacidad e intimidad de las personas, las acusaciones de acoso son difíciles de probar, pero en cambio pueden seguir siendo útiles a los chantajes por parte de los acosadores. Eso implica incluso en la imposibilidad de permanencia de la víctima en la ocupación laboral por constreñimiento continuo, provocando en ella desgaste emocional y psicológico.

Esta es, por lo tanto, la principal justificación para que la inversión de la carga de la prueba sea propuesta en los casos denunciados. A pesar de la real dificultad en comprobar los delitos de acoso sexual, es importante destacar juicios en la siembra laboral que resultaron en indemnización por daños morales en favor de la víctima. El primer caso ocurrió en 2010, en São Paulo, con prueba personal, testigo directo, oral, constitutiva y típica:

Sumario: DAÑO MORAL. ACOSO SEXUAL. INVITACIÓN RECHAZADA SEGUIDO DE DESPEDIDA. Comprobado en autos el acoso sexual por testigo conducido por la reclamante sin contraprueba que pudiera haber producido la reclamada, haber sido invitada a salir por la noche, en el puesto de trabajo, por prepuesto de la empresa, responsable de conducirla al lugar donde prestaría sus servicios y fiscalizarle las tareas realizadas, alegando que si se negara sería echada, y habiendo negado, y, al día siguiente, después de que ese prepuesto hubiera peleado con la autora, fue dispensada por el supervisor. Hace justicia a la indemnización por daños morales en razón del acoso perpetrado por superior jerárquico, avergonzando a la autora porque tenía el poder mantener íntegro el pacto laboral, el poder de permitirle continuar trabajando y percibiendo salarios, de los cuales necesitaba para hacer frente a sus gastos. Recurso provisto. (Número: 20100502843 10ª GRUPO 07/06/2010 TRT-2 - - RECURSO ORDINARIO RECORD

---

<sup>333</sup> MEDINA, María Dolores Rubio de. **Extinción del contrato laboral por acoso moral – mobbing**. Barcelona: Bosch, 2002.

1715200504702005 SP 01715-2005-047-02-00-5 Fecha de publicación: 07/06/2010<sup>334</sup>).

El segundo caso se dio en 2011, en Rondônia, también con comprobación semejante:

Sumario: ACOSO SEXUAL POR CHANTAJE E INTIMIDACIÓN O AMBIENTAL. Se configura acoso sexual por chantaje aquel practicado por superior jerárquico consubstanciado en el intercambio de ventajas derivadas del vínculo laboral por favores de cuño sexual. El acoso ambiental o por intimidación se da por una actuación generalizada violando el derecho a un ambiente laboral sexualmente sano y concretizándose por frases ofensivas de cuño sexista, manoseadas, gestos, creando situaciones humillantes o constreñimientos, siempre de cuño libidinoso en el ambiente laboral. En el caso *sub oculi*, las acciones del gerente administrativo y financiero de la reclamada se caracterizan en las dos modalidades anteriormente apuntadas. Además de chantajear a la obrera condicionando la percepción de aumento salarial y ventajas fornecidas por la empleadora a sus empleados, al cumplimiento de favores de naturaleza sexual, valiéndose de su condición de superioridad jerárquica, hizo del ambiente de trabajo envenenado en la medida en que no se acobardó en colocarse en la puerta para frotarse en las trabajadoras que pasasen allí, tratando de demostrar su libertinaje ante las compañeras de trabajo de la obrera, cuando las convocaba a su sala y en su computadora pasaba películas de contenido pornográfico, mediante los cuales exhibía escenas de sexo explícito y aún las sometía a la humillación de humillación de tener que escuchar "que era para que ellas aprendieran a hacerlo bien". Dichas conductas produjeron vergüenza en el ambiente de trabajo de la obrera y trastorno en su vida personal, generando daño moral que debe ser indemnizado. (PRIMERA CLASE TRT-14 n.222, DE 01/10/2011 RECURSO ORDINARIO LABORAL RO 1063 RO 0001063 TRT-14 DESEMBARGADOR ILSO ALVES PEQUENO JUNIOR. Fecha de publicación: 01/12/2011).<sup>335</sup>

---

<sup>334</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2). No original: Ementa: DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. CONVITE REJEITADO SEGUIDO DE DESPEDIDA. Comprovado nos autos o assédio sexual por testemunha conduzida pela reclamante sem contraprova que pudesse ter produzido a reclamada, ter sido convidada para sair à noite, no posto de trabalho, por preposto da empresa, responsável por conduzi-la ao local em que prestaria seus serviços e fiscalizar-lhe as tarefas realizadas, sob alegação de que se recusando seria dispensada, tendo se negado e, no dia seguinte, após esse preposto ter brigado com a autora, sido dispensada pelo supervisor. Faz jus à indenização por danos morais em razão do assédio perpetrado por superior hierárquico, constrangendo a autora porque detinha o poder de manter íntegro o pacto laboral, o poder de lhe possibilitar prosseguir trabalhando e percebendo salários, dos quais necessitava para fazer frente às suas despesas. Recurso provido. (Número: 20100502843 10ª TURMA 07/06/2010 TRT-2 – RECURSO ORDINÁRIO RECORD 1715200504702005 SP 01715-2005-047-02-00-5 Data de publicação: 07/06/2010

<sup>335</sup> En el original: Ementa: ASSÉDIO SEXUAL POR CHANTAGEM E POR INTIMIDAÇÃO OU AMBIENTAL. Configura-se assédio sexual por chantagem aquele practicado por superior hierárquico consubstanciado na troca de vantagens advindas do vínculo empregatício por favores de cuño sexual. O assédio ambiental ou por intimidação dá-se por uma atuação generalizada violando o direito a um meio ambiente de trabalho sexualmente sadio e concretiza-se por frases ofensivas de cuño sexista, apalpadadas, gestos, criando situações humilhantes ou embaraços, sempre de cuño libidinoso no ambiente de trabalho. No caso *sub oculi*, as ações do gerente administrativo e financeiro da reclamada se caracterizam nas duas modalidades acima apontadas. Além de chantajear a obreira condicionando a percepção de aumento salarial e vantagens fornecidas pela empregadora a seus empregados, ao cumprimento de favores de natureza sexual, valendo-se da sua condição de superioridade hierárquica, tornou o ambiente de trabalho envenenado na medida em que não se acanhava em postar-se na porta

En lo que se refiere al acoso sexual, las pruebas relacionadas, generalmente, carecen de robustez y precisión por tratarse de asunto que involucra la intimidad y sexualidad de la persona, aspectos que constriñen su libertad sexual y dignidad. Además de eso, muchas veces la dificultad para obtener la comprobación del acoso se encuentra en el comportamiento disimulado del acosador, no solamente por actuar en tiempo y espacio en los que hay ausencia de testigos, pero también por la posibilidad de extender su abuso de autoridad sobre los subalternos más cercanos a la víctima.

Para vencer ese desafío, Manoel Antonio Teixeira Filho<sup>336</sup> comenta que es en el artículo 818 de la CLT que la tarea de la doctrina laboral brasileña debe encontrar los fundamentos abstractos para cristalizar el principio de la inversión de la carga de la prueba en beneficio del trabajador.

Márcia de Novaes Guedes<sup>337</sup> cuenta que, en Portugal, el Código del Trabajo Lusitano (artículos 25 y 29) entiende la necesidad de la distribución dinámica de la carga de la prueba en todos los casos de denuncia de acoso que constituya una conducta típica discriminatoria para equilibrar la fuerza de la de la posición jurídico-procesal del empleador. Esta es una tendencia legislativa que ya se hace presente en la Unión Europea desde la firma de la sentencia de la Relación de Oporto 3.819 de 2008, por la que los países miembros se comprometieron a aprobar la inversión de la carga de la prueba en la hipótesis de delitos de acoso sexual, “revertiendo para el agresor la carga de demostrar la inexistencia del acoso, en la medida en que el demandante ya haya presentado elementos suficientes para permitir la presunción de veracidad de los hechos narrados en la petición inicial”.

### **5.3.1 Aportes jurisprudenciales**

---

para se esfregar nas trabalhadoras que ali passassem, fazendo questão de demonstrar sua devassidão perante as colegas de trabalho da obreira, quando as convocava para sua sala e em seu computador passava filmes de conteúdo pornográfico, mediante os quais exhibia cenas de sexo explícito e ainda as submetia à humilhação de ter que ouvir “que era para elas aprenderem a fazer direitinho”. Ditas condutas produziram constrangimento no ambiente de trabalho da obreira e transtorno em sua vida pessoal, gerando dano moral que deve ser indenizado. (PRIMEIRA TURMA TRT-14 n.222, DE 01/10/2011 RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA RO 1063 RO 0001063 TRT-14 DESEMBARGADOR ILSON ALVES PEQUENO JUNIOR. Data de publicação: 01/12/2011).

<sup>336</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991.

<sup>337</sup> GUEDES, Márcia de Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p.48.

Una vez más es importante aplicar la jurisprudencia pertinente al delito de acoso sexual, destacando de esta vez la dificultad para su comprobación:

"ACOSO SEXUAL. DIFICULTAD DE COMPROBACIÓN. INDEMNIZACIÓN. FIJACIÓN DEL VALOR DEBIDO. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL EMPLEADOR. Es cierto que las circunstancias que implican el acoso sexual son de difícil comprobación, porque el agente busca rodearse de todo el cuidado que el acto exige, no permitiendo la presencia de personas que puedan denunciar, pero el testigo de la autora informa los hechos que autorizan la conclusión de que asistió a parte de la conversación y, en juicio, afirmó haber oído la persona acusada diciendo que tenía la intención de reunirse con la demandante y que ésta no habría aceptado. El propio juicio sentenciador argumenta que, si ha habido alguna iniciativa por parte de la persona que fue designada como autora del acto, en el sentido de avergonzar sexualmente a la reclamante, tal hecho no quedó demostrado. Además, la prueba de hechos de esa naturaleza casi siempre es difícil, en razón de las condiciones en que son practicados. En el caso de los autos, se puede afirmar que los contactos mantenidos entre el acusado y el demandante fueron más allá de los límites profesionales, a pesar de, el ilustre juez concluir, con lo que no estoy de acuerdo, *permissa venia*, que 'no es suficiente para concluir que se ha producido el supuesto acoso sexual' (fl. 107). Aunque este juez está convencido de la ocurrencia del hecho, todavía pesa en favor de la reclamante el principio *in dubio pro operario*, que debe ser aplicado. No solamente por las condiciones de carencia de recursos, sino – y especialmente – por tratarse de sexo femenino, blanco de tales procedimientos que no corresponden a la dignidad de la trabajadora. Si admitimos la continuidad de este tipo de conducta, tendremos las reglas dictadas por el elemento más fuerte físicamente en el seno de la comunidad de animales irracionales o volveremos a la edad prehistórica, en la que el macho se valía de su bastón despiadado y ponía en estado de inconsciencia a la hembra y de ella hacía uso como bien le hubiera gustado, y ella no podía resistir las embestidas y abusos. En la sociedad actual, guardadas las debidas proporciones, el abuso del poderoso continúa y todos debemos luchar para extirpar este mal que campea - aún casi impunemente – en la comunidad global, impiedosamente. No solo en cuanto a la mujer – blanco más fácil – sino también en cuanto al pobre, al negro, al desafortunado, que se explota en todos los sentidos, aunque para trabajar más y ganar menos que otros. Entiendo, por todo esto, que quedó probado el acoso sexual, debiendo el demandado pagar la indemnización por daños morales postulados, así como cargar con el pago de los importes de la rescisión indirecta del contrato de trabajo, que declaro en este acto, conforme está siendo postulado en la pieza inicial. Y, tratándose de responsabilidad objetiva del empleador, en los términos del art. 932 del Código Civil brasileño, debe éste arcar con los daños causados por su prepuesto en el evento, pudiendo, comprende que debe, resarcirse con el causante del perjuicio, en acción propia, el que huye de esta reclamación." (TRT da 3ª Região, RO 0192-2006-056-03-00-6, 3ª T., Red. Juez Bolivar Viegas Peixoto, DJMG 15.07.06).<sup>338</sup>

<sup>338</sup> En el original: "ASSÉDIO SEXUAL. DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO DO VALOR DEBIDO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. É certo que circunstâncias que envolvem o assédio sexual são de difícil comprovação, porque o agente procura se cercar de todo o cuidado que o ato exige, não permitindo a presença de pessoas que o possam denunciar, mas a testemunha da autora informa os fatos que autorizam a conclusão de que assistiu a parte da conversa e, em juízo, afirmou que ouviu a pessoa acusada dizendo que pretendia encontrar com a reclamante e que esta não teria aceitado a proposta. O próprio juízo sentenciante argumenta que, se tiver havido qualquer iniciativa por parte da pessoa que foi indicada como autora do ato, no sentido de constranger sexualmente a reclamante, tal fato não restou demonstrado. Aliás, a prova de

Se percibe de las jurisprudencias presentadas, la dificultad probatoria en los casos de acoso sexual, teniendo en cuenta tratarse de delito practicado de manera furtiva, en lugares ocultos, lejos de testigos, la mayoría de las veces.

En la subsección a continuación, será analizado la tradicional carga probatoria en el derecho procesal laboral brasileño.

#### 5.4 La tradicional carga probatoria del acoso sexual en la siembra laboral

Américo Plá Rodrigues<sup>339</sup> explica que la importancia de la distribución de la carga de la prueba en el Derecho del Trabajo reside en la preocupación del derecho material en equilibrar las fuerzas inherentes a las condiciones desiguales existentes entre las partes litigantes. Eso porque es notoria la dificultad que el trabajador posee para producir pruebas de cualquier reclamación contra su empleador, y esa dificultad perjudica la efectividad de su derecho a la igualdad de trato jurídico.

Sin embargo, hay que resaltar que esa preocupación no se sostiene para la valoración de las pruebas bajo riesgo de afrontar exactamente el derecho a la igualdad de trato jurídico que cabe también al empleador.

---

fatos dessa natureza quase sempre é difícil, em razão das condições em que são praticados. No caso dos autos, pode-se afirmar que os contatos mantidos entre o acusado e a reclamante foram além dos limites profissionais, apesar de o ilustre julgador concluir, com o que não concordo, permissa venia, que 'não o suficiente para se concluir de que tenha havido o alegado assédio sexual' (fl. 107). Apesar de este julgador estar convicto da ocorrência do fato, ainda pesa em favor da reclamante o princípio in dubio pro operario, que deve ser aplicado. Não só pelas condições de hipossuficiência, mas – e especialmente – por se tratar de sexo feminino, alvo de tais procedimentos que não condizem com a dignidade da trabalhadora. Se admitirmos a continuação deste tipo de conduta, teremos as regras ditadas pelo elemento mais forte fisicamente no seio da comunidade de animais irracionais ou retornaremos à idade pré-histórica, em que o macho se valia do seu cajado impiedoso e colocava em estado de inconsciência a fêmea e dela fazia uso como bem lhe aprouvesse, e ela não podia resistir às investidas e abusos. Na sociedade atual, guardadas as devidas proporções, o abuso do poderoso continua e todos devemos lutar para extirpar este mal que campeia – ainda quase impunemente – na comunidade global, impiedosamente. Não só quanto à mulher – alvo mais fácil –, mas também ao pobre, ao negro, ao desafortunado, que é explorado em todos os sentidos, ainda que para trabalhar mais e ganhar menos que os outros. Entendo, por tudo isto, que ficou provado o assédio sexual, devendo o reclamado pagar a indenização por danos morais postulada, bem como arcar com o pagamento das verbas da rescisão indireta do contrato de trabalho, que declaro neste ato, conforme está sendo postulado na peça inicial. E, tratando-se de responsabilidade objetiva do empregador, nos termos do art. 932 do Código Civil brasileiro, deve este arcar com os danos causados por seu preposto no evento, podendo, se entender que deve, se ressarcir com o causador do prejuízo, em ação própria, o que foge a esta reclamação.” (TRT da 3ª Região, RO 0192-2006-056-03- 00-6, 3ª T., Red. Juiz Bolívar Viegas Peixoto, DJMG 15.07.06).

<sup>339</sup> PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr em 2016, p. 755.

De acuerdo con André Luiz Moraes de Oliveira, actualmente, “la regla general de la distribución dinámica de la carga de la prueba se ha aplicado en la evaluación de pruebas, relativamente a los hechos, subsistiendo insuficiente las pruebas producidas para la formación del convencimiento del juez”.<sup>340</sup> No obstante, todavía no para los casos específicos de acoso sexual.

El acoso sexual es una forma de violencia en el trabajo, que, caracterizada como forma de control sobre la víctima, es un crimen previsto en la legislación brasileña que hiere los derechos fundamentales, como versa Maria Terezinha Nunes<sup>341</sup>.

En este sentido, en un proceso civil, criminal o laboral, la víctima necesita probar el constreñimiento sufrido por la intención de obtener una ventaja o favor sexual, no consentido, por acto de superior jerárquico en función laboral (acoso vertical). Curiosamente, la legislación brasileña todavía no ha descrito en el CP el acoso horizontal, en el cual la distinción jerárquica es dispensable, aunque esta posibilidad ya haya sido reconocida en sentencias de varios tribunales; después de todo, acoso sexual es una falta grave que puede generar causa justa para el despido, de acuerdo con el CLT - Ley 8.112/1990, mediante proceso administrativo.

Por lo tanto, antes de hacer una denuncia de acoso sexual, el denunciante necesita obtener alguna forma de comprobación de la conducta criminal, que puede ser mensaje escrito, captura de pantalla de algún mensaje, video, grabación de voz, foto, testigo. Las pruebas contribuyen con la apuración de la irregularidad y constituye la materialidad del hecho típico a ser juzgado. De acuerdo con Michelle Gomes Heringer Caldeiras,<sup>342</sup> la práctica de acoso sexual puede ser probada por medio de billetes, cartas, mensajes electrónicos, correos electrónicos, documentos, audios, videos, regalos, registros de ocurrencia en canales internos de la empresa u organismos públicos, llamadas telefónicas o registros en redes sociales (*Facebook*,

---

<sup>340</sup> OLIVEIRA, André Luís Moraes de. **O princípio da livre convicção motivada no processo do trabalho**: argumentação jurídica e o domínio da racionalidade do juízo de convencimento. Dissertação de Mestrado publicada pela Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo en 2016, p.758. En el original: “a regra geral da distribuição dinâmica do ônus da prova tem sido aplicada na apreciação de provas, relativamente aos fatos, subsistindo insuficiente as provas produzidas para a formação do convencimento do juiz”.

<sup>341</sup> NUNES, Maria Terezinha. **Programa pró-equidade de gênero e raça assédio moral e sexual**. Artículo publicado en 2019.

<sup>342</sup> CALDEIRAS, Michelle Gomes Heringer. **Assédio na Administração Pública**: combate e prevenção. Escola do Governo do Distrito Federal, 2020.

*Tweeter, Instagram, WhatsApp*, y otros), pero también por testigos que tengan conocimiento de los hechos.

Una de las dificultades al juzgar una acción de acoso sexual es la producción de pruebas. “Generalmente, los actos no son practicados en público. Son hechos de manera secreta, cuando la víctima está sola”, explica la ministra Maria Cristina Peduzzi. Las pruebas son importantes para evitar alegaciones falsas y pueden ser extraídas de conversaciones por aplicaciones de mensajería e incluso por testigos del hecho.<sup>343</sup>

Aún según Lourdes Cortes, Peduzzi completa que “las pruebas admitidas en juicio en caso de acoso sexual son grabaciones telefónicas, copias de mensajes electrónicos, notas, testimonios, cualquier prueba admitida en derecho es válida para probar la práctica del acoso sexual”.<sup>344</sup>

En los procesos judiciales brasileños, la el encargo de probar la alegación de un crimen es de quien hizo la acusación, como explica Mariana Costa Reis<sup>345</sup>; o sea, cabe a la víctima del acoso sexual la carga de la prueba, a través de la cual, las partes fornecen datos al proceso para argumentar sus alegaciones con el fin de convencer al magistrado. Sin embargo, la carga de la prueba no puede entenderse como deber u obligación. Como deber y obligación son imposiciones cuyo incumplimiento cabe sanción o consecuencia negativa, respectivamente, carga es un encargo de interés y rechazarlo es una opción posible. La importancia de la carga de la prueba está en la búsqueda por la verdad procesal que se defina exactamente en la producción de las pruebas de un crimen para que se convenza al juez y se haga justicia.

