

EL PRINCIPIO PROTECTOR EN EL PROCESO LABORAL (*)

Mario PASCO COSMÓPOLIS

“Las leyes de protección social, no obstante sean y deban ser aplicadas imparcialmente, fuerzan, siempre, el espíritu del juez a preocuparse con la intención del legislador y con todo aquello que él desearía en el momento en que la ley es aplicada a los hechos. Así se puede descubrir la *mens legis*, en su sentido más auténtico. Es esa la comprensión correcta de las leyes laborales, sopesadas teleológicamente y aplicadas según el método sociológico de interpretación de la norma jurídica”.

Russomano

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Origen y razón de ser del principio protector en el proceso laboral. 3. Definición y alcances. 4. Resistencias y limitaciones. 5. El principio protector: manifestaciones. 6. Colofón.

(*) El presente artículo reformula totalmente y amplía los conceptos expuestos en nuestro libro *Fundamentos del Derecho procesal del trabajo*, AELE, Lima, 1997.

1. INTRODUCCIÓN

No parece haber duda ni discrepancia y sí, más bien, aceptación pacífica de que el principio protector del trabajador –que es la esencia del derecho laboral sustantivo– está también en la base, en el código genético del Derecho procesal del trabajo.

La coincidencia de los diversos estudiosos es total al respecto. Bajo diferentes denominaciones este principio constituye el leitmotiv o *idée fixe*, la razón de ser profunda de este ordenamiento, en tanto disciplina autónoma. Es más, hay una poderosa corriente doctrinaria que entiende que es el único principio auténtico, y que todos los demás que han sido en algún momento propuestos por la doctrina no son sino manifestaciones o derivaciones o proyecciones de aquel⁽¹⁾. De allí, entonces, la siempre actual y renovada importancia de su estudio.

2. ORIGEN Y RAZÓN DE SER DEL PRINCIPIO PROTECTOR EN EL PROCESO LABORAL

La relación laboral no se da entre partes iguales, sino, por el contrario, netamente desiguales. Esa desigualdad, que en la relación sustantiva se manifiesta en la subordinación que somete al trabajador al control y la dirección del empleador, se traslada y