En ese sentido, Athena Bastos<sup>346</sup> explica que la doctrina brasileña clasifica la carga como perfecta o imperfecta: carga perfecta se caracteriza por la no observancia que implica en consecuencia negativa para la parte; carga imperfecta, al contrario, no

<sup>343</sup> CORTES, Lourdes. **Ministra Cristina Peduzzi fala sobre assédio sexual e assédio moral.** Tribuna Superior do Trabalho entrevista, Brasília, 2012. En el original: Uma das dificuldades ao ajuizar uma ação de assédio sexual é a produção de provas. “Geralmente, os atos não são praticados em público. São feitos de forma secreta, quando a vítima está sozinha”, explica a ministra Maria Cristina Peduzzi. As provas são importantes para evitar alegações falsas e podem ser extraídas de conversas por aplicativos de mensagens e até por testemunhas do fato.

<sup>344</sup> CORTES, Lourdes. **Ministra Cristina Peduzzi fala sobre assédio sexual e assédio moral.** Tribuna Superior do Trabalho entrevista, Brasília, 2012. En el original: “as provas admitidas em juízo em caso de assédio sexual são gravações telefônicas, cópias de mensagens eletrônicas, bilhetes, relato de testemunhas, qualquer prova admitida em direito é válida para comprovar a prática do assédio sexual”.

<sup>345</sup> REIS, Mariana Costa. **Ônus da prova no Novo CPC: tudo o que um advogado deve saber.** 2019.

<sup>346</sup> BASTOS, Athena. **Ônus da prova no Novo CPC: conceito, definição e mudanças.** Direito Civil. Publicado en 2019.

implica en una consecuencia negativa, pero puede generar resultado no favorable a quien prefiere y no debería acogerlo. La carga de la prueba es del tipo imperfecto, una vez que puede, eventualmente, generar resultados negativos caso sus alegaciones sean justificadas por medios fabricados de oficio, por elementos recogidos en el curso del proceso, o por la propia parte acusada.

La prueba tiene dos funciones: a) cognoscitiva, que es su capacidad de producir y comunicar conocimiento o información con respecto de los hechos; b) persuasiva, que es la posibilidad de convencer al juez sobre la verdad del enunciado sobre el hecho, es decir, sobre la realidad de su acontecimiento. Cuatro categorías de hechos, concebidos por la doctrina, interesan directamente al derecho para la aplicación de una norma: constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos. La capacidad de un hecho, jurídicamente relevante, de constituir, impedir, modificar o extinguir un derecho se define en relación con la finalidad para la que se alega el hecho en el litigio. Esta categorización de los hechos permite, en el ámbito del proceso, establecer la carga de la producción de la prueba y el riesgo por su no realización. En el principio del interés para la distribución legal de la carga de la prueba, en su regla general, el reconocimiento del hecho constitutivo beneficiará al autor, mientras que el reconocimiento de uno de los otros hechos aprovechará al acusado. Así, la racionalidad y la lógica que imperan en el instituto de la carga de la prueba son de que al autor debe probar los hechos que sostienen el derecho que afirma tener, pero no aquellos hechos que puedan ir de encuentro a la constitución de ese derecho. La prueba de hechos que impiden, altera, o suprimen el derecho de autor debe ser realizada por quien está en posición contraria, el demandado, que tiene la intención de que el derecho no sea reconocido.<sup>347</sup>

Hay casos en los que la carga de la prueba puede ser confiada a cualquiera de las partes:

---

<sup>347</sup> OLIVEIRA, André Luís Moraes de. **O princípio da livre convicção motivada no processo do trabalho**: argumentação jurídica e o domínio da racionalidade do juízo de convencimento. Dissertação de Mestrado publicada pela Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo em 2016. No original: A prova tem duas funções: a) cognoscitiva, que é sua capacidade de produzir e comunicar conhecimento ou informação a respeito dos fatos; b) persuasiva, que é a possibilidade de convencer o juiz sobre a verdade do enunciado sobre o fato, ou seja, sobre a realidade do seu acontecimento. Quatro categorias de fatos, concebidos pela doutrina, interessam diretamente ao direito, para a aplicação de uma norma: constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos. A capacidade de um fato, jurídicamente relevante, de constituir, impedir, modificar ou extinguir um direito é definida em relação à finalidade para a qual o fato é alegado no litígio. Esta categorização dos fatos permite, no âmbito do processo, estabelecer o ônus da produção da prova e o risco pela sua não realização. No princípio do interesse para a distribuição legal do ônus da prova, em sua regra geral, o reconhecimento do fato constitutivo beneficiará o autor, ao passo que o reconhecimento de um dos demais fatos aproveitará o réu. Assim, a racionalidade e a lógica que imperam no instituto do ônus da prova são de que o autor deve provar os fatos que sustentam o direito que afirma ter, mas não aqueles fatos que possam ir de encontro à constituição desse direito. A prova de fatos que impedem, modificam ou extinguem o direito do autor deve ser realizada por aquele que está em posição contrária, o réu, que tenciona que o direito não seja reconhecido.

Art. 408. Las declaraciones contenidas en el documento particular escrito y firmado o solamente firmado se presumen veraces con respecto al signatario. Párrafo único. Cuando, sin embargo, contenga declaración de ciencia de determinado hecho, el documento particular prueba la ciencia, pero no el hecho en sí, incumbiendo la carga de probarlo al interesado en su veracidad.<sup>348</sup>

Mariana Costa Reis<sup>349</sup> y Athena Bastos<sup>350</sup> resaltan que la ocurrencia de la incumbencia de la carga de la prueba, indicada en el artículo 429, se da cuando: 1º) cuando se trate de una falsedad de documento o de una presentación abusiva, la prueba corresponderá a la parte que alegue; 2º) cuando se trate de impugnación de la autenticidad, la prueba corresponderá a la parte que haya producido el documento. Existen hechos, indicados en el artículo 374, que independen de comprobación, caso sean: "notorios; afirmados por una parte y confesados por la parte contraria; admitidos en el procedimiento como no controvertido; o en cuyo favor milita presunción legal de existencia o de veracidad".

La distribución estática de la carga de la prueba era prevista en el CPC – Ley 5.925/1973, en su artículo 333 con los mismos incisos del artículo 373 del CPC – Ley 13.105/2015, resaltando que cabe al autor la responsabilidad de probar los hechos constitutivos de su derecho, mientras que al demandado corresponde comprobar los hechos preventivos, modificativos o extintivos de los derechos del autor. Sin embargo, una alteración significativa en la nueva legislación ha venido a evitar que las peculiaridades específicas de cada caso concreto fueran ignoradas, como presentado a continuación:

Legislación procesal	Modo de Distribución	Párrafos instructivos
<b>Ley 5.925/1973 (artículo 333)</b>	Estática	Párrafo único. Es nula la convención que distribuye de manera diversa la carga de la prueba cuando: I - recaiga sobre derecho no disponible de la parte; II – se haga excesivamente difícil a una parte el ejercicio del derecho.
<b>Ley 13.105/2015 (artículo 373)</b>	Dinámica	§ 1 En los casos previstos en ley o ante peculiaridades de causa relacionadas a la imposibilidad o a la excesiva dificultad

<sup>348</sup> BRASIL - Código de Processo Civil (CPC), **Lei 13.105 de 2015**. 2020d. En el original: Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade.

<sup>349</sup> REIS, Mariana Costa. **Ônus da prova no Novo CPC**: tudo o que um advogado deve saber. 2019.

<sup>350</sup> BASTOS, Athena. **Ônus da prova no Novo CPC**: conceito, definição e mudanças. Direito Civil. Publicado en 2019.

		<p>de cumplir la carga con arreglo al caput, o a la mayor facilidad en obtener la prueba del hecho contrario, podrá el juez atribuir la carga de la prueba de manera diversa, desde que lo haga por decisión fundamentada, caso en que deberá dar a la parte la oportunidad de liberarse de la carga que se le ha sido asignada.</p> <p>§ 2 La decisión prevista en el § 1 de este artículo puede generar situación en que la liberación de la carga por la parte sea imposible o excesivamente difícil.</p> <p>§ 3 La distribución diversa de la carga de la prueba también puede ocurrir por convención de las partes, salvo cuando: I – recaiga sobre derecho no disponible de la parte; II - se haga excesivamente difícil a una parte el ejercicio del derecho.</p> <p>§ 4 La convención de que trata el § 3 puede ser celebrada antes o durante el proceso.</p>
--	--	---

Fuente: REIS<sup>351</sup>; BASTOS<sup>352</sup> y BRASIL<sup>353</sup> - organizado por la autora.

Esa alteración atiende a los principios de equidad y de la cooperación, con enfoque en los objetivos de la igualdad formal y de la preservación de la dignidad humana en la medida en que impide que la carga de la prueba recaiga sobre parte vulnerable ante la demostración de las verdades fácticas, haciendo la prueba imposible de ser producida. Eso ocurre por la fuerza del párrafo 1 del artículo 373 del CPC (Ley 13.105/20105) que prevé la posibilidad de invertir la carga de la prueba.

Para Priscila Martins Reis Machado<sup>354</sup>, lo dispuesto en el §1 del artículo 373 del CPC – Ley 13.105/2015 trajo, por reflejo, la importante innovación dinámica de la carga de la prueba al Derecho Procesal Laboral, a través del cual el evaluador puede modificar el esquema estático de la carga probatoria en situaciones justificadas.

El artículo 818 de la CLT – Ley 8.112/1990, adopta parámetro similar al del artículo 333 del CPC de 1973, atribuyendo la carga de la prueba a la parte que la alegue. Pero ese carácter rígido y estático de la norma, sin embargo, empezó a ser modificado por la jurisprudencia laboral, que se dispuso a permitir la flexibilización de la carga probatoria ante demasiada dificultad o incluso ante la imposibilidad de la parte reclamante en producir las pruebas necesarias a sostener su acusación.

<sup>351</sup> REIS, Mariana Costa. **Ônus da prova no Novo CPC**: tudo o que um advogado deve saber. 2019.

<sup>352</sup> BASTOS, Athena. **Ônus da prova no Novo CPC**: conceito, definição e mudanças. Derecho Civil. Publicado en 2019.

<sup>353</sup> BRASIL - Código de Processo Civil (CPC), **Lei 13.105 de 2015**. 2020d.

<sup>354</sup> MACHADO, Priscila Martins Reis. **A Distribuição Dinâmica do Ônus prevista no Código de Processo Civil de 2015 e sua incidência no processo do trabalho**. Tesis publicada en 2017.

Este cambio es compatible con el modelo democrático de proceso, que debe, de manera cooperada, como sobradamente destacado en esta tesis, objetivar una decisión lo más próxima posible de la real verdad.

Exactamente por eso, en 2017, la Ley 13.467 de la CLT pasa a adoptar idéntico párrafo 1 del artículo 373 del CPC - Ley 13.105/2015, en su artículo 818, para posibilitar la distribución dinámica de la carga de la prueba.

Esa distribución es defendida por intermedio del presente estudio, como propuesta de regla general a los casos de acoso sexual, previstos en el artículo 216-A CP brasileño.

En ese sentido, André Luís Moraes de Oliveira<sup>355</sup> explica que la distribución de la carga de la prueba es relevante como instrumento racional de convencimiento del juez en la medida en que algunas situaciones, como el caso del acoso sexual, la producción de pruebas por la parte vulnerable es un desafío muy difícil dada la desventaja derivada de la condición de sumisión de la víctima al propio acosador.

En eso se justifica la posible valoración de una prueba o inversión de la carga de la prueba, para garantizar que habrá convencimiento suficiente para que la decisión del juez sea respaldada en lo que determina el derecho material: la igualdad procesal entre las partes litigantes. Así, al juez le corresponde decidir quién debe producir las pruebas para componer el proceso y en qué condiciones deben producirse; es decir, cómo puede producirse una persuasión racional que permitirá su convencimiento sobre la eficacia de las pruebas sobre el hecho, siendo posible investigar y encontrar la verdad.

De acuerdo con João Batista Lopes<sup>356</sup>, el párrafo 1 del artículo 373 del CPC – Ley 13.105/2015 trae tres hipótesis que permiten al juez aplicar la teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba, cuales sean:

Cuando haya la imposibilidad de cumplimiento del encargo de la prueba al demandante;

Cuando haya excesiva dificultad del cumplimiento del encargo de la prueba por el demandante; y

---

<sup>355</sup> OLIVEIRA, André Luís Moraes de. **O princípio da livre convicção motivada no processo do trabalho**: argumentação jurídica e o domínio da racionalidade do juízo de convencimento. Disertación de Maestría publicada por la Facultad de Derecho, Universidad de São Paulo en 2016.

<sup>356</sup> LOPES, João Batista. **Cargas dinâmicas da prova no novo CPC**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, año 16, nº 41, p. 33-41, Julio-Septiembre/2015.

Cuando haya mayor facilidad de obtención de prueba del hecho contrario por la parte acusada. Esas tres hipótesis son denominadas “peculiaridades de la causa”, que se limitan por la imposibilidad o excesiva dificultad para que haya la liberación.

Esas peculiaridades de la causa sirven para indicar al juez lo que debe ser considerado por el derecho material subyacente al conflicto para que no falten pruebas al proceso, y así, saber si las alegaciones de las partes proceden. En ese sentido, a través del análisis de esas hipótesis, el juez define cual de las partes tiene mejores condiciones para producir las pruebas en el proceso.

#### **5.4.1 Jurisprudencia**

Guilherme Guimarães Feliciano<sup>357</sup> esclareció sobre el hecho del acoso sexual ser materia aún no sintetizada, sin embargo, tener la técnica de la inversión de la carga de la prueba ya ha sido aplicada por los Tribunales Regionales del Trabajo (TRT):

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES. ACOSO SEXUAL. CONSTELACIONES DE INDICIOS. CARACTERIZACIÓN. Para la indemnización por daños morales teniendo como causa de pedir el acoso sexual es inaceptable la exigencia de prueba cabal y ocular de los hechos, una vez que el acoso sexual, por su naturaleza, es practicado estratégicamente, a escondidas. Si hay fuertes y diversos indicios apuntando a la conducta abusiva del ofensor, dejando claro el constreñimiento reiterado sufrido por la víctima, se puede concluir por la caracterización del acoso sexual, o sea, a partir de la constelación de indicios se tiene por configurada la práctica del ilícito y la consecuente remisión del pleito indemnizatorio. [En el cuerpo del voto (que incluso honra a este autor con una referencia)]. Con relación a la carga de la prueba, el dispositivo legal atribuye a la parte interesada la carga de probar los hechos alegados. En efecto, corresponde al autor demostrar los hechos constitutivos de su derecho y al reo los hechos impositivos, modificativos y extintivos (art. 818 de la CLT c/c el art. 333 del CPC). No obstante, con relación al derecho procesal del trabajo y especialmente en el caso de acoso sexual, el encargo probatorio de la víctima ha recibido flexibilizaciones necesarias. [...] En las palabras del d. Juez del Trabajo de la 15ª Región, Guilherme Guimarães Feliciano, el Magistrado puede y debe recurrir a modelos alternativos como son la tecnología de las constelaciones de indicios, la prueba por verosimilitud, aplicación del principio de instrumentalidad y el contexto jusfundamental en el cual se consideran los derechos fundamentales que están en juego en el proceso. [...] En ese mismo sentido Pinho Pedreira nos informa que se tiene admitido ‘el recurso a la prueba indirecta, o sea, la prueba mediante indicios, presunciones o prima facie, basada esta última en la probabilidad, invirtiéndose así la carga de la prueba [...] una presunción permitirá la inversión de la carga de la prueba cuando haya prueba de rechazo más o menos expresa tendente a demostrar que el autor de la conducta debería saber que ésta no era deseada y constituía acoso’. El mismo autor sostiene que la prueba de efectos

---

<sup>357</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Assédio e inversão do ônus da prova**: breves considerações. Monografía publicada en 2017.

perjudiciales (denegación de empleo o promoción, despido o dimisión forzosa), como consecuencia de la denegación de las insinuaciones sexuales, constituirá una prueba prima facie de acoso. [...] La jurisprudencia patria también se ha manifestado en el sentido de que es posible la comprobación de la conducta criminal del acoso sexual a través de indicios: 'No se puede olvidar que la prueba de esta especie de ilícito laboral (acoso sexual) es extremadamente difícil. Normalmente el acoso es camuflado, silencioso, practicado a escondidas, por eso, las reglas de presunción deben ser admitidas y los indicios debe ter su importancia potencializada, so pena de permitir que el acosador se beneficie de su conducta (TST, 6ª T., AIRR 49740-47.2005.5.15.0053, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DJ 03.06.2011). (...) La exigencia de prueba robusta de una conducta que normalmente es realizada a escondidas dificulta o prácticamente imposibilita la condena de la ilicitud. De la misma manera que no es posible obtener prueba documental del pago hecho por fuera, tampoco se puede exigir prueba cabal del acoso realizado en la intimidad de las astucias del acosador. Ante eso, se debe conjugar la serie de indicios que consta de los autos para verificar si es posible concluir por la caracterización del acoso mencionado. (TRT da 3ª Região, RO 01302-2010-129-03-00-9, 2ª T., Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, j. 05.07.2011, DEJT 12.07.2011) (g.n.).<sup>358</sup>

---

<sup>358</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Assédio e inversão do ônus da prova**: breves considerações. Monografia publicada en 2017, p.165. En original: "INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL. CONSTELAÇÕES DE INDÍCIOS. CARACTERIZAÇÃO. Para a indenização por danos morais tendo como causa de pedir o assédio sexual é incabível a exigência de prova cabal e ocular dos fatos, uma vez que o assédio sexual, por sua natureza, é praticado, estrategicamente, às escondidas. Se houver fortes e diversos indícios apontando para a conduta abusiva do ofensor, deixando evidente o constrangimento reiterado sofrido pela vítima, pode-se concluir pela caracterização do assédio sexual, ou seja, a partir da constelação de indícios tem-se por configurada a prática do ilícito e o conseqüente deferimento do pleito indenizatório. [No corpo do voto (que inclusive honra este autor com uma referência)] Com relação ao ônus da prova, o dispositivo legal atribui à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados. Com efeito, ao autor cabe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 818 da CLT c/c o art. 333 do CPC). Contudo, com relação ao direito processual do trabalho e especialmente no caso do assédio sexual, o encargo probatório da vítima vem recebendo flexibilizações necessárias. [...] Nas palavras do d. Juiz do Trabalho da 15ª Região, Guilherme Guimarães Feliciano, o Magistrado pode e deve recorrer a modelos alternativos como são a tecnologia das constelações de indícios, a prova por verossimilhança, aplicação do princípio da instrumentalidade e o contexto jusfundamental no qual se leva em consideração os direitos fundamentais que estão em jogo no processo. [...] Nesse mesmo sentido Pinho Pedreira nos informa que se tem admitido 'o recurso à prova indireta, ou seja, a prova por indícios, presunções ou prima facie, fundada esta última na probabilidade, invertendo-se, assim, o ônus da prova [...] uma presunção permitirá a inversão do ônus da prova quando houver prova de recusa mais ou menos expressa tendente a demonstrar que o autor da conduta deveria saber que esta não era desejada e constituía assédio'. O mesmo autor sustenta que a prova de efeitos prejudiciais (denegação de emprego ou promoção, despedida ou demissão forçada), em consequência da recusa aos avanços sexuais, constituirá uma prova prima facie de assédio. [...] A jurisprudência pátria também tem e manifestado no sentido de ser possível a comprovação da conduta criminosa do assédio sexual através de indícios: 'Não se pode olvidar que a prova desta espécie de ilícito trabalhista (assédio sexual) é extremamente difícil. Normalmente o assédio é camuflado, silencioso, praticado às escondidas, por isso as regras de presunção devem ser admitidas e os indícios terem sua importância potencializada, sob pena de se permitir que o assediador se beneficie de sua conduta (TST, 6ª T., AIRR 49740-47.2005.5.15.0053, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DJ 03.06.2011). [...] A exigência de prova robusta de uma conduta que normalmente é realizada às escondidas dificulta ou praticamente inviabiliza a condenação da ilicitude. Da mesma forma que não é possível obter prova documental do pagamento feito por fora, também não se pode exigir prova cabal do assédio realizado na intimidade das astúcias do assediador. Diante disso, deve-se conjugar a série de indícios que consta dos autos para verificar se é possível concluir pela caracterização do assédio mencionado. (TRT da 3ª Região, RO 01302-2010-129-03-00-9, 2ª T., Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, j. 05.07.2011, DEJT 12.07.2011) (g.n.)

El Derecho del trabajo tenía, en su normalización, la distribución estática de la carga de la prueba, cuya fórmula era simple y objetiva. Sin embargo, en obediencia al derecho material laboral, los legisladores alteraron la CLT para adecuar sus normas a las del CPC. No obstante, la regla para acoso sexual no es general, a pesar de las innegables dificultades de la víctima para producir pruebas de sus alegaciones, lo que hace que permanezca en una posición de protección deficiente.

### **5.5 Teoría Dinámica de la carga de la prueba como medida jurídica necesaria para la producción de pruebas en los delitos de acoso sexual**

La distribución dinámica de la carga de la prueba o Teoría de las cargas probatorias dinámicas se desarrolló ante la necesidad de hacer con que la carga probatoria recaiga sobre la parte que disponga de mayores y mejores condiciones con parte de un proceso judicial, como explica Reis<sup>359</sup>, subrayando también la importancia de valorarse en ese propósito de justicia, los principios de cooperación y buena fe, así como de equidad e igualdad para garantizar la dignidad humana. Ese entendimiento nació en la legislación argentina y llegó a Brasil en la perspectiva del CPC del artículo 373 del CPC – Ley 13.105/2015, que sirvió para adecuar el artículo 818 de la CLT – Ley 13.467 de 2017, por el cual la doctrina pasó a ser aplicada generando jurisprudencia sobre la inversión de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual.

De acuerdo con Machado<sup>360</sup>, lo que justifica la aplicación de la distribución dinámica de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual es el hecho de el empleo de la regla estática de distribución de la carga probatoria dificultar la actuación jurisdiccional, a punto de privar el magistrado de los medios para garantizar tomadas de decisiones más acuradas en las que la parte solicitante, por su vulnerabilidad, no dispone de medios adecuados para probar una acusación tan compleja dentro de una relación de claro desequilibrio de fuerzas entre las partes.

#### **5.5.1 Aportes jurisprudenciales**

---

<sup>359</sup> REIS, Mariana Costa. *Ônus da prova no Novo CPC: tudo o que um advogado deve saber*. 2019.

<sup>360</sup> MACHADO, Priscila Martins Reis. *A Distribuição Dinâmica do Ônus prevista no Código de Processo Civil de 2015 e sua incidência no processo do trabalho*. Tesis publicada en 2017.

Feliciano trajo em su trabajo el caso de acoso sexual juzgado en la 14ª Región del Trabajo de Rondônia, en 2006, en el cual fue verificada la inversión de la carga de la prueba en favor de la víctima:

"DECLARACIÓN DE TESTIGO. DISPENSA. SOSPECHA. VALIDEZ. Es válido el rechazo de audiencia que declara su intención en el fracaso de la parte, en virtud de enemistad en los términos del art. 405, § 3, III, del Código de Procedo Civil. ACOSO SEXUAL. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. POSIBILIDAD. En los casos de acoso sexual es posible la inversión de la carga de la prueba en favor del obrero, considerando su vulnerabilidad ante el empleador y desde que constatada la verosimilitud de sus alegaciones en los términos del art. 6, VIII, del CDC, aplicado subsidiariamente por fuerza del art. 8 y párrafo único de la CLT. DAÑO MORAL. ACOSO SEXUAL. CONFIGURACIÓN. CARGA DE LA PRUEBA. Invertida la carga de la prueba en favor del empleado, en virtud de la dificultad de comprobación del acoso sexual por la víctima, visto que este delito generalmente no ocurre en presencia de terceros, y no se exima a la demandada de la carga de comprobar la inexistencia de este ilícito, se mantiene la condena de la empresa al pago de indemnización por daño moral. (TRT de la 14ª Región, RO 01036.2006.041.14.00-3, Rel. Juez Conv. Lafite Mariano, DOJT 08.08.07) (g.n.)<sup>361</sup>.

Giovana Antonieta Moreira Viola<sup>362</sup> también presentó otro caso de acoso sexual, esta vez juzgado en la 14 Región del Trabajo de Rondônia, en 2008, en el cual fue verificada igualmente la inversión de la carga de la prueba en favor de la víctima:

DAÑO MORAL. ACOSO SEXUAL. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. POSIBILIDAD. Prepondera en la tipificación del acoso sexual la condición del agente de superior jerárquico de la víctima. En general, no se practican los actos configuradores de forma ostensiva. Ocurre, frecuentemente, en un lugar apartado, con la presencia solo del agente y de la víctima. Por lo tanto, no se muestra razonable exigir, en casos de esa naturaleza, que el acosado produzca pruebas contundentes de los hechos alegados, pero debe ser analizada la verosimilitud de la narrativa del autor. Recurso parcialmente provisto. (TRT de la 14ª Región; Proceso: RO

---

<sup>361</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Assédio e inversão do ônus da prova**: breves considerações. Monografía publicada en 2017. En original: "OITIVA DE TESTEMUNHA. DISPENSA. SUSPEIÇÃO. VALIDADE. É válido o indeferimento de oitiva de testemunha que declara sua intenção no insucesso da parte, em virtude de inimizade, nos termos do art. 405, § 3º, III, do Código de Processo Civil. ASSÉDIO SEXUAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. Nos casos de assédio sexual é possível a inversão do ônus da prova em favor do obreiro, considerando sua hipossuficiência em face do empregador e desde que constatada a verossimilhança de suas alegações, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, aplicado subsidiariamente por força do art. 8º e parágrafo único da CLT. DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. CONFIGURAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. Invertido o ônus da prova em favor do empregado, em virtude da dificuldade de comprovação do assédio sexual pela vítima, visto que este crime geralmente não ocorre na presença de terceiros, e não se desincumbindo a reclamada do encargo de comprovar a inexistência deste ilícito, mantém-se a condenação da empresa ao pagamento de indenização por dano moral. (TRT da 14ª Região, RO 01036.2006.041.14.00-3, Rel. Juiz Conv. Lafite Mariano, DOJT 08.08.07) (g.n.)

<sup>362</sup> VIOLA, Giovana Antonieta Moreira. **O ônus da prova no assédio sexual**. Monografía publicada en 2013, online.

13920070021400; 2ª turma; Rel.: Juez Mário Sérgio Lapunka; Revisora: Jueza Socorro Miranda)<sup>363</sup>.

En esa investigación se ha observado que el TRT de Rondônia se muestra en la vanguardia de la tendencia legislativa al crear jurisprudencias positivas en la aplicación de la TDDCP en los casos de acoso sexual en Brasil.

### **5.5.2 Inversión de la carga de la prueba: pros y contras**

La prueba de un crimen está relacionada con la perspectiva constitucional de la comprobación de la verdad como lenguaje procesal en el Derecho, considerando los límites tangibles de su forma absoluta en respeto al principio de la legalidad por la valoración del juez. De acuerdo con Vitor Gonçalves Machado<sup>364</sup>, esa comprobación de la verdad debe ser construida a partir de tres supuestos a saber en la alegación: (1) probabilidad de ser plausible, persuasiva, y racional; (2) argumentación cooperativa fomentada por raciocinio lógico; (3) comunicación interpretativa de los principios, derechos y garantías legales.

Así, la prueba será “la piedra de la verdad”. La búsqueda por la verdad procesal en la justicia brasileña pasa por la recepción de pruebas cuya presentación debe hacerse, por lo tanto, a través de un lenguaje persuasivo, argumentativo e interpretativo. En esa perspectiva, el papel del magistrado en el proceso tiene mayor prominencia en el marco del Estado Democrático de Derecho, por servir de mediador en un instrumento procesal que persigue más la igualdad material que la igualdad formal. Los hechos dejan de ser alegados en el proceso, pero sí investigados y contruidos por medio de las actividades probatorias que las partes realizan en

---

<sup>363</sup> VIOLA, Giovana Antonieta Moreira. **O ônus da Prova no Assédio Sexual**. Monografía publicada en 2013, online. Em original: DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA -POSSIBILIDADE. Prepondera na tipificação do assédio sexual a condição do agente de superior hierárquico da vítima. Em geral, não se praticam os atos configuradores de forma ostensiva. Ocorre, frequentemente, em lugar ermo, com a presença apenas do agente e da vítima. Portanto, não se mostra razoável exigir, em casos dessa natureza, que o assediado produza provas contundentes dos fatos alegados, mas deve ser analisada a verossimilhança da narrativa do autor. Recurso parcialmente provido. (TRT da 14ª Região; Processo: RO 13920070021400; 2ª turma; Rel.: Juiz Mário Sérgio Lapunka; Revisora: Juíza Socorro Miranda).

<sup>364</sup> MACHADO, Vitor Gonçalves. **Verdade, prova e processo: esboço de uma teoria da construção da “verdade” no processo civil brasileiro**. Monografía presentada a la Universidad Federal del Espírito Santo en el Programa de Posgrado *Strictu Sensu* para la Maestría en Derecho Procesal, 2015, p.270.

colaboración con el juez, que será responsable por la valoración de las pruebas y de la definición de la verdad de los hechos.

Sin embargo, las ambigüedades de la igualdad material son insuficientes para garantizar la justicia social, sin que la igualdad formal sea el punto de partida de la aplicación de ese principio en el proceso. Eso significa que el conocimiento y la comunicación de la verdad procesal deben ser respaldados por la presentación de pruebas cuya carga sea dinámicamente distribuida, en ciertos casos, no solamente por la decisión de un juez, sino por una expresión normativa predefinida que valore también la buena fe, la cooperación y la equidad para que la igualdad formal promueva la igualdad material (que es el aspecto jurídico de la justicia social) con el fin de garantizar la dignidad de la persona humana.

En el contexto del acoso sexual, la prueba es generalmente un elemento lingüístico que es presentado para el conocimiento del hecho alegado. Ese elemento es el lenguaje de comunicación compuesta por la interlocución del acosador con la víctima sobre el objeto del acoso. O sea, la prueba es un enunciado transmitido del agente activo al agente pasivo con el intuito específico de la propuesta, y debe estar asociado a otro enunciado transmitido en sentido opuesto con el objetivo claro de rechazo. Este lenguaje debe ser entendido por el juez como la conexión que prueba la alegación del acoso sexual para justificar su decisión.

El problema, no obstante, es que, muchas veces, hay incapacidad de la víctima para sostener su alegación por la imposibilidad de traer al proceso una comprobación física de esa comunicación cuando ésta ocurre exclusivamente de una forma oral o visual y en circunstancias clandestinas.

Para André Luís Moraes de Oliveira<sup>365</sup>, el Código de Protección al Consumidor (CDC) contempla la inversión de la carga de la prueba como regla general en las situaciones en que es posible aplicar la distribución dinámica de la carga de la prueba, teniendo el magistrado que observar las reglas ordinarias de experiencia relativas a las relaciones de consumo, cuando la alegación del consumidor sea verosímil o sea él vulnerable, a fin de garantizar un sistema apropiado para equilibrar, en el ámbito procesal, las relaciones entre el prestador de bienes y servicios y el consumidor.

---

<sup>365</sup> OLIVEIRA, André Luís Moraes de. **O princípio da livre convicção motivada no processo do trabalho**: argumentação jurídica e o domínio da racionalidade do juízo de convencimento. Dissertação de Mestrado publicada pela Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo em 2016.

En el proceso civil, la posibilidad de la aplicación de la teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba se desprende del sentido común del magistrado según la existencia de supuestos de interés de la parte que postula esa actuación o de la que no desea ver el postulado efectivado.

En ese mismo sentido, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga y Rafael Oliveira completan que “la prueba incumbe a quien tiene mejores condiciones de producirla, a la luz de las circunstancias del caso concreto, o en otras palabras: prueba quien puede”.<sup>366</sup> En el proceso laboral, por su parte, Mallet afirma que CLT cometió un error “al permitir que se creen presunciones favorables a la parte que tiene más dificultades para producir las pruebas y también al dejar de prever la posibilidad de inversión de la carga de la prueba, tal cual se verifica en los procesos envolviendo relaciones de consumo”.<sup>367</sup> En ese sentido:

Es necesario no perder de vista que las reglas relativas a la carga de la prueba, para que no constituyan obstáculo grave a la tutela procesal de los derechos, han de llevar en cuenta siempre las posibilidades, reales y concretas, que tienen cada litigante de demostrar sus alegaciones, de tal manera que recaiga esa carga no necesariamente sobre la parte que alega, sino sobre la que se encuentra en mejores condiciones de producir la prueba necesaria a la solución del litigio. De esa manera, las dificultades para la producción de la prueba, existentes en el plan del derecho material, decurrentes de la desigual posición de las partes litigantes, no son transportadas al proceso, facilitando, incluso, el esclarecimiento de la verdad y la tutela de situaciones que de otro modo probablemente no encontrarían protección adecuada.<sup>368</sup>

---

<sup>366</sup> DIDIER Júnior, FREDIE; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 95. No original: “a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto, ou em outras palavras: prova quem pode”.

<sup>367</sup> MALLET, Estêvão. **Procedimento sumaríssimo trabalhista: problemas e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2002, p. 63. En original: “ao deixar criar presunções favoráveis à parte que tem mais dificuldade de produzir as provas e também ao deixar de prever a possibilidade de inversão do ônus da prova, tal qual se verifica nos processos envolvendo relações de consumo”.

<sup>368</sup> MALLET, Estêvão. **Procedimento sumaríssimo trabalhista: problemas e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2002, p.63. En original: “É preciso não perder de vista que as regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam sério obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio. Dessa forma, as dificuldades para a produção da prova, existentes no plano do direito material, decorrentes da desigual posição das partes litigantes, não são transpostas ao processo, ficando facilitados inclusive o esclarecimento da verdade e a tutela de situações que de outro modo provavelmente não encontrariam proteção adequada.

Además de eso, Bebber <sup>369</sup> sostiene que la necesidad de la distribución dinámica de la carga de la prueba se justifica en el hecho de que el mayor cliente de la Justicia del Trabajo sea, generalmente, vulnerable y, por lo tanto, merecedor de un trato jurídico desigual en virtud de la aplicación del principio de equidad, como establece al artículo 818 de la CLT, como posibilidad.

Según Oliveira <sup>370</sup>, la inversión de la carga de la prueba se deriva de la presunción establecida en la ley, en conformidad con el artículo 322 y en el ámbito del proceso:

La parte que sufre los efectos de esta presunción tiene la carga de probar su alegación, en el sentido de probar la negativa del hecho presumido o "los hechos integrantes de una versión que colida con los hechos presumidos". Probablemente el aspecto más desafiador de la cuestión presentada, la distribución dinámica de la carga de la prueba contemplada en el párrafo 1 del artículo 373 del CPC, es el de la aplicación subsidiaria en el proceso del trabajo que, por cierto, amplía las posibilidades de, verificadas las dificultades del empleado en situaciones particulares, en producir prueba, hacer la inversión, según los procedimientos preconizados, la carga de la prueba para ser producida por el empleador. <sup>371</sup>

La posibilidad de la inversión de la carga de la prueba por el párrafo 1 del artículo 818 de la CLT, como regla general, de la aplicación de la TDDCP se justifica en la vulnerabilidad del empleado ante a superior jerárquico que le coacciones en caso de acoso sexual, así como constituir testigos que son también vulnerables en el ambiente laboral:

Además de las dificultades de asesoramiento jurídico y de realización de pericias, ya señaladas, la prueba testimonial del trabajador debe ser tomada de otros empleados, que por definición se encuentran subordinados al empleador, cohibiéndoles la libertad de los testimonios: no ignoran a los

---

<sup>369</sup> BEBBER, Júlio César. **Processo do trabalho**: adaptação à contemporaneidade. São Paulo: LTr, 2011, p. 166.

<sup>370</sup> OLIVEIRA, André Luís Moraes de. **O princípio da livre convicção motivada no processo do trabalho**: argumentação jurídica e o domínio da racionalidade do juízo de convencimento. Dissertação de Mestrado publicada pela Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

<sup>371</sup> OLIVEIRA, André Luís Moraes de. **O princípio da livre convicção motivada no processo do trabalho**: argumentação jurídica e o domínio da racionalidade do juízo de convencimento. Disertación de Maestría publicada por la Facultad de Derecho, Universidad de São Paulo en 2016, p.145. En original: A parte que sofre os efeitos desta presunção tem o ônus de provar sua alegação, no sentido de provar a negativa do fato presumido ou "os fatos integrantes de uma versão colidente com os fatos presumidos". Provavelmente o aspecto mais desafiador da questão apresentada, a distribuição dinâmica do ônus da prova contemplada no parágrafo 1º do artigo 373 do CPC, é o da aplicação subsidiária no processo do trabalho, que por certo amplia as possibilidades de, verificadas as dificuldades do empregado, em situações peculiares, de produzir prova, inverter, segundo os procedimentos preconizados, o ônus da prova para ser produzida pelo empregador.

testigos que, si sus declaraciones perjudican al patrón, corren el riesgo de perder el empleo. No fue suficiente, la prueba documental, más segura, raramente puede ser presentada por el trabajador: subordinado a las determinaciones de sus superiores, no tienen medios de exigir comprobantes, mientras que la empresa cuenta con departamento personal, Una organización contable que mantiene mucha documentación. La práctica demuestra que el trabajador desconoce, por regla general, los datos elementales relativas a las condiciones en las que presta servicios: cálculo del salario, montante de los descuentos, número de horas extras, etc.<sup>372</sup>

En el mismo sentido, Guilherme Arantes Feliciano <sup>373</sup> versa sobre las aplicaciones de la inversión de la carga de la prueba en Europa, resaltando que en Portugal ese dispositivo sopesa "la posición jurídico-procesal del empleador, en todos aquellos casos en los que el supuesto acoso configura típica conducta discriminatoria" y que "la Unión Europea firmó acordó entre los países miembros, aprobando la inversión de la carga de la prueba en la hipótesis de acoso sexual". El entendimiento es que, con la inversión de la carga de la prueba, el acosado queda obligado a probar que el acoso sexual no ocurrió, presumiendo así que, al presentar suficientes elementos, el autor de la acción tenga por buena fe, narrado hechos verdaderos en su petición inicial.

La legislación del CPC de 1973 tenía como única posibilidad única posibilidad de utilizar este dispositivo la existencia de un pacto entre las partes (artículo 333) en el cual hubiera la incidencia de la convención sobre los derechos palpables, como en las acciones en favor del consumidor o a criterio del juez ante la verosimilitud en la alegación y/o vulnerabilidad del autor (artículo 6, inciso VIII, del CDC – Ley 8.078/1990. Aún de acuerdo con este autor, el debate doctrinario y jurisprudencial sobre la naturaleza de la vulnerabilidad que autorizaría la inversión condicional de la

---

<sup>372</sup> RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho** apud OLIVEIRA, André Luís Moraes de. O princípio da livre convicção motivada no processo do trabalho: argumentação jurídica e o domínio da racionalidade do juízo de convencimento. Disertación de Maestría publicada por la Facultad de Derecho, Universidad de São Paulo en 2016, p. 750. Em original: Além das dificuldades de assessoramento jurídico e de realização de perícias, já apontadas, a prova testemunhal do trabalhador deve ser colhida de outros empregados, que por definição se encontram subordinados ao empregador, coibindo-lhes a liberdade dos depoimentos: não ignoram as testemunhas que se suas declarações prejudicarem o patrão, elas correm o risco de perder o emprego. Não fora suficiente, a prova documental, mais segura, raramente pode ser apresentada pelo trabalhador: subordinado às determinações de seus superiores, não tem meios de exigir comprovantes, enquanto a empresa conta com departamento pessoal, toda uma organização contábil que mantém farta documentação. A prática evidencia que o trabalhador desconhece, regra geral, os dados elementares atinentes às condições em que presta serviços: cálculo do salário, montante dos descontos, número de horas extras, etc.

<sup>373</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Assédio e inversão do ônus da prova**: breves considerações. Monografía publicada en 2017.

carga de la prueba, por este último instrumento citado, considera si la vulnerabilidad es técnica, económica (laboral) o, aún, si incurre en ambas.

En el ordenamiento jurídico brasileño, la inversión de la carga de prueba está prevista, en determinados lugares de la legislación dispersa, tales como: i) en materia de publicidad, en el artículo 38 del CDC, que determina caber, la carga de la prueba de la veracidad y corrección de la información o comunicación publicitaria, a quien las patrocina con carácter incondicional.

Otra previsión está localizada en el artículo 29-A, § 1, de la Ley 8.213/1917, con la redacción de la Ley 10.403/2002, en favor del asegurado, en las acciones judiciales de jubilación o reforma, derivada de la correspondiente inversión del encargo probatorio en el plan administrativo.

Acerca de este último título, sobre el asegurado, Sandra Aparecida Sá dos Santos <sup>374</sup> defiende la inversión de la carga de la prueba, destacando que, antiguamente cabía al contribuyente la obligación de probar su tiempo de servicio y remuneración recibida mediante la presentación de la cédula de trabajo. Actualmente, cabe al Instituto Nacional del Seguro Social (INSS) fornecer las informaciones relacionadas al tiempo y al valor de la contribución del asegurado, que constan como datos virtuales en el Registro Nacional de Informaciones Sociales. - *Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS)*. Eso significa que en caso de que haya la necesidad de una acción jurídica propuesta por el contribuyente para recibir beneficio de seguridad social, la inversión de la carga probatoria contra el INSS.

Sin embargo, Rodrigo Xavier Leonardo<sup>375</sup> argumenta que el caso en cuestión no constituye ejemplo inversión de la carga de la prueba por dos motivos: (1º) dicha regla se aplicaría tan solo al procedimiento administrativo relacionado con el recibimiento del beneficio; (2º) se trata de un deber legal de prestar las informaciones necesarias y el juez puede exigir su cumplimiento en una demanda, caso las informaciones no sean presentadas, cabiendo al autor de la acción, en caso de desacuerdo con los datos presentados por el INSS, contra probar mediante documentos (artículo 29-A, § 2, de la Ley 8.213/1991) u oralmente (artículo 55, § 3, de la misma ley).

---

<sup>374</sup> SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>375</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

### 5.5.2.1 ***La inversión de la carga de la prueba en la esfera laboral***

Para Leone Pereira<sup>376</sup>, la inversión de la carga de la prueba es una medida excepcional que transfiere a la parte acusada la responsabilidad de probar los hechos modificativos o extintivos del derecho del autor de la acción, que queda sin la necesidad de presentar en el expediente ninguna prueba de sus alegaciones. Así:

Según la regla general de división de la carga de la prueba, el reclamante debe probar los hechos constitutivos de su derecho y el reclamado, los hechos impeditivos, modificativos y extintivos del derecho del autor (artículo 818 de la CLT y 333 del CPC). No obstante, hay la posibilidad, en determinadas situaciones, de que el juez invierta esa carga, es decir, transferir la carga probatoria que pertenecía a una parte para la parte contraria. De ese modo, si al autor pertenece la carga de la prueba del hecho constitutivo de su derecho, éste se transfiera al reo, o sea, el reo debe comprobar la inexistencia del hecho constitutivo del derecho del autor.<sup>377</sup>

De acuerdo con Damiana Cunha, la jurisprudencia de los tribunales brasileños sobre la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en el proceso el proceso de trabajo se fundamenta en el CDC por la vulnerabilidad del consumidor, como atestigua el siguiente caso.

PRESCRIPCIÓN - JUBILACIÓN POR INVALIDEZ. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS DISPOSICIONES DEL CDC. ART 6, VIII, DEL CDC. PRESENTES A LA VEROSIMILITUD DE LAS ALEGACIONES Y A LA VULNERABILIDAD DE LA PARTE, EN EL CASO, EL TRABAJADOR, IGUALADO AL CONSUMIDOR. Milita a favor del trabajador, jubilado por invalidez, el entendimiento de que, hasta prueba contraria, no poseía condiciones físico-mentales de buscar el amparo judicial para sus pretensiones ahora deducidas en Juicio. Cabe, por lo tanto, al empleador, que alega la incidencia de la prejudicial de mérito, la carga de demostrar que el empleado no estaba sujeto a ese tipo de turbación en el caso y se encontraba plenamente en condiciones de defender sus derechos, no haciéndolo por mera voluntad. Ausente la prueba incontestable de la normalidad del empleado, no hay que hablar de la incidencia de la prescripción, ya que se beneficia, a la luz de lo dispuesto en el artículo 8 de la CLT, de la inversión de la carga de la prueba prevista en el inciso VIII del

<sup>376</sup> PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. Ed 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>377</sup> SCHIAVI, Mauro, **Manual de Direito Processual do Trabalho**: de acordo com o novo CPC. Ed 10. São Paulo: Ltr, 2016, p.683. En original: Segundo a regra geral de divisão do ônus da prova, o reclamante deve provar os fatos constitutivos do seu direito e o reclamado, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor (artigo 818 da CLT e 333 do CPC). No entanto, há a possibilidade, em determinadas situações, de o juiz inverter esse ônus, ou seja, transferir o encargo probatório que pertencia a uma parte para a parte contrária. Desse modo, se ao autor pertence o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito ele se transfere ao réu, ou seja, o réu deve comprovar a inexistência do fato constitutivo do direito do autor.

artículo 8 de la CLT, de la inversión de la carga de la prueba prevista en el inciso VIII del artículo 6 del CDC. (TRT-3 - RO: 00407201415703003 0000407-26.2014.5.03.0157, Relator: Jorge Berg de Mendonça, Sexta Turma, Fecha de Publicación: 10/08/2015).<sup>378</sup>

Cunha<sup>379</sup> argumenta que al contrario de justificar la inversión de la carga de la prueba en la aplicación del CDC por la vulnerabilidad del trabajador equiparado al consumidor, cabría la aplicación de la distribución dinámica de la carga de la prueba, por la cual la comprobación de la inviabilidad para que el empleado pruebe la culpa del empleador convence el magistrado a conceder la inversión de la carga de la prueba, considerando la vulnerabilidad y la verosimilitud de la alegación, entre la manifestación sobre la defensa (la réplica) y la instrucción procesal.

En el proceso de trabajo, la carga dinámica se puede utilizar en hipótesis en que el reclamante pretende reparaciones por daños morales, acoso sexual o discriminación; una vez que, la dificultad probatoria del trabajador es muy acentuada y el reclamado, por regla general, tiene mayores posibilidades de producción de la prueba. Sin embargo, incluso en estas situaciones, el magistrado debe sopesar la buena fe del trabajador, la seriedad de la alegación, y todas las circunstancias que concurran en el caso concreto.<sup>380</sup>

Según explica Guilherme Guimarães Feliciano<sup>381</sup>, en los casos de acoso sexual, la inversión de la carga de la prueba es un instrumento que se está empleando

<sup>378</sup> CUNHA, Damiana. **O novo CPC e o ônus da prova no Processo do Trabalho**. Artigo publicado em 2016. En original: PRESCRIÇÃO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS DISPOSIÇÕES DO CDC. ART. 6º, VIII, DO CDC. PRESENTES A VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E A HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE, NO CASO O TRABALHADOR, IGUALADO AO CONSUMIDOR. Milita em favor do trabalhador, aposentado por invalidez, o entendimento de que, até prova em contrário, não possuía condições físico-mentais de buscar o amparo judicial para suas pretensões agora deduzidas em Juízo. Cabe, portanto, ao empregador, que alega a incidência da prejudicial de mérito, o ônus de demonstrar que o empregado não estava sujeito a esse tipo de turbacão no caso e se achava plenamente em condições de defender seus direitos, não o fazendo por mera vontade. Ausente a prova inofismável da normalidade do empregado, não há se falar em incidência da prescrição, pois ele se beneficia, à luz do disposto no artigo 8º da CLT, da inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do artigo 6º do CDC. (TRT-3 - RO: 00407201415703003 0000407-26.2014.5.03.0157, Relator: Jorge Berg de Mendonça, Sexta Turma, Fecha de Publicación: 10/08/2015).

<sup>379</sup> CUNHA, Damiana. **O novo CPC e o ônus da prova no Processo do Trabalho**. Artículo publicado en 2016.

<sup>380</sup> SCHIAVI, Mauro, **Manual de Direito Processual do Trabalho**: de acordo com o novo CPC. Ed 10. São Paulo: Ltr, 2016, p. 687. En original: No processo do trabalho, o ônus dinâmico pode ser utilizado em hipóteses em que o reclamante pretende reparações por danos morais, assédio sexual ou discriminação; uma vez que, a dificuldade probatória do trabalhador é muito acentuada e o reclamado, via de regra, tem maiores possibilidades de produção da prova. No entanto, mesmo nessas situações, deve o magistrado sopesar a boa-fé do trabalhador, a seriedade da alegação, e todas as circunstâncias que envolvem o caso concreto.

<sup>381</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Assédio e inversão do ônus da prova**: breves considerações. Monografía publicada en 2017.

por los TRT en diversos juicios dado al hecho de que faltan pruebas de la normalidad de la conducta, o incluso testigos oculares de la acción alegada. Sin embargo, para Julio César Machado Júnior <sup>382</sup>, todavía son pocos los Tribunales Regionales del Trabajo en Brasil que invierten la carga de la prueba en los casos de acoso sexual, y cuando lo hacen es para resguardar la utilidad del proceso.

De acuerdo con Machado<sup>383</sup>, la distribución de la carga de la prueba altera las reglas estáticas atribuyendo, en situaciones específicas, la carga probatoria a la parte que inicialmente no la posee, dado el hecho de poseer mejores condiciones o más aptitud para arcar con dicha responsabilidad. No obstante, la distribución dinámica no equivale a la “automática” aplicación de la inversión de la carga de la prueba, aunque la teoría no objetive determinar que parte deba asumir la carga de probar los hechos relativos a la pretensión de la parte adversa. Diego Palomo Vélez, a su vez, resalta que:

La carga dinámica de la prueba compromete el derecho de defensa y la seguridad jurídica, puesto que es desnecesario e inadecuado prever normativamente la posibilidad de alteración de la carga probatoria, porque existe la necesidad de que el juez notifique a las partes en la vista preliminar de su decisión en cuanto a la modificación de la carga de la prueba, permitiendo que, a partir de ese momento, de ella se liberen; lo que inviabiliza el adecuado ejercicio del derecho de defensa y el contradictorio y no garantiza tiempo hábil para la producción de la prueba. O sea, la cuestión problemática está en la colaboración entre las partes en materia probatoria. Bastaría prever normativamente la posibilidad de solicitar en juicio, mediante fundamentación verosímil, que la otra parte sea compelida a presentar determinada prueba que esté en su pose o cuya presentación le sea más simple. Y, en caso de no presentación injustificada de la prueba solicitada por la parte adversa y determinada por el juez debería ser impuesta la consecuencia procesal negativa de presumir verdaderas las alegaciones de la parte que ha solicitado la presentación de la prueba de dado hecho. Ese efecto, sin embargo, no se aplicaría caso las demás pruebas del caso apuntaran para una conclusión distinta. De esa manera, no habría modificación de la carga original de producción de prueba, sino la atribución a la parte adversa de una carga contraproducente a la presunción aplicada en razón de su conducta procesal.

<sup>384</sup>

---

<sup>382</sup> MACHADO Jr., Julio César. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

<sup>383</sup> MACHADO, Priscila Martins Reis. **A Distribuição Dinâmica do Ônus prevista no Código de Processo Civil de 2015 e sua incidência no processo do trabalho**. Tesis publicada en 2017.

<sup>384</sup> VÉLEZ, Diego Palomo. **Visão crítica acerca da carga dinâmica da prova**: da desnecessidade de sua previsão à sua aplicação constitucionalmente orientada. Artículo publicado en 2017, p.457. En original: A carga dinâmica da prova compromete o direito de defesa e a segurança jurídica, posto que é desnecessário e inadequado prever normativamente a possibilidade de alteração da carga probatória, porque existe a necessidade de o juiz avisar as partes em audiência preliminar de sua decisão quanto à modificação do ônus da prova, permitindo que, a partir desse momento, dele se desincumbam; o que inviabiliza o adequado exercício do direito de defesa e o contraditório e não garante tempo hábil para a produção da prova. Ou seja, a questão problemática está na colaboração entre as partes em matéria

Pidiendo venia, una vez más, es importante resaltar estar cristalina la diferencia entre inversión de la carga de la prueba y distribución dinámica de la carga de la prueba. Esa información es importante teniendo en cuenta que, en el presente campo de la tesis, se está discutiendo, en varios momentos, incluso, la inversión de la carga de la prueba.

A seguir, continuando en el análisis de la distribución dinámica, Priscila Martins Reis Machado resalta que:

La carga dinámica de la prueba caracteriza un riesgo a la igualdad de procedimiento en caso de que no haya el debido cuidado en su aplicación, puesto que la justificación para la dinamización de la carga probatoria consistiría en la existencia de procesos judiciales en que, por motivos diversos, hay graves desequilibrios en lo que respecta a la prueba de lo que alegan. En ese caso, redistribuir la carga probatoria sería tratar desigualmente las partes en razón de dicha disparidad como efectivo medio de alcance de la igualdad procesal. Sin embargo, la existencia de tal justificación no sería suficiente para la alteración emprendida en el campo probatorio, pues ella necesita estar dotada de objetividad, que: (1º) en el campo de la finalidad trasciende el interés social, para garantizar los derechos fundamentales y la propia aplicación de la justicia, dando concreción al Estado social; y (2º) en la acepción de naturaleza individual caracterizada por el claro desequilibrio entre las partes.<sup>385</sup>

Siendo así, resta afirmar el por qué y el cómo debe ser hecha la inversión de la carga de la prueba en toda acción laboral de acoso sexual: cuando queda comprobada la vulnerabilidad del autor.

---

probatória. Bastaria prever normativamente a possibilidade de solicitar em juízo, mediante fundamentação verossímil, que a outra parte seja compelida a apresentar determinada prova que esteja em sua posse ou cuja apresentação lhe seja mais simples. E, em caso de não apresentação injustificada da prova solicitada pela parte adversa e determinada pelo juiz deveria ser imposta a consequência processual negativa de presumirem-se verdadeiras as alegações da parte que solicitou a apresentação da prova de dado fato. Esse efeito, contudo, não se aplicaria caso as demais provas do caso apontassem para uma conclusão distinta. Assim, não haveria modificação do ônus original de produção da prova, mas sim atribuição à parte adversa de um ônus de contraproduzir a presunção aplicada em razão de sua conduta processual.

<sup>385</sup> MACHADO, Priscila Martins Reis. **A Distribuição Dinâmica do Ônus prevista no Código de Processo Civil de 2015 e sua incidência no processo do trabalho**. Tesis publicada en 2017, p.78. En original: A carga dinâmica da prova caracteriza um risco à igualdade processual caso não haja o devido cuidado em sua aplicação, posto que a justificativa para a dinamização da carga probatória consistiria na existência de processos judiciais em que, por motivos diversos, há graves desequilíbrios no que tange à prova do que alegam. Nesse caso, redistribuir a carga probatória seria tratar desigualmente as partes em razão de tal disparidade como efetivo meio de alcance da igualdade processual. No entanto, a existência de tal justificativa não seria suficiente para a alteração empreendida no campo probatório, pois ela necessita estar dotada de objetividade, que: (1º) no campo da finalidade transcende o interesse social, para garantir os direitos fundamentais e a própria aplicação da justiça, dando concretude ao Estado social; e (2º) na acepção de natureza individual caracterizada pelo claro desequilíbrio entre as partes.

## **5.6 Propuesta de modificación del § 1 del artículo 818, apartado 1, de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT)**

Como explicado en el inicio de la presente tesis, la legislación vigente que permite la distribución dinámica de la carga de la prueba se encuentra expresada en el párrafo 1 del artículo 373 del actual Código de Proceso Civil brasileño (Ley 13.105/2015), y en el párrafo 1 del artículo 818 de la CLT (Ley 13.467/2017) de manera idéntica.

Sin embargo, la TDDCP no es regla general para el delito de acoso sexual en las relaciones laborales, pues su aplicación queda a cargo del juez, caso éste entienda necesaria su aplicación. No obstante, la clandestinidad característica de ese tipo de delito, como también visto, y las circunstancias desfavorables para la víctima, sea por el estreñimiento ambiental, emocional y psicológico, sea por su condición vulnerable en la relación laboral, son factores que hacen muy difícil o prácticamente imposible la producción de pruebas del hecho contra el acosador.

La importancia de la presente propuesta está exactamente en la necesidad de adecuar las normas del Derecho a la perspectiva de hacer la justicia social brasileña más efectiva en su tarea de garantía a la dignidad humana, teniendo en cuenta la protección de los más vulnerables, en el marco del Estado Democrático de Derecho, paradigma estatal propuesto en el texto constitucional brasileño de 1988, específicamente en su artículo 1, que trata de las características del Estado brasileño.

En ese sentido, se considera la vulnerabilidad de la víctima de acoso sexual no solamente la capacidad limitada de resistencia a los abordajes y avances de superior jerárquicamente en el ambiente laboral y mismo fuera del mismo, sino también en la incapacidad para producir pruebas del crimen que venga a denunciar.

Ante a esa vulnerabilidad, en respeto a los principios de la buena fe objetiva, de igualdad, de equidad y de cooperación, el ordenamiento jurídico debe fornecer los medios legales para que en el proceso de acoso sexual, la carga de la prueba sea distribuida de acuerdo con la mayor facilidad de su obtención, como ya ocurre en los procesos civiles y laborales por la observancia y constatación de cual parte tiene mayor condición de producir prueba o contraprueba de la alegación, frente a la imposibilidad o excesiva dificultad de producción por parte de la vulnerabilidad de la víctima.

La regla expresada en el párrafo 1 del artículo 818 de la CLT - definida por la Ley 13.467/2017, no es general, o sea, no ocurre la distribución dinámica de la carga de la prueba en todos los casos de acoso sexual, manteniéndose la prevalencia, en la mayoría de los casos, de la teoría estática sobre la dinámica. Eso ocurre porque, la definición de la aplicación o no de este supuesto normativo depende exclusivamente del entendimiento del magistrado responsable por cada caso exclusivamente del entendimiento del magistrado responsable por cada caso denunciado y de sus peculiaridades inherentes a la capacidad de la víctima de probar o no el hecho alegado.

La propuesta de hacer de la distribución dinámica de la carga de la prueba una regla general en los casos de acoso sexual, en este dispositivo legal, sigue la tendencia del Derecho post positivista garantizar que el ordenamiento jurídico siga vinculado a los valores éticos, en la observancia de los principios necesarios a la garantía de derechos individuales y colectivos, así como los trámites legales que lo instrumentaliza.

Esa propuesta, por lo tanto, puede estimular aún más la consideración del juez por la palabra de la víctima de acoso sexual como expresión del principio de buena fe en la acusación que juzgará, para que sus dificultades en la fundamentación de una decisión carente de pruebas sean mitigadas por la aplicación de la teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba.

Como resultado, la justicia misma se ve estimulada por la cooperación de las partes con el proceso, y por la efectiva protección jurídica de la parte vulnerable para producir las pruebas necesarias en la autoría del litigio, después de todo, el acosador no puede negarse a presentar pruebas o contraproducente de lo que la víctima alega. Eso significa que la proposición de la generalización de la distribución dinámica de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual hace la norma en cuestión, un instrumento legal del principio de equidad, que funcionará como directriz correctiva para actuaciones efectivamente justas y dignas del Derecho, frente tanto a las desigualdades sociales.

### **5.6.1 Descripción de la modificación**

Ante los avances y de las transformaciones sociales de la actualidad, el Estado ha presentado interés en revisar las leyes que parecen insuficientes para garantizar

la igualdad jurídica deseada por la sociedad, adecuando realidad y ordenamiento jurídico, pese a ello, dicha actualización no se produzca de acuerdo con el tiempo necesario.

Ante a esa perspectiva es que la propuesta de la presente tesis se caracteriza por la indicación del empleo de la distribución dinámica de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual como regla general. Esa imposición legal tiene en cuenta exactamente la directriz correctiva derivada del principio de equidad para que el principio de la igualdad de fuerzas en el conflicto judicial laboral sea alcanzado por la parte vulnerable con amparo legal explícito, una vez que, la condición de subordinación hace la parte vulnerable, que es víctima en el caso, también intimidada por la relación de trabajo en la alegación procesal.

Así, la proposición de la indicación explícita en el párrafo 1 del artículo 818 de la CLT – Ley 13.467/2017 de la distribución dinámica de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual como regla general, se hace instrumento del principio de la equidad, en asociación como los principios de la buena fe y de la cooperación, ampara el principio de la igualdad formal (isonomía) en la garantía del equilibrio de fuerzas entre las partes en conflicto, para que la dignidad de la persona humana sea preservada para la víctima.

A través de esa propuesta, la isonomía permitirá a la equidad alcanzar la igualdad formal anhelada por el derecho material en la búsqueda por justicia social, por medio de un ordenamiento jurídico cooperativo para que sean beneficiados los ciudadanos de buena fe.

El párrafo 1 del artículo 818 de la CLT – Ley 13.467/2017 pasa a exigir la distribución dinámica de la carga de la prueba al juez para garantizar la aplicación del principio de la igualdad formal por la abstracción del concepto jurídico indeterminado sobre la cláusula general para tomar su decisión en la aplicación del derecho material, dentro de los criterios y límites del principio de legalidad.

Con eso, el objetivo del Derecho moderno de promover la justicia social y los derechos fundamentales que la sostienen serán alcanzados, porque al final si todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse de conformidad con los principios jurídicos adoptados en los términos constitucionales, la posibilidad de que el juez no adopte como regla general la distribución dinámica de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual queda eliminada, generando beneficio a la víctima que se encuentra en

condiciones de desigualdad social y de fuerzas contra quien acusa, asegurando que su derecho a la dignidad humana no sea afrentado.

Por lo tanto, esa adaptación del Derecho a la evolución de los valores y demandas de la sociedad se basa en los principios jurídicos y no compromete la estabilidad jurídica, pero evita la obsolescencia de la norma frente al advenimiento de nuevas exigencias sociales. En esa perspectiva, es que la propuesta de modificación del párrafo 1 del artículo 818 de la CLT – Ley 13.467/2017 puede ser observada a continuación.

Como está, actualmente, estructurado el artículo 818 de la CLT:

Art. 818. La carga de la prueba incumbe:

I - al reclamante, en cuanto al hecho constitutivo de su derecho;

II - al demandado, en cuanto a la existencia de hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho del reclamante.

§ 1 En los casos previstos en ley o ante a peculiaridades de la causa relativas a la imposibilidad o excesiva dificultad de cumplir la carga de conformidad con este artículo o a la mayor facilidad de obtención de la prueba de hecho contrario, podrá el juicio atribuir la carga de la prueba de modo diverso, siempre que lo haga por decisión fundamentada, caso en que deberá dar a la parte la oportunidad de liberarse de la carga que se le ha asignado.

§ 2 La decisión referida en el § 1 de este artículo deberá proferirse antes del inicio de la instrucción y, a petición de la parte, implicará el aplazamiento de la audiencia y permitirá probar los hechos por cualquier medio en derecho admitido.

§ 3 La decisión referida en el § 1 de este artículo no puede generar situación en que la liberación de la carga por la parte sea imposible o excesivamente difícil.<sup>386</sup>

Por intermedio de la proposición de la alteración legislativa, objeto de la investigación de la tesis, cómo quedaría el dispositivo. Importante, para calificar el entendimiento, que la modificación se sugiere para el párrafo primero del dispositivo.

---

<sup>386</sup> En original: Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão referida no § 1o deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Se añadirá, la expresión **E DEBERÁ HACERLO EN LOS CASOS ESPECÍFICOS DE ACOSO SEXUAL [...] CON EL FIN DE FACILITAR LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL RECLAMANTE, SIENDO ÉSTE VULNERABLE:**

Art. 818. La carga de la prueba incumbe:

I - al reclamante, en cuanto al hecho constitutivo de su derecho;

II - al demandado, en cuanto a la existencia de hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho del reclamante.

§ 1 En los casos previstos en ley o ante a peculiaridades de la causa relativas a la imposibilidad o excesiva dificultad de cumplir la carga de conformidad con este artículo o a la mayor facilidad de obtención de la prueba de hecho contrario, podrá el juicio atribuir la carga de la prueba de modo diverso, **E DEBERÁ HACERLO EN LOS CASOS ESPECÍFICOS DE ACOSO SEXUAL**, siempre que lo haga por decisión fundamentada, caso en que deberá dar a la parte la oportunidad de liberarse de la carga que se le ha asignado. **CON EL FIN DE FACILITAR LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL RECLAMANTE, SIENDO ÉSTE VULNERABLE.**

§ 2 La decisión referida en el § 1 de este artículo deberá proferirse antes del inicio de la instrucción y, a petición de la parte, implicará el aplazamiento de la audiencia y permitirá probar los hechos por cualquier medio en derecho admitido.

§ 3 La decisión referida en el § 1 de este artículo no puede generar situación en que la liberación de la carga por la parte sea imposible o excesivamente difícil.<sup>387</sup>

Para tomar la distribución dinámica de la carga de la prueba una regla general en los casos de acoso sexual teniendo como base la observación de los principios de la buena fe, de la cooperación y de la equidad como motivadores del principio de la igualdad formal con el fin de que la aplicación de Derecho realmente alcance la justicia social deseada en la forma de la igualdad material y promueva el PDPH, el párrafo 1 del artículo 818 de la CLT deberá someterse a la modificación sugerida.

---

<sup>387</sup> Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, **E DEVERÁ FAZÊ-LO NOS CASOS ESPECÍFICOS DE ASSÉDIO SEXUAL**, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído; **A FIM DE FACILITAR A DEFESA DOS DIREITOS DO RECLAMANTE, SENDO ELE VULNERÁVEL.**

§ 2º A decisão referida no § 1o deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Esa modificación es compatible con los principios de protección del Derecho del Trabajo, además de la dignidad de la persona humana del trabajador, sin desconsiderarse todos los principios trabajados en capítulos anteriores de la tesis.

### **5.6.2 Requisitos legales para la propuesta de modificación**

La Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT) fue elaborada en 1943 por intermedio del Decreto-Ley 5.452, por el presidente Getúlio Vargas, como documento que contiene las normas sobre las relaciones de trabajo en Brasil. Es importante resaltar que especie legislativa decreto-ley actualmente ya no existe en el ordenamiento jurídico brasileño, consistiendo en herencia de la Constitución de 1937, inspirada por el derecho italiano, por intermedio de la figura de los *decretti-leggi*.

De acuerdo con Tiago Fachini<sup>388</sup>, “Brasil es uno de los países con mayor cobertura de derechos laborales del mundo, siendo la CLT utilizada como modelo de legislación laboral por otros países”. Desde su creación, sin embargo, su texto original pasó por varias correcciones y modificaciones importantes que sirvieron para adaptarlo a los cambios sociales y en las relaciones de trabajo que se dieron a lo largo del tiempo.

A través del proyecto del presidente Michel Temer, presentado en 2016, que fue aprobado por la mayoría de los diputados federales y de los senadores, en la forma de la Ley 13.467 en 2017, la CLT fue reformada para adecuarse a las nuevas modalidades de trabajo y proporcionar protección a la parte vulnerable en las relaciones laborales. No obstante, algunas modificaciones se mostraron insuficientes para este fin. A pesar de la modernización haber sido parcial y polémica, los más importantes avances que esa reforma laboral trajo están relacionados con el derecho individual del trabajo sobre los aspectos como jornada laboral, remuneraciones, vacaciones y otros.

Es cierto que las leyes necesitan respetarse por el Poder Público y por la población con el fin de garantizar la primacía del Estado Democrático de Derecho en una sociedad democrática, pero nada impide que sean analizadas a la luz de las necesidades que las experiencias cotidianas presentan. En ese sentido, Murilo

---

<sup>388</sup> FACHINI, Tiago. **Nova lei trabalhista**: entenda as principais mudanças. Publicado em 2021, online.

Medeiros<sup>389</sup> explica que em Brasil, cualquier modificación legislativa necesita recorrer un largo camino en el Congreso Nacional, a través de los órganos del Poder Legislativo hasta ser sancionado por el presidente de la República.

El procedimiento legislativo se iniciará en la Cámara de Diputados, con excepción de los presentados por los senadores, que empiezan a tramitar en el Senado Federal. Cuando el proyecto llega al parlamento, un equipo da inicio a las formalidades técnicas de su recibimiento y presentación y, a continuación, se envía a las comisiones con competencia reglamentaria para examinar la propuesta, conforme a su temática. Todas las propuestas pasan por la Comisión de Constitución de Justicia (CCJ), responsable de examinar la constitucionalidad de las materias. Tras llegar a la CCJ, el presidente del colegiado elegirá un ponente para el proyecto, que emitirá un dictamen favorable o no al proyecto, es decir, una opinión fundamentada que originará el informe a ser votado por los demás miembros. Corresponde a la relatoría la sugerencia de cambios, aprobación o rechazo de la propuesta. Si el proyecto es aprobado en la Cámara de los Diputados y en el Senado Federal (sin modificaciones), es enviado al presidente de la República que tiene 15 días para sancionarlo o vetarlo. Si es aceptado por el poder Ejecutivo, el mismo tiene el plazo de 48 horas para publicarlo en el Diario Oficial de la Unión para que, de hecho, adquiera carácter de ley y pase a valer en todo el país. El Legislativo tiene el poder de derribar el veto presidencial, sin embargo, para que eso suceda, se requiere la mayoría absoluta de diputados y senadores.<sup>390</sup>

Además de este proceso de tramitación, generalmente largo y largo, una propuesta de modificación en una ley depende de la articulación política que atraviesa los intereses de la apreciación del texto. En ese contexto, Medeiros añade que, para retrasar la votación, "el parlamentario puede sugerir una audiencia pública para instruir

---

<sup>389</sup> MEDEIROS, Murilo. **Como funciona a tramitação de um projeto de lei?** Publicado em 2018.

<sup>390</sup> MEDEIROS, Murilo. **Como funciona a tramitação de um projeto de lei?** Publicado en 2018. En original: O processo legislativo tem início na Câmara dos Deputados, com exceção daqueles apresentados pelos senadores, que começam a tramitar no Senado Federal. Quando o projeto chega ao parlamento, uma equipe dá início às formalidades técnicas de seu recebimento e apresentação e, em seguida, ele é encaminhado às comissões com competência regimental para examinar a proposição, conforme a sua temática. Todas as propostas passam pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), responsável por analisar a constitucionalidade das matérias. Após chegar na CCJ, o presidente do colegiado escolhe um relator para o projeto, que dará um parecer favorável ou não ao projeto; ou seja, uma opinião fundamentada que originará o relatório a ser votado pelos demais membros. Cabe à relatoria a sugestão de mudanças, aprovação ou rejeição da proposta. Caso o projeto seja aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (sem alterações), ele é enviado ao presidente da República, que tem 15 dias para sancioná-lo ou vetá-lo. Se for aceito pelo poder Executivo, o mesmo tem o prazo de 48 horas para publicá-lo no Diário Oficial da União para que, de fato, ganhe caráter de lei e passe a valer em todo o país. O Legislativo tem o poder de derrubar o veto presidencial, no entanto, para que isso aconteça, é preciso a maioria absoluta de deputados e senadores

la materia o pedir un plazo mayor para analizar el contenido, invitando a expertos a un debate del tema”.<sup>391</sup>

### **5.6.3 Procedimiento legal para la posible sanción de la propuesta: una mirada al proceso legislativo brasileño de las leyes ordinarias**

El proceso legislativo brasileño puede clasificarse didácticamente en relación con su organización política y en relación con sus fases y ritos procedimentales.

En cuanto a la organización política, el procedimiento legislativo puede clasificarse en: I) autocrático: cuando las normas se elaboran sin la participación popular; II) directo: cuando el proceso legislativo es conducido directamente por el pueblo; III) indirecto: cuando el proceso legislativo es realizado por representantes elegidos por el pueblo, como en el caso brasileño; y IV) semidirecto: cuando la elaboración es hecha por los representantes elegidos por el pueblo, pero para la entrada en vigor de la norma elaborada es necesario que haya aprobación popular, mediante referéndum.

Con relación a sus fases y ritos procedimentales, el procedimiento legislativo se subdivide en las siguientes especies: i) ordinario (común), que comprende la elaboración de leyes ordinarias; ii) sumario, dedicado a la elaboración de leyes ordinarias en régimen de urgencia (ante la existencia de plazo para el examen, en el caso de autos cien días, comprendiendo todas las fases del proceso legislativo ordinario), y iii) especial (demás especies normativas). El proceso legislativo especial se distingue del proceso de leyes ordinarias por “dispensar alguna etapa o formalidad en él prevista o por contemplar procedimientos o requisitos diferentes, que pueden ser más o menos rigurosos”.<sup>392</sup> De este modo, se tiene como especies normativas elaboradas por intermedio de proceso legislativo especial, la enmienda constitucional, la ley complementaria, la ley delegada, medidas provisionales, decretos legislativos, resoluciones y leyes financieras, por previsión del artículo 59 del texto constitucional brasileño de 1988.

---

<sup>391</sup> MEDEIROS, Murilo. **Como funciona a tramitação de um projeto de lei?** Publicado en 2018. En original: “o parlamentar pode sugerir uma audiência pública para instruir a matéria ou pedir um prazo maior para analisar o conteúdo, convidando especialistas para debater o tema”.

<sup>392</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 443-444. En original: “dispensar alguma etapa ou formalidade nele prevista ou por contemplar procedimentos ou requisitos diferentes, que podem ser mais ou menos rigorosos”.

La presente tesis propone una nueva redacción para el párrafo 1 del artículo 818 de la CLT, con redacción dada por la Ley n.º 13.467, de 2017, que desconsideró el carácter proteccionista del Derecho Laboral al no imponer como regla general la distribución dinámica de la carga de la prueba, dispositivo que tiene una importancia social esencial en la medida en que garantiza la igualdad formal a la parte vulnerable de la relación laboral en litigio.

Por tratarse de elemento constitutivo del derecho de la víctima, la prueba del hecho ilícito que será causa del daño moral en los casos de acoso sexual debe tener su carga encargada por la parte reclamante de acuerdo con lo que está establecido en el inciso I del artículo 333 del CPC - Ley 13.105/2015 y en el artículo 818 de la CLT, modificada por la Ley 13.467/17.

Sin embargo, teniendo en cuenta la vulnerabilidad habiendo probado su vulnerabilidad e ineptitud, para que le imponga la carga probatoria, se aplicará la inversión de la carga de la prueba como instituto procesal aplicable en los procesos de la Justicia del Trabajo. Esta ineptitud se deriva de la caracterización de la condición de subordinación intensa de la víctima a su acosador, hasta el punto de dificultar o imposibilitar la obtención de las pruebas necesarias para la apreciación del juez del caso.

El acoso sexual es un delito cuyas pruebas son de difícil producción, teniendo en cuenta la naturaleza velada que condiciona a la víctima a situaciones incómodas e intimidantes que hieren su intimidad, libertad y dignidad humana, además del derecho a un ambiente seguro para el ejercicio pleno de su trabajo. En esas circunstancias es común que el hecho típico ocurra en secreto mutuo y el acosador amenace a la víctima e incluso cualquier posible testigo con el riesgo de la pérdida de su empleo.

Ante eso, los tribunales han prestado especial atención al interrogatorio de las víctimas y testigos con el fin de apreciar la valorización del trabajador y evitar la impunidad de los asediadores. En esa perspectiva, cada vez más se busca la elucidación de los casos a través de la aplicación de la teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba, en beneficio de las víctimas, lo que justifica la proposición de la presente tesis en hacer general el párrafo 1 del artículo 818 de la CLT.

De acuerdo con Julio César Machado Júnior <sup>393</sup> , una regla general no es absoluta, ya que induce a las excepciones, y en este caso concreto propuesto en esta tesis, los aspectos más polémicos se sitúan en los conceptos, en los requisitos específicos y en el momento adecuado para la ocurrencia de la inversión de la carga de la prueba, que por sí sola ya caracteriza una acción contraria a la distribución estática prevista anteriormente, para volver a la nueva ordenación, siempre que se base en la vulnerabilidad de la parte reclamante para producir las pruebas debidas a lo que alega en juicio.

Pruebas tienen compromiso con el establecimiento de la verdad como hecho alegado (constitutivo) en la relación jurídica; ya sea por la víctima demandante o por el acusado en forma modificativa, impeditiva o extintiva. Insta a señalar que: (1) hecho constitutivo tiene que ver con el derecho específico del autor, (2) hecho modificativo modifica las condiciones iniciales del derecho reclamado, (3) hecho disuasorio es un obstáculo al derecho demandado, (4) hecho extintivo, contrario a la constitución, elimina el derecho que generó al demandado la obligación demandada. En el trato con los hechos de la relación jurídica, la carga de la prueba sirve a la equidad para que los litigantes defiendan sus intereses.

La regla general propuesta, en ese caso, exige la inversión de la carga de la prueba del hecho constitutivo sin la apreciación judicial sobre la condición de vulnerabilidad del trabajador, a ejemplo de lo que ocurre en relación al consumidor en el CDC - Ley 8.078/1990, con el fin de garantizar que la desigualdad entre las fuerzas del acosado y del acosador jerárquicamente superior sea superada en el proceso de acoso sexual.

Ante a todo lo expuesto, es llegado el momento de caminar hacia los momentos finales de la tesis, entrelazando los puntos estudiados en las páginas anteriores, lo que se hará de forma continua, a la guisa de las consideraciones finales.

Como cedizo, el mercado de trabajo en Brasil y en el mundo presenta numerosos desafíos. Son dificultades diversas con las cuales las personas necesitan lidiar. Aún las más preparadas encuentran problemas: la indecisión sobre qué profesión o carrera seguir; invertir tiempo, dinero y grandes esfuerzos para conseguir un diploma o una especialización; enfrentar la concurrencia por pocos vacantes, sin

---

<sup>393</sup> MACHADO JÚNIOR, Júlio César. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

experiencia específica; superar las inseguridades e incertidumbres de ser capaz; hacer frente a las insatisfacciones y frustraciones que encuentra por el camino. En este último aspecto, pero no solo en él, el acoso sexual puede surgir como un fuerte obstáculo para las personas más vulnerables, generando una situación de decepción, malestar, desmotivación que avergüenza, intimida, perturba la paz y ofende la moral y la dignidad humana del trabajador.

La distribución dinámica de la carga de la prueba en el caso de acoso sexual prevé la posibilidad de la división de la carga de la prueba teniendo en cuenta el supuesto del artículo 373 del Código de Procedimiento Civil, en función de la decisión motivada del juez mediador en cada caso concreto, sin adoptar la técnica prevista en el inciso VIII del artículo 6, inciso VIII del CDC - Ley 8.078/1990 por el cual la inversión de la carga de la prueba corresponde a la defensa de la parte vulnerable en el proceso civil.

Considerando la cuestión problema de la presente tesis que es saber cómo es posible hacer de la distribución dinámica de la carga de la prueba regla general para los casos de acoso sexual, considerando el párrafo 1, del artículo 818 de la CLT, en respeto al principio de la dignidad de la persona humana, ha sido hecha la proposición para la alteración de este párrafo, que es aquí el objetivo general.

La modificación propuesta exige la obligatoriedad de la inversión de la carga de la prueba con la debida observancia de la condición de vulnerabilidad de la víctima de acoso sexual con el fin de facilitar la defensa de sus derechos fundamentales, en especial la preservación de su dignidad humana mediante la igualdad formal en el proceso, a partir de la aplicación de los principios de la buena fe en la veracidad de su alegación, de la equidad de fuerzas entre las partes litigantes, de la cooperación con la justicia, y de la garantía de la igualdad material como resultado final del conflicto jurídico en demanda.

La proposición fundamentada a la necesidad de que la decisión judicial garantice la isonomía al proceso laboral por la adopción del criterio dinámico como forma concreta para invertir la carga de la prueba en el caso específico del acoso sexual, debido a la constatación irrefutable de la vulnerabilidad de la víctima para generar pruebas de su alegación. La justificación para sostener tal proposición está exactamente en la necesidad del Poder Judicial flexilizarse a los cambios legales que se exigen ante a las nuevas perspectivas sociales que surgen con el tiempo, con

el fin de mejorar la tutela jurídica efectiva de quien más la necesite, incluyendo en el ámbito del derecho probatorio, incumbiendo a quien tenga mejores condiciones a la responsabilidad de probar (o contraprobar) las alegaciones hechas en juicio en los procesos de acoso sexual.

Esto se debe a que el acosador, por regla general, siempre está en una posición jerárquicamente superior para imponer constreñimiento sexual por chantaje o intimidación a su víctima, ésta se encuentra caracterizada en irrefutable situación de vulnerabilidad social, cognitiva, ambiental, emocional y/o laboral; es decir, en desventaja frente al acosador.

Así siendo, la víctima se encuentra, por lo tanto, digna de amparo legal para equilibrar su fuerza como parte vulnerable en la relación jurídica, una vez que la ventaja de la producción de la prueba, a menudo, está también en el control de la parte acusada por detener esta el control de las informaciones en el ambiente laboral.

La pertinencia de la propuesta de modificación del apartado 1 del artículo 818 de la CLT sobre la distribución dinámica de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual, está en la claridad y objetividad que aporta al profesional jurista para que pueda tomar su decisión de manera más asertiva.

La regla general específicamente exigida para los casos de acoso sexual considera la comprensión de todos los elementos conceptuales, definiciones, contexto históricos y éticos de este hecho típico, además de los aspectos normativos relacionados a la legislación vigente y, principalmente, a la necesidad de mejorarla; teniendo en cuenta la dificultad excesiva que la parte reclamante, en general, tiene para producir las pruebas de su alegación.

Eso, porque la modificación propuesta busca orientar el comportamiento del magistrado, de los abogados y de las partes litigantes en la búsqueda por la verdad, a través de reglas procesales más éticas y claras; una vez que la relación entre el hecho y la ley es determinante para la decisión judicial. Decisión esta que depende también de la validez del procedimiento, la interpretación de la regla, la veracidad del hecho alegado, que necesita de alguna manera ser comprobado.

En este sentido, la prueba debe traer al proceso: la validez de la existencia de una realidad y la descripción verdadera de dicha realidad, además de una relación posible con los conocimientos disponibles sobre los hechos semejantes para que la alegación sea considerada razonable con el fin de afirmar su verosimilitud y convencer

al juez. En el desarrollo procesal de casos de acoso sexual, la definición de la responsabilidad de la carga de la prueba dependerá exactamente de la observación como regla general prevista en la modificación del párrafo 1, artículo 818 de la CLT.

La distribución dinámica de la carga de la prueba posibilita hacer más efectivo el sistema de la persuasión racional sobre la veracidad de los hechos mediante la presentación de las pruebas por la parte mejor capacitada para la tarea. Si las pruebas presentadas son suficientemente convincentes sobre la verdad sobre la alegación o sobre su injusta denuncia, la apreciación del juez se define más rápidamente. En caso contrario, el solicitante podrá también determinar la obtención de nuevas pruebas. Después de la presentación de las pruebas, el magistrado analiza su contexto, verifica su valor y las reglas que se aplican a ellas para decidirse, respaldado por la fuerza de convencimiento de las mismas sobre los hechos.

Por lo tanto, con la modificación propuesta, el magistrado laborista estará provisto, no solo de habilidades interpretativas y capacidades prácticas de la apreciación de las pruebas, sino, de una legislación más apta a enumerar los mejores instrumentos procesales (aunque no sean incuestionables), para que tanto su convencimiento como la argumentación racional de su decisión no estén impregnados por ningún aspecto circunstancial subjetivo.

Después de todo, la dinamicidad en la distribución de la carga de la prueba en los casos específicos de acoso sexual, pasando a ser obligatoria para garantizar el amplio derecho de defensa, sigue fundamentada en la vulnerabilidad como aspecto objetivo ya descrito por ordenamiento jurídico anterior y vigente.

La tesis ha analizado los principios de la buena fe, de la cooperación, de la equidad, de la igualdad y, principalmente, el principio de la dignidad de la persona humana, que direcciona el estudio que trata de una necesidad real para el momento actual, dentro de la perspectiva del derecho pospositivista, que vincula el ordenamiento jurídico a los valores éticos, para que se permitan las modificaciones necesaria a las leyes vigentes, como es el caso de la proposición al párrafo 1 del artículo 818 de la CLT.

Siendo así, para hacer la distribución dinámica de la carga de la prueba una regla general en los casos de acoso sexual, los principios de la buena fe, de la cooperación y de la equidad son tomados como motivadores del principio de la igualdad formal para que el Derecho Procesal promueva igualdad material.

Principios jurídicos son patrones que direccionan, explícita o implícitamente, la conducta descrita en el ordenamiento jurídico a través de las normas que influyen, indicando las perspectivas éticas y sociales que las reglas deben contener de forma objetiva sobre los hechos específicos. Por eso, un mismo principio - en función informativa, normativa y/o interpretativa, sea concreta o abstractamente - puede ser positivado en diferentes reglas; así como diferentes principios pueden ser positivados en una misma regla.

Objetivamente, el principio de buena fe implica en la forma justa y leal, libre de fraude o malicia, que las acciones deben tener para preservar el Derecho en una sociedad ética. El principio de la cooperación integra los intereses individuales en un proceso de colaboración con el fin de permitir el desarrollo intelectual/racional de una solución de interés colectivo. La equidad es el principio que busca equilibrar las fuerzas entre los litigantes en un proceso con el fin de combatir la desigualdad para que se logre la igualdad material (justicia social).

El principio de la igualdad formal (isonomía) en el contexto jurídico corresponde a la promoción de la garantía constitucional de que se trate de manera indistintamente a las partes en litigio. El principio de la dignidad de la persona humana, por fin, tiene la perspectiva normativa de garantizar que las necesidades vitales de los ciudadanos sean respetadas en su totalidad.

En el contexto del enfoque teórico de la propuesta de hacer regla general la distribución dinámica de la carga de la prueba en los casos concretos de acoso sexual, se tiene que la observancia de la buena fe es importante en las alegaciones de las víctimas, pero también en la obtención de pruebas por cualquiera de las partes en litigio procesal; bien como de la cooperación entre las partes y de éstas con la justicia para que las pruebas sean presentadas lo más rápida y apropiadamente posible para que la verdad de los hechos sea establecida y el juez pueda decidirse de manera acurada.

En esa perspectiva, la directriz correctiva deriva del principio de la equidad para que la igualdad de fuerzas entre las partes sea alcanzada a través de amparo legal explícito, ante la condición de vulnerabilidad de la víctima en la relación laboral. En otras palabras, el principio de la igualdad evocado es formal en la medida en que se caracteriza como dispositivo legal con el objetivo de garantizar la isonomía de las condiciones procesales entre las partes de manera expresiva, para que la distribución

dinámica de la carga de la prueba en beneficio de la acusación no sea otra opción de la interpretación del juez en los casos de acoso sexual, sino un deber de aplicación fundamentada en la vulnerabilidad derivada de la condición laboral de la víctima.

El acoso sexual es un acto ilícito, una violación al principio de la libertad sexual, al derecho individual de que la persona disponga de su cuerpo de forma libre, una conducta también discriminatoria en la medida en que la víctima no es elegida de manera aleatoria; sin embargo, es un delito limitado por las relaciones de trabajo y definido por el artículo 216-A del Código Penal brasileño.

La naturaleza sexual del acoso afecta la dignidad del individuo en la actividad laboral en la medida en que ofende y amenaza su intimidad y libertad. La mayoría de las víctimas son mujeres. La mayoría de los acosadores es formada por hombres heterosexuales en la condición de superioridad indirecta, y por eso, el miedo se ha mostrado la principal barrera para las denuncias, que empezaron a ser apuradas solamente a partir del 2014, pero en Brasil ya se redujeron significativamente en 2020, como resultado de la acción de los órganos como CECPA, SDNDHA y SISCOR.

La vulnerabilidad es un factor determinante para que la legislación emplee la equidad para establecer la igualdad formal en las relaciones judiciales en favor de la justicia. Este estudio ha identificado que, por la condición financiera, cultural y laboral jerárquicamente inferior, las víctimas de acoso sexual se encuentran en vulnerabilidad social; por las consecuencias psicológicas estresantes observadas en las víctimas, se nota su vulnerabilidad cognitiva; por las alteraciones por los cambios en el comportamiento normal y la pérdida de productividad del trabajador acosado y de sus colegas, se destaca la vulnerabilidad ambiental a la cual están expuestos; por las dificultades para hacer frente a la situación de acoso en sí, ya sea para resistir y/o reaccionar, se nota la vulnerabilidad emocional de la víctima; por el exceso de riesgos a los estímulos físicos y psicológicos a los que el trabajador está expuesto, es posible identificar la vulnerabilidad laboral al acoso sexual.

Todas estas formas de vulnerabilidad son fácticas y caracterizan el desamparo del trabajador para producir las pruebas necesarias de un hecho que se hace necesario denunciar en proceso, que sirva para justificar la atracción de un dispositivo de protección en el ámbito jurídico. Es decir, la vulnerabilidad y la base del desamparo que puede justificar la dinamicidad de la distribución de la carga de la prueba en un proceso de acoso sexual. Esto es exactamente lo que se expresa en la enmienda

propuesta al apartado 1 del artículo 818 de la CLT, para que la distribución dinámica de la carga de la prueba sea regla general en los casos de acoso sexual.,

Probar es acto objetivo que viva demostrar que un hecho es real, pero también es acto subjetivo que busca convencer a alguien sobre esa realidad. En términos procesales es tanto objetivo como subjetivo y depende de la credibilidad y ética que las partes demuestren en juicio para que el proceso sea legítimo. Es decir, probar es la forma procesal por la cual el hecho denunciado es comprobado y puede promover la convicción del juez de su veracidad. Eso porque, las pruebas tienen aspecto instructivo como actividad procesal que presenta los hechos, aspecto instrumental como medio de informar la verdad de los hechos al juez, y aspecto final como forma efectiva de convencimiento del magistrado que decide el caso. La presente tesis ha identificado que las pruebas representan las circunstancias que permiten el conocimiento del delito alegado, por ser el principal medio de comunicación con el juez por el cual se crea la argumentación racional que lo puede convencer de la veracidad de la denuncia criminal, en forma de testimonios, documentos, informes periciales y otros elementos que puedan fundamentar su decisión en el juicio.

Actualmente, la víctima de acoso puede requerir al magistrado que el acusado ofrezca las pruebas que ella presentar al caso, y esto caracterizaría una dificultad que demostraría su vulnerabilidad y fundamentaría la decisión del juez en dinamizar la carga de la prueba como expreso en el párrafo 1 del artículo 818 de la CLT. Pero esa es una posibilidad que depende de la interpretación subjetiva del magistrado en su juicio.

Por eso, la proposición de modificación al párrafo citado se hace tan relevante en la medida en que hace de la inversión de la carga de la prueba una regla general para los casos específicos de acoso sexual en virtud de la condición de vulnerabilidad de la víctima. Pero vale resaltar una vez más que, aunque sea una regla general, no es una regla absoluta, ya que permite excepciones, que deben ser juzgadas y fundamentadas por el magistrado si encuentra necesidad de evitarla; dado que las pruebas deben establecer la verdad sobre el hecho constitutivo alegado para que el derecho exigido en la demanda jurídica no se sobreponga a otros derechos.

En ese aspecto, cabe resaltar finalmente que, la distribución dinámica de la carga de la prueba es un instrumento legal que tanto puede ser un riesgo contra la igualdad material, si no es aplicada ante la vulnerabilidad de la parte que

tradicionalmente debería producir prueba de su alegación, como ser exactamente el factor que trae equidad necesaria a la relación en proceso al tratar desigual, pero objetivamente, las partes con el fin de garantizar los derechos fundamentales a los vulnerables en la aplicación de la justicia.

Por lo tanto, la propuesta de la tesis busca fortalecer la aplicación de la distribución dinámica de la carga de la prueba como instrumento de la equidad en los casos de acoso sexual, para garantizar la igualdad formal, que, mediante la observancia de la buena fe y de la cooperación, garantizando la dignidad de la persona humana como principio motivador y aspecto resultante de la igualdad material conquistada en el desarrollo del proceso.

## CONCLUSIÓN

Como visto a lo largo del desarrollo de la tesis, el sistema jurídico está impregnado de principios que pueden expresarse en el ordenamiento jurídico, como también el él implícitos. En el contexto de la investigación sobre la distribución dinámica de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual, basándose en la vulnerabilidad de la víctima, los principios que deben ser utilizados en la construcción de la propuesta de modificación del ordenamiento jurídico, como regla general en el párrafo 1 del artículo 818 de la CLT son: principio de la dignidad de la persona humana, principio de la buena fe, principio de la cooperación, principio de la equidad, principio de igualdad.

La normatividad de los principios jurídicos evolucionó en tres fases históricas: el jusnaturalismo, el juspositivismo y el pospositivismo. El jusnaturalismo se desarrolló a partir del siglo XVI, momento en el cual el Derecho empieza a alejarse de los dogmas medievales y del ambiente teológico. En esta fase, los principios jurídicos se situaban en la esfera metafísica y abstracta, con función meramente informativa, inspirando la justicia ideal en la valoración ética de lo que es correcto o incorrecto. En la fase juspositivista los principios jurídicos se situaron en la esfera subsidiaria, con función complementar al sistema normativo.

A su vez, es pospositivismo es la fase en la cual, el Derecho otorga mayor importancia a los principios como preceptos que deben conducir las normas para que tengan mayor sentido y alcance en su propósito de garantizar derechos sociales. En esta fase, los principios dejaron de tener mera finalidad de integración y se caracterizan con el estatus de normas legales vinculantes.

En ese panorama, la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 erigió el principio de la dignidad de la persona humana como fundamento de la República, conforme previsto en el inciso III de su artículo 1. En síntesis, la dignidad de la persona humana es el más importante derecho humano, que a su vez posee carácter fundamental en el Estado brasileño como consecuencia de su positivación en el texto constitucional.

En ese contexto teórico, la tesis ha abordado la problemática de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual en la siembra laboral. Previsto en el título VI del Código Penal brasileño (1940), el acoso sexual se define como un delito contra la dignidad sexual (artículo 216-A).

Estudiando el tipo penal se desprende la existencia del acoso sexual cuando el sujeto activo, en superioridad jerárquica o ascendencia inherente al ejercicio de empleo, cargo o función, obliga al subordinado con el fin de obtener ventaja o favorecimiento sexual, prevaleciendo el agente de esa condición suya.

Según la norma de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el acoso sexual se caracteriza por actos, insinuaciones, contactos físicos forzados, invitaciones impertinentes, desde que presenten una de las características a continuación: a) Ser una condición clara para mantener el empleo; b) influir en las promociones de la carrera del acosado; c) perjudicar los ingresos profesionales, humillar, insultar o intimidar a la víctima.

Resultante del marco teórico de la Constitución brasileña de 1988, motivando la inserción de un Estado Democrático de Derecho, o sea, un modelo pluralista que tiene como principios, entre otros, la edificación de una democracia radical inclusiva, por intermedio de la participación efectiva de todos aquellos inseridos en el orden estatal, es necesaria una revisión de la teoría de la carga de la prueba en la tradicional teoría del proceso.

Como se ve, además, la propuesta constitucional de la construcción del Estado Democrático de Derecho no hará, por sí sola, con que ese modelo sea instituido, es decir, no es la norma que justifica la realidad. De lo contrario, es la realidad que debe justificar a la norma, lo que quiere decir que sólo con normas jurídicas efectivamente democráticas, elaboradas, aplicadas y respetadas por intermedio del consenso y participación populares, será posible su concretización.

La dinamización de la carga probatoria es compatible con la fase de constitucionalización del Derecho procesal, que está inserida en el llamado neoconstitucionalismo, que es definida como una ideología que tiene por objeto la limitación del poder y la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales.

La génesis del neoconstitucionalismo está situada en la estructura teórica después de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), momento en que prevalecía en el viejo continente una cultura jurídica esencialmente centrada en la ley que trataba de la ley editada por el Parlamento como fuente principal – casi la fuente exclusiva - del derecho, y no atribuía fuerza normativa a las constituciones.

El nuevo paradigma se observa bajo dos vertientes. Como se ve, la primera vertiente está alineada con el jusnaturalismo, que tiene en Ronald Dworkin, Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky, sus exponentes más conocidos. En otra vertiente, una corriente con característica juspositivista, alineada al positivismo crítico, tiene en Luigi Ferrajoli y Wilfrid Waluchow sus defensores.

El nuevo constitucionalismo está estructurado en tres conjuntos básicos de cambios de paradigmas, siendo el primero de ellos el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, defendiendo la aplicación directa de sus normas ante el caso concreto. El segundo cambio de paradigma es la expansión de la jurisdicción constitucional, ampliando los legitimados en el rol del control abstracto de constitucionalidad, como también la previsión de otras acciones abstractas. El tercer cambio es la verificación de la hermenéutica, fruto del cambio lingüístico, con importantes modificaciones, como la consagración de los principios como normas jurídicas de primera grandeza y la ponderación, en el caso concreto, como técnica de decisión.

Así, la teoría general del proceso en el marco del Estado Democrático de Derecho tiene en el derecho fundamental al contradictorio uno de los más importantes medios de realización democrática. Y el contradictorio se concreta, también, por medio de las pruebas en el proceso.

La presente investigación considera la teoría dinámica de la carga de la prueba como la que puede conducir a la aplicación efectiva del principio del contradictorio, en consonancia con los pilares del Estado Democrático. Ante eso, antes de abordar, con detalles, el concepto de distribución dinámica de la carga de la prueba, así como del principio del contradictorio, se hace necesario estudiar el concepto de los derechos fundamentales, como categoría principal de la tesis, teniendo en cuenta que este principio un derecho fundamental en el marco del Estado Democrático de Derecho.

En ese sentido, se afirma que la tesis propone una discusión de un instituto procesal a la luz de la moderna teoría de los derechos fundamentales, que, a principio, serán considerados como derechos humanos positivados en un determinado ordenamiento jurídico, tanto a nivel constitucional como infra constitucional.

Con relación al momento oportuno para la dinamización, es necesario afirmar ser el de la decisión de saneamiento y organización del proceso, según determina, incluso, el inciso III del artículo 357 del Código del Proceso Civil de 2015. Se dice

incluso pues, ése también es el entendimiento de la doctrina mayoritaria. Sin embargo, el magistrado podrá hacerlo en otro momento, siempre que permita a la parte adversa que tenga la carga que de ella pueda desprenderse. Además, es importante resaltar la posibilidad de la dinamización en momento posterior, incluso en fase de recurso. Lo importante es que el magistrado mantenga la garantía constitucional del contradictorio, permitiendo a la otra parte el ejercicio de su derecho de prueba.

La dinamización de la carga probatoria debe ocurrir exclusivamente sobre hecho específico, a respecto del cual se verifica asimetría del poder probatorio. Así, el magistrado, cuando de la definición de la dinamización, debe especificar el hecho probando sobre el cual recaerá la modificación dinámica, lo que, de no ocurrir, caracterizará vicio de fundamentación.

En ese sentido, es importante destacar la diferencia entre la regla defendida, teóricamente, por Jorge W. Peyrano, de la preconizada por Jeremy Bentham, cual sea, mientras que el procesalista argentino entiende la dinamización como complementar a la distribución estática, Benthan defendía la regla de la distribución como un principio general.

En cuanto a la cuestión probatoria en el Derecho laboral, se tiene la preocupación de equilibrarse las fuerzas inherentes a las condiciones desiguales existentes entre las partes litigantes. Eso porque es notoria la dificultad que el trabajador posee para producir pruebas de cualquier alegación contra su empleador, y esa dificultad perjudica la efectividad de su derecho a la igualdad de trato jurídico.

La normalización original de la legislación procesal laboral preveía la distribución estática de la carga de la prueba, cuya fórmula era simple y objetiva. Posteriormente, como consecuencia de la modificación legislativa de procedimiento realizada en el Código de Enjuiciamiento Civil, hubo modificación legislativa también en la CLT.

No obstante, la regla para el acoso sexual no es general, a pesar de las innegables dificultades de la víctima para producir pruebas de sus alegaciones lo que hace que permanezca en una posición de protección deficiente.

La modificación propuesta exige la obligatoriedad de la distribución dinámica de la carga de la prueba con la debida observancia de la condición de la vulnerabilidad de la víctima de acoso sexual con el fin de facilitar la defensa de sus derechos fundamentales, en especial la preservación de su dignidad humana mediante la

igualdad material en el proceso, a partir de la aplicación de los principios de buena fe en la veracidad de su alegación, de la equidad de fuerzas entre las partes litigantes, de la cooperación con la justicia, y de la garantía de la igualdad material como resultado del conflicto jurídico en demanda.

En ese sentido, la proposición teórica fundamenta la necesidad de que la decisión judicial garantice la isonomía al proceso laboral a través de la adopción del criterio dinámico como forma concreta. La justificación para la proposición es la necesidad de que la justicia se flexibilice a los cambios legales que se hacen exigir ante las nuevas perspectivas sociales que surgen con el tiempo, con el intuito de perfeccionar la efectiva tutela jurídica a quien más la necesite, incluyendo en el ámbito de aplicación del derecho probatorio, encargando a quien tenga mejores condiciones la responsabilidad de probar (o contraprobar) las alegaciones hechas en juicio en los procesos de acoso sexual.

Así, el intuito de esa dinamicidad es facilitar la defensa de los derechos individuales de la víctima (libertad, intimidad, seguridad en el trabajo, y otros) en juicio, por lo que corresponde al magistrado examinar los límites de la razonabilidad de las alegaciones en el caso concreto.

Además, la modificación propuesta objetiva orientar el comportamiento del juez, de los abogados y de las partes litigantes en la búsqueda por la verdad, por medio de reglas procesales más éticas y claras; una vez que la relación entre el hecho y la ley es determinante para la decisión judicial. También tiene como objetivo hacer que el sistema de la persuasión racional sobre la veracidad de los hechos más efectivo mediante la presentación de las pruebas por la parte mejor capacitada para la tarea. Si las pruebas presentadas son suficientemente convincentes, de la verdad sobre la alegación o sobre su injusta denuncia, la apreciación del juez se define más rápidamente. De lo contrario, también podría determinar la obtención de nuevas pruebas. Después de la presentación de las pruebas, el juez analiza su contexto, verifica su valor y las reglas que se aplican a ellas para decidirse, respaldado por la fuerza de convencimiento de las mismas sobre los hechos.

En ese sentido, por medio de la modificación propuesta, el magistrado laborista estará provisto, no solamente de habilidades interpretativas y capacidades prácticas de apreciación de pruebas, sino, de una legislación más apta para enumerar los mejores instrumentos procesales (aunque no sean incuestionables), para que tanto

su convencimiento como la argumentación racional de su decisión no sean permeados por cualesquier aspectos circunstanciales subjetivos.

Ante todo lo expuesto, por medio de una amplia investigación, volviendo a la hipótesis de la investigación, cual sea, la de que la distribución dinámica de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual resultante de relaciones de trabajo es el medio jurídicamente adecuado de carga de la prueba, en el marco del Estado Democrático de Derecho, se tiene su confirmación, siendo constitucionalmente adecuada una modificación legislativa al párrafo primero del artículo 818 de la Consolidación de las Leyes Laborales, previendo este tipo de carga probatoria frente al tradicional sistema estático que perdura en la legislación laboral brasileña.

En que pese esfuerzos doctrinarios y tímida jurisprudencia, hasta el momento no es posible afirmar un guiño en el sentido de esa modificación, que, como destacado y subrayado en varios momentos de la tesis, es compatible con el modelo procesal constitucionalizado de procedimiento, objetivado en el marco del Estado Democrático de Derecho inaugurado por la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGUIAR, Rui Rosado de. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, vol. 89, no. 775, p. 18-31, maio de 2000.

AIRASCA, Ivana Maria. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *In*: LEPORI WHITE, Inés; PEYRANO, Jorge W. (Coord). **Cargas probatorias dinámicas**. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALSE – Assembléia Legislativa do Estado do Sergipe. **Grupo Vulnerável**: saiba mais sobre o assunto. Artigo Publicado em 2016. Disponível em: <<https://al.se.leg.br/grupo-vulneravel-saiba-mais-sobre-o-assunto/#:~:text=Quem%20faz%20parte%20do%20Grupo,bisexuais%2C%20traves%20e%20transexuais>>. Acesso em: 3 abr. 2021.

ALVES, Amauri Cesar. **Direito, Trabalho e Vulnerabilidade**. Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), 2019. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/63907/39324>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

AMARO, Daniel. **Assédio sexual**: a maioria das vítimas teme denunciar agressores. Publicado em 2019. Disponível em: <<http://edicaodobrasil.com.br/2019/10/04/assedio-sexual-por-que-a-maioria-das-vitimas-temem-denunciar-agressores/>>. Acesso em: janeiro de 2021.

ANDORNO, Luis O. (Org). **Las responsabilidades profesionales**. La Plata: LEP, 1992.

AQUINO, Afonso Rodrigues de et al. **Vulnerabilidade ambiental**. São Paulo: Blucher, 2017. Disponível em: <<https://openaccess.blucher.com.br/article-details/vulnerabilidade-ambiental-20402>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

AQUINO, São Tomás de. **Suma teológica**. 2 ed. Porto Alegre: Sulina – Revista da Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1980.

ARGENTINA - **Código Penal Lei 11.179 de 1984**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2021a.

ARGENTINA - Administração Pública Nacional (APN) - **Decreto 214 de 2006**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/114315/texact.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2021b.

ARGENTINA – Senado e Câmara dos Deputados - **Lei 26.485 de 2009**. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/ley\\_de\\_proteccion\\_integral\\_de\\_mujeres\\_argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/ley_de_proteccion_integral_de_mujeres_argentina.pdf)>. Acesso em: março de 2021 (c).

ARGENTINA - Poder Executivo Nacional (PEN), **Decreto 1.011 de 2010**. Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1011-2010-169478/texto>>. Acesso em: 12 mar. 2021d.

ARISTÓTELES. **Ética nicomáquea – ética eudemia**. Madrid: Gredos, 1988. (Biblioteca Clásica Gredos).

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

BARACHO, Alice Acioli Teixeira. **A dignidade da pessoa humana pode ser considerada um direito absoluto?** Artigo publicado em 2009. Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1991849/a-dignidade-da-pessoa-humana-pode-ser-considerado-um-direito-absoluto>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BARBERIS, Mauro. **Ética para juristas**. Madri: Trotta, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 8 jan. 2022.

BARROS, Alice Monteiro de. O assédio sexual no direito do Trabalho Comparado. Curitiba: **Genesis - Revista de Direito do Trabalho**, vol. 70, outubro de 1998.

BASTOS, Athena. **Ônus da prova no Novo CPC**: conceito, definição e mudanças. Direito Civil. Artigo publicado em 2019. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/onus-da-prova/>>. Acesso em: dezembro de 2020.

BASTOS, Athena. **Isonomia e igualdade**: o papel do Direito em uma sociedade mais justa. Artigo publicado em 2019. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/isonomia-e-igualdade-no-direito/#:~:text=A%20igualdade%20ou%20isonomia%20material,5%C2%BA%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal.>>. Acesso em: fevereiro de 2021.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.87.

BEZERRA, Alberto. **O que é Assédio Moral**: doutrina sobre o que é assédio moral no ambiente de trabalho e no serviço público. Artigo publicado no Dicionário Jurídico Online em 2018. Disponível em: <<https://www.albertobezerra.com.br/o-que-e-assedio-moral/>>. Acesso em: dezembro de 2020.

BILBAO, Jesús Pérez; CUIXART, Clotilde Nogareda; DAZA, Félix Martín; FIGUEROA, Tomás Sancho. Mobbing, violencia física y acoso sexual - riesgos derivados de las relaciones interpersonales en el trabajo. Tradução: **Assédio moral, violência física e assédio sexual** - riscos derivados das relações interpessoais no trabalho. 2ª ed. Madri/Barcelona: Centro Nacional para Condições de Trabalho, 2006. Disponível em: <<https://www.insst.es/documents/94886/710902/Mobbing,+violencia+f%C3%ADsica+y+acoso+sexual.pdf/ed961f16-570f-46d5-8cd3-750fb2768883>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOULANGER, Jaime. **Principes généraux Du droit positif**. Paris: LGDJ, 1950.

BRANDÃO, João Lucas Silva. **Assédio sexual à mulher no ambiente de trabalho**. Monografia publicada em 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53867/assdio-sexual-mulher-no-ambiente-de-trabalho>>. Acesso em: 11 maio 2021.

BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** (CRFB/1988). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 28 dez. 2020a.

BRASIL. **Código penal brasileiro** (CPB), Decreto-Lei 2.848 de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: dezembro de 2020b.

BRASIL. **Código de processo civil** (CPC), Decreto-lei 1680, de 1939. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm). Acesso em: 04 fev. 2022a.

BRASIL. **Código de processo civil** (CPC), Lei 5.869, de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm). Acesso em: 04 fev. 2022b.

BRASIL - **Código de processo civil** (CPC), Lei 13.105 de 2015. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/174788361/lei-13105-15>>. Acesso em: 21 dez. 2020c.

BRASIL - **Código de defesa do consumidor** (CDC), Lei 8.078 de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: dezembro de 2020d.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho** (CLT), Lei 13.467 de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: dezembro de 2020 (f).

BRASIL. **Código de Processo Penal** (CPP), Decreto-Lei 3.689 de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: dezembro de 2020 (g).

BRASIL – **Código civil** (CC), Lei 10.406 de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm#art2045](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045)>. Acesso em: janeiro de 2021 (a).

BRASIL – **Código Penal para o crime de assédio sexual** – Lei 10.224 de 2001. Disponível em: <[BRASIL – \*\*Consolidação das Leis do Trabalho\*\* \(CLT\), Lei 5.452 de 1943. Disponível em: <\[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm\)>. Acesso em: fevereiro de 2021c.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10224.htm#:~:text=LEI%20No%2010.224%2C%20DE%2015%20DE%20MAIO%20DE%202001.&text=Altera%20o%20Decreto%2DLei%20n,sexual%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs&text=VETADO)%22-,Art.,e%20113o%20da%20Rep%C3%BAblica.>. Acesso em: fevereiro de 2021 (b).</p>
</div>
<div data-bbox=)

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT). Tribunal Superior do Trabalho (TST); Gabinete da Presidência (GP). **Ato Conjunto 24/CSJT.TST.GP de 2014**. Boletim Interno do TST, Brasília – Distrito Federal, n. 46, p. 2-8, nov. 2014. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/52380>>. Acesso em: 04 fev. 2021 (d).

BRASIL - Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher: **Relatório 2018**. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) - Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH). Disponível em: <[https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/ouvidoria/BalanoLigue180\\_2018.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/ouvidoria/BalanoLigue180_2018.pdf)>. Acesso em: 07 mar. 2021e.

BRASIL. Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher: **Relatório 2019**. MMFDH - ONDH. Disponível em: <[https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/ouvidoria/BalanoLigue180\\_2019.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/ouvidoria/BalanoLigue180_2019.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2021f.

BRASIL – Controladoria Geral da União (CGU) – **Assédio Moral e Sexual**. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/campanhas/integridade-publica/assedio-moral-e-sexual>>. Acesso em: 12 mar. 2021h.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Serviço: **Assédio sexual não é cantada e tem punição**. Artigo publicado em 2016. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-assedio-sexual-nao-e-cantada-e-tem-punicao/>>. Acesso em: 12 mar. 2021h.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho (MPT); Procuradoria Geral do Trabalho (PGT). **Assédio Sexual no Trabalho**: perguntas e respostas. Publicado em 2017. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_civel/acoes\\_afirmativas/inc\\_social\\_mulheres/mulh\\_cartilhas/Cartilha%20Assedio%20Sexual%20-%20MPT.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/inc_social_mulheres/mulh_cartilhas/Cartilha%20Assedio%20Sexual%20-%20MPT.pdf)>. Acesso em: dezembro de 2020c.

BRAZ, Nathalia. **Mulheres são maioria entre vítimas de assédio no trabalho - Irritabilidade, diminuição na produtividade e depressão podem ser consequências dessa forma de violência.** Artigo publicado pela Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) em 2019. Disponível em: <<https://www.medicina.ufmg.br/mulheres-sao-maioria-entre-vitimas-de-assedio-no-trabalho/>>. Acesso em: março de 2021.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil.** Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945.

CALDEIRAS, Michelle Gomes Heringer. **Assédio na Administração Pública: combate e prevenção.** Artigo publicado pela Escola do Governo do Distrito Federal em 2020. Disponível em: <<http://egov.df.gov.br/wp-content/uploads/2020/11/Apresentacao.pdf>>. Acesso em: março de 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Repro**, n. 153, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo.** São Paulo: Edijur, 2012.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **Indenização por equidade no novo código civil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CASTAÑER, Xavier; OLIVEIRA, Nuno. **Collaboration, coordination, and cooperation among organizations:** establishing the distinctive meanings of these terms through a systematic literature review. Artigo publicado em 2020. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0149206320901565>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

CHAGAS, Giovana; FREITAS, Talita Maria Machado de. **O assédio sexual: conceito e as consequências para a saúde mental.** Artigo publicado em 2018. Disponível em: <<https://www.viverbemtocantins.com.br/o-assedio-sexual-conceito-e-as-consequencias-para-saude-mental/>>. Acesso em: março de 2021.

CIARLINI, Álvaro. **Acórdão 993755**, unânime, 5ª Turma Cível, julgamento em 8/2/2017. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/onus-da-prova/facilitacao-na-obtencao-de-prova-2013-teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da->>



DIONÍZIO, Chris. **Equidade racial**. Artigo publicado em 2018. Disponível em: <<https://chriseleo2004.jusbrasil.com.br/noticias/595931014/equidade-racial>>. Acesso em: fevereiro de 2021.

DONIZETTI, Elpidio. **Princípio da cooperação (ou da colaboração)** – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC. Artigo publicado em 2012. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>>. Acesso em: 03 fev. 2021.

DORNELES, Leandro do Amaral. **Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2013.

DRAPEAU, Maurice. **Le harcèlement sexuel au travail**. Quebec: Yvon Blais Incorporation, 1991.

DWORKIN, Ronald. **Taking right seriously**. Londres: Duckworth, 1987.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. Buenos Aires: Victor P. de Zavalla, 1981, t.1.

FELGUERAS, Cecilia; ALEMANY, Juan Manuel. **Lei argentina 1.225 de 2004**. Disponível em: <<http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley1225.html>>. Acesso em: março de 2021.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Assédio e inversão do ônus da prova: breves considerações**. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108693/2017\\_feliciano\\_guilherme\\_assedio\\_inversao.pdf?sequence=1&isAllowed=n](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108693/2017_feliciano_guilherme_assedio_inversao.pdf?sequence=1&isAllowed=n). Acesso em: 12 maio 2021.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Bruna Adeska Coelho. **Indenização por dano moral na justiça do trabalho: indenização por dano moral causado por assédio sexual no trabalho**. Artigo publicado em 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55888/indenizacao-por-dano-moral-na-justia-do-trabalho-indenizacao-por-dano-moral-causado-por-assdio-sexual-no-trabalho>. Acesso em: 11 jan. 2021.

FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. São Paulo: Saraiva, 1983.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direitos reconhecidos aos vulneráveis: como, quando e onde**. Artigo publicado em 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-25/segunda-leitura-direitos-reconhecidos-aos-vulneraveis-quando-onde>>. Acesso em: março de 2021.

FREITAS SENIOR, Augusto Teixeira de. **Dicionário jurídico**. Rio de Janeiro: Garnier, 1882. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000151.pdf>>. Acesso em: abril de 2021.

FRISON, Rafael Santana. **O princípio da igualdade em suas acepções na Constituição Federal de 1988**. Artigo publicado em 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31364/o-principio-da-igualdade-em-suas-acepcoes-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: fevereiro de 2021.

GALLIANO, Guilherme. **O método científico: teoria e prática**. São Paulo: Mosaico, 1979.

GARCÍA, Manuel. **El acoso sexual**. Guayaquil: UESS, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, 2010

GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. **Limites do poder normativo da justiça do Trabalho**. Artigo publicado em 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4864/limites-do-poder-normativo-da-justica-do-trabalho>>. Acesso em: fevereiro de 2021.

GIGLIO, Wagner. **Direito processual do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos e pesquisas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GINÉS GARCÍA, Ricardo. **Fundamentos del derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Lectio, 2008.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei do assédio sexual (10.224/01)**: Primeiras notas interpretativas. Artigo publicado pelo Centro de Estudos Criminais da Universidade de São Paulo (USP) em 2001. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/SRC%2002\\_11.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2002_11.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2021.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONZALEZ DE RIVERA, Jose Luis. **El maltrato psicologico**. 3. ed. Madri: Espasa, 2005.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. **Teoria Tridimensional do Direito: Teoria Geral e Filosofia do Direito**. 1ª ed., 2017. Disponível em:

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/tridimensional-do-direito,-teoria>>. Acesso em: 19 jan. 2021.

GRECO, Leonardo. **O conceito de prova**. In: MARINONI, Luiz Guilherme. Estudos de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Rogério. **Direito humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUEDES, Márcia de Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

HELTON, Thiago. **A importância do princípio da boa-fé na prática da advocacia**. Artigo publicado em 2019. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-boa-fe/>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IRTI, Natalino. **Due saggi sul dovere giuridico**. Nápoli: Casa Editrice Dott, 1973.

ITC – Instituto de Terapia Cognitiva. **A hipótese de vulnerabilidade cognitiva como um modelo de depressão**: uso da TC como novo conceito em psicoterapia para intervenção em crise, depressão e suicídio. Artigo publicado em 2019. Disponível em: <<http://www.itcbr.com/hotsite/frames03.htm?http://www.itcbr.com/hotsite/03f.htm>>. Acesso em: março de 2021.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

JURÍDICO CERTO. **O que é considerado assédio sexual contra a mulher?** Artigo publicado em 2018. Disponível em: <<https://blog.juridicocerto.com/2018/03/o-que-e-considerado-assedio-sexual-contra-a-mulher.html>>. Acesso em: dezembro de 2020.

JUSBRASIL. **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito**. Artigo publicado em 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>. Acesso em: janeiro de 2021.

KARDEC, Allan. **O evangelho segundo o espiritismo**: com explicações das máximas morais do Cristo e suas aplicações às diversas circunstâncias da vida. 131ª ed. Brasília: Federação Espírita Brasileira (FEB), 2013.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LARRAURI, Elena. El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración, **Cuadernos de Derecho Judicial**, n. 7, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009.

LEPORI WHITE, Inés; PEYRANO, Jorge W. (Coord). **Cargas probatórias dinâmicas**. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 2004.

LIMA, Fernanda da Costa. **O princípio da igualdade e a seletividade no direito penal**. Artigo publicado em 2015. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9313/O-principio-da-igualdade-e-a-seletividade-no-direito-penal>>. Acesso em: fevereiro de 2021.

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. (Org.). **Temas relevantes do ensino jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LIMA, Viviane Nunes Araújo. **A saga do zangão**: uma visão sobre o direito natural. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LIPPMANN, Ernesto. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: Letras, 2005.

LÔBO, Paulo. **Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional**: trajetória da afirmação da boa-fé no direito civil brasileiro. Artigo publicado em 2018. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/02/26/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discrecionalidade-administrativa/>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

LUIZI, Luiz. Sobre Cesare Beccaria. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 60. 1965, p. 236-245.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO, Priscila Martins Reis. **A Distribuição Dinâmica do Ônus prevista no Código de Processo Civil de 2015 e sua incidência no processo do trabalho**. Tese publicada em 2017. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/download/4817/12453/>. Acesso em: 14 maio 2021.

MACHADO, Vitor Gonçalves. **Verdade, prova e processo: esboço de uma teoria da construção da “verdade” no processo civil brasileiro**. Monografia apresentada

na Universidade Federal do Espírito Santo no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu para o Mestrado em Direito Processual, 2015. Disponível em: <[https://www.academia.edu/40098414/Verdade\\_Prova\\_e\\_Processo\\_esbo%C3%A7o\\_de\\_uma\\_teor%C3%A7a\\_da\\_constru%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_verdade\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/40098414/Verdade_Prova_e_Processo_esbo%C3%A7o_de_uma_teor%C3%A7a_da_constru%C3%A7%C3%A3o_da_verdade_no_processo_civil_brasileiro)>. Acesso em: 02 abr. 2021.

MANASSÉS, Diogo Rodrigues. **Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova**: notas para uma diferenciação. Artigo Publicado em 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35616/vulnerabilidade-hipossuficiencia-conceito-de-consumidor-e-inversao-do-onus-da-prova-notas-para-uma-diferenciacao>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

MANS PUIGARNAU, Jaime M. **Los principios generales del derecho**. Barcelona: Bosch, 1947.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova** – possibilidade de inversão do ônus legal por decisão judicial. Artigo publicado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) em 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/onus-da-prova/facilitacao-na-obtencao-de-prova-2013-teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova#:~:text=373%20do%20CPC%20consagrou%20a,fa%C3%A7a%20por%20decis%C3%A3o%20fundamentada%2C%20concedendo>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. Porto Alegre: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul** (UFRS), vol. 15, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. **Instituições do direito público e privado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RUBIO DE MEDINA, María Dolores. **Extinción del contrato laboral por acoso moral** – mobbing. Barcelona: Bosch, 2002.

MIADA, Sandra Yumi. **Assédio sexual**: Tratamento correccional do assédio sexual no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR). Brasília: Governo do Distrito Federal, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/campanhas/integridade-publica/assedio-moral-e-sexual/Assdiosexual.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

MICHELI, Gian Antonio. **L'onere della prova**. Padova: Cedam, 1942.

MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. Considerações sobre o neoconstitucionalismo: os novos caminhos do Direito Constitucional. *In*: LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. (Org.). **Temas relevantes do ensino jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 89-92.

MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais. **Justiça distributiva: bases jusfilosóficas de pré-compreensão dos direitos fundamentais**. Pará de Minas-MG: Virtualbooks, 2016.

MORAIS, Normanda Araujo de; RAFFAELLI, Marcela; KOLLER, Sílvia Helena. **Adolescentes em situação de vulnerabilidade social e o continuum risco-proteção**. Artigo publicado na Revista Avanços na Psicologia da América Latina. Vol. 30, nº. 1, p.118-136, 2012. Disponível em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1794-47242012000100010&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1794-47242012000100010&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 08 mar. 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Nelson. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

NEVES, Esdras. **Acórdão 1095303**, unânime, 6ª Turma Cível, julgamento 10/5/2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/onus-da-prova/facilitacao-na-obtencao-de-prova-2013-teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova#:~:text=A%20invers%C3%A3o%20do%20%C3%B4nus%20da,din%C3%A2mica%20do%20%C3%B4nus%20da%20prova>. Acesso em: 08 mar. 2021.

NEVES, Maria do Céu Patrão. **Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio**. Projeto: Dimensão e Escopo da Vulnerabilidade da Universidade dos Açores, 2017. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/285916547\\_Sentidos\\_da\\_vulnerabilidade\\_caracteristica\\_condicao\\_principio](https://www.researchgate.net/publication/285916547_Sentidos_da_vulnerabilidade_caracteristica_condicao_principio). Acesso em: 09 mar. 2021.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NIKKEN, Pedro. **El concepto de derechos humanos**. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-concepto-de-derechos-humanos.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. Cidade do México: UNAM, 2003.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. Vol. 1, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional – teoria da constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

NUNES JÚNIOR, Flávio Alves Martins. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Maria Terezinha. **Programa pró-equidade de gênero e raça assédio moral e sexual**. Artigo publicado em 2019. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/cartilha-assedio-moral-e-sexual#:~:text=O%20ass%C3%A9dio%20sexual%20%C3%A9%20definido,216%2DA](https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/cartilha-assedio-moral-e-sexual#:~:text=O%20ass%C3%A9dio%20sexual%20%C3%A9%20definido,216%2DA).)). Acesso em: 13 mar. 2021.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Acabar com a violência e o assédio no mundo do trabalho**. 108.<sup>a</sup> Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, Relatório V (2B). Genebra: OIT, 2019. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms\\_706870.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_706870.pdf). Acesso em: 08 fev. 2021.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 190 sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho (2019)**: doze razões pelas quais a ratificação da Convenção 190 e a sua implementação em conjunto com a Recomendação 206 são importantes para a resposta e recuperação da pandemia de COVID-19. Publicada em maio de 2020. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_750461.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_750461.pdf). Acesso em: 12 mar. 2021.

OLIVEIRA, André Luís Moraes de. **O princípio da livre convicção motivada no processo do trabalho**: argumentação jurídica e o domínio da racionalidade do juízo de convencimento. Dissertação de Mestrado publicada pela Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo em 2016. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/104337/2016\\_oliveira\\_andre\\_principio\\_livre\\_conviccao.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/104337/2016_oliveira_andre_principio_livre_conviccao.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: janeiro de 2021.

OLIVARES, Francisco J. Abajo. **Mobbing**: acoso psicológico en el âmbito laboral. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

OPAS/OMS – Organização Pan-Americana de Saúde/ Organização Mundial da Saúde. **Neste Dia Laranja, OPAS/OMS aborda violência sexual e suas consequências para as vítimas**. Artigo publicado em 2018. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5720:neste-dia-laranja-opas-oms-aborda-violencia-sexual-e-suas-consequencias-para-as-vitimas&Itemid=820](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5720:neste-dia-laranja-opas-oms-aborda-violencia-sexual-e-suas-consequencias-para-as-vitimas&Itemid=820)>. Acesso em: 04 jan. 2021.

OPOVO. **Revista revela com detalhes denúncias de Dani Calabresa sobre assédio sexual de Marcius Melhem**. Artigo publicado em 2020. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2020/12/04/revista-detalha-denuncia-assedio-sexual-marcius-melhem-a-dani-calabresa.html>. Acesso em: 14 mar. 2021.

OSWALDO, Yeda Cirera. **Vulnerabilidade ao estresse no trabalho, coping, depressão e qualidade de vida**: evidências de validade. Defesa apresentada ao Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Psicologia da Universidade de São Francisco para obtenção do título de Doutora. Itatiba, 2009. Disponível em: <https://www.usf.edu.br/galeria/getImage/427/6938492717704843.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

PADILLA, Luiz Roberto Nuñez. **Litigância de má-fé**. Revista Trabalho e Processo, vol. 5, p. 26-33. São Paulo: Saraiva, junho de 1995.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio sexual**: questões conceituais. Artigo publicado em 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6826/assedio-sexual/3> e <<https://www.rodolfopamplonafilho.com.br/upload/assedio-sexual-questoes--conceituais-20160530103903.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O assédio sexual na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2001.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Orientação sexual e discriminação no emprego**. São Paulo: LTr, 2000.

PASCOAL, Flávia Xênia Souza. **Assédio moral e assédio sexual no ambiente de trabalho**. Artigo publicado em 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/assedio-moral-e-assedio-sexual-no-ambiente-de-trabalho/>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

PEDUZZI, Maria Cristina. **Assédio sexual**: conceito, direitos e prevenção - Legislação trabalhista sobre o assédio sexual. Artigo publicado em 2020. Disponível em: <<https://trabalhistalegal.com.br/assedio-sexual-conceito-direitos-e-prevencao/>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

PEREIRA, Aline Ribeiro. **O princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico.** Artigo publicado em 2020. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em: 14 fev. 2021.

PEREIRA, Luciana Freitas. **O princípio da legalidade na Constituição Federal: análise comparada dos princípios da reserva legal, legalidade ampla e legalidade estrita.** Artigo publicado em 2012. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7125/O-principio-da-legalidade-na-Constituicao-Federal-analise-comparada-dos-principios-da-reserva-legal-legalidade-ampla-e-legalidade-estrita>. Acesso em: 15 fev. 2021.

PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. *In*: ANDORNO, Luis O. (Org). **Las responsabilidades profesionales.** La Plata: LEP, 1992.

PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. *In*: LÉPORI, Inés. (Coord). **Cargas probatorias dinámicas.** Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 19-20.

PIZZOFERRATO, Alberto. **Molestie sessuali sul lavoro: fattispecie giuridica e tecniche di tutela.** Padova: CEDAM, 2000.

POWER, Lynn; THOMPSON, Walter. Collaboration x Cooperation - There Is a Difference. Tradução: **Colaboração x Cooperação** - Há uma diferença. Artigo publicado em 2016. Disponível em: [https://www.huffpost.com/entry/collaboration-vs-cooperat\\_b\\_10324418](https://www.huffpost.com/entry/collaboration-vs-cooperat_b_10324418). Acesso em: 14 mar. 2021.

PRETEL, Mariana. **A boa-fé objetiva como cláusula geral.** Artigo Publicado em 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12803/a-boa-fe-objetiva-como-clausula-geral/2>. Acesso em: 12 jan. 2021.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2003.

PRIETO, Rafael. **Pesquisa sobre assédio, hostilidade, silêncio e omissão: o retrato do assédio no mercado de comunicação.** São Paulo: Report, 2017. Disponível em: <<https://grupodeplanejamento.com/2017/11/30/pesquisa-sobre-assedio-report/>>. Acesso em: março de 2021.

PRONI, Marcelo Weishaupt. **Trabalho decente e vulnerabilidade ocupacional no Brasil.** Campinas: Economia e Sociedade, vol. 22, n. 3, p. 825-854, dez. 2013.

PROWSE, Martin. Towards a clearer understanding of 'vulnerability' in relation to chronic poverty. Tradução: **Para uma compreensão mais clara da "vulnerabilidade" em relação à pobreza crônica.** Artigo publicado pela Escola Superior de Estudos Econômicos, Departamento de Ciências Sociais e Departamento de Direito, da Universidade de Manchester em 2003. Disponível em: <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08d11e5274a31e000160c/24Prorowse.pdf>>. Acesso em: março de 2021.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

R92/131/CEE - **Recomendação 131 para 1992 da Comunidade Econômica Européia**: proteção da dignidade da mulher e do homem no trabalho. Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias em 1991. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/87e9a68c-8deb-47a5-a8e2-e9cd5e084dfb/language-pt>>. Acesso em: fevereiro de 2021.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REIS, Mariana Costa. **Ônus da prova no Novo CPC**: tudo o que um advogado deve saber. Artigo publicado em 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/onus-da-prova/>. Acesso em: 12 maio de 2021.

RODRIGUES, Ana Paula Grillo; PINHEIRO, Daniel; DUARTE, Luiz Ricardo. **A vulnerabilidade ao estresse apresentada pelo policial militar diante do clima organizacional da Corporação**. Escola Superior de Administração e Gerência (ESAG) da Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC), 2020. Disponível em: <<https://revista.ssp.go.gov.br/index.php/rebsp/article/view/503>>. Acesso em: abril de 2021.

REIMER, Haroldo. **Liberdade religiosa na história e nas constituições do Brasil**. São Leopoldo: Oikos, 2013.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. São Paulo: Forense, 2003.

ROMITO, Patrizia; FOLLA, Natalina. Molestie sessuali: che fare? Tradução: **Assédio sexual**: o que fazer? Artigo publicado pela Universidade de Trieste (Itália) em 2019. Disponível em: <[https://www.openstarts.units.it/bitstream/10077/29142/8/Molestie\\_Cug.pdf](https://www.openstarts.units.it/bitstream/10077/29142/8/Molestie_Cug.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2021.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUBINSTEIN, Michael. Dealing with harassment at work: the experience of industrialized countries. Tradução: **Lidando com o assédio no trabalho**: a experiência dos países industrializados. Artigo publicado como Resumo das Condições de Trabalho para o Combate ao Assédio Sexual no Trabalho, vol. 11. Genova: Escritório Internacional do Trabalho, 1992.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALEME, Edson Ricardo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2021.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTIAGO, Marcelo Bezerra. **Normatividade do direito**. Artigo publicado em 1998. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2/normatividade-do-direito>>. Acesso em: janeiro de 2021.

SANTOS, Aloysio. **Assédio sexual nas relações trabalhistas e estatutárias**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, vol. 2.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional – teoria da constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009.

SCOTT, Juliano Beck; PROLA, Caroline de Abreu; SIQUEIRA, Aline Cardoso; PEREIRA, Caroline Rubin Rossato. **O conceito de vulnerabilidade social no âmbito da psicologia no Brasil: uma revisão sistemática da literatura**. Artigo publicado na Revista de Psicologia, vol. 24, nº 2, Belo Horizonte, maio/ago de 2018. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-11682018000200013](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682018000200013)>. Acesso em: 11 mar. 2021.

SILVA, André Rodrigues Pereira da. **A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. Monografia publicada em 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova-no-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SILVA, Cidália Santos da. **Análise da figura do assédio moral: doença de trabalho ou acidente de trabalho**. Artigo publicado em 2012. Disponível em: <[https://www.academia.edu/3421560/An%C3%A1lise\\_da\\_figura\\_do\\_ass%C3%A9dio](https://www.academia.edu/3421560/An%C3%A1lise_da_figura_do_ass%C3%A9dio)>

o\_moral\_doen%C3%A7a\_de\_trabalho\_ou\_acidente\_de\_trabalho>. Acesso em: fevereiro de 2021.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Ensaio de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Questões controvertidas sobre o Assédio Sexual**. Artigo publicado na Revista do Curso de Direito da UNIFACS, vol. I. Coleção Acadêmica de Direito (nº 22). Porto Alegre: Síntese, 2001.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo**. Coimbra: Coimbra, 2003.

SILVEIRA, Alípio. **Conceitos e funções da equidade em face do direito positivo**. São Paulo: Alípio Silveira, 1943.

SISTO, Fermino Fernandes; BAPTISTA, Makilim Nunes; SANTOS, Acácia Aparecida Angeli dos; NORONHA, Ana Paula Porto. **Escala de Vulnerabilidade ao Estresse no Trabalho (EVENT)** – manual. Universidade São Francisco, Itatiba - São Paulo: Vetor, 2007. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-350X2008000400011](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2008000400011)>. Acesso em: 18 abr. 2021.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-fé Objetiva**: o princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SOUZA, Carinne. **Denúncias de assédio sexual aumentam 64%, aponta MPT**: 476 denúncias resultaram em inquéritos civis para investigar as violações. Artigo publicado em 2020. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/12/4895170-denuncias-de-assedio-sexual-aumentam-64--aponta-mpt.html>>. Acesso em: março de 2021.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 500.314 de Pernambuco, 2019**. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859212411/habeas-corpus-hc-500314-pe-2019-0083059-1/inteiro-teor-859212421>>. Acesso em: abril de 2021.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo. Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 2006, n. 2.

TARUFFO, Michele. **Sui confini** – scritti sulla giustizia civile. Bolonha: Il Mulino, 2002.

TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**: 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **O papel dos princípios no ordenamento jurídico**. Artigo publicado em 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6824/o-papel-dos-principios-no-ordenamento-juridico/3>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

TRUJILLO FERRARI, Alonso. **Metodologia da pesquisa científica**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1982.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007.

VENTURA, Denis Caramigo. **Assédio sexual**: um crime muito falado, mas pouco conhecido. Direito Penal. Artigo publicado em 2016. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9633/Assedio-sexual-um-crime-muito-falado-mas-pouco-conhecido>>. Acesso em: 21 dez. 2020.

VENTURA, Denis Caramigo. **A falsa acusação de um crime sexual e suas consequências jurídicas e sociais**. Artigo de Direito Penal publicado em 2020. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11683/A-falsa-acusacao-de-um-crime-sexual-e-suas-consequencias-juridicas-e-sociais#:~:text=Sofrer%20uma%20falsa%20acusa%C3%A7%C3%A3o%20de,arquivos%20ou%2C%20pior%20ainda%2C%20se>>. Acesso em: dezembro de 2020.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VIOLA, Giovana Antonieta Moreira. **O ônus da prova no assédio sexual**. Monografia publicada em 2013. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=11810](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11810)>. Acesso em: 12 maio 2021.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 2009.

ZINN, Howard. **A people's history of the United States**. New York: Harper Perennial, 2003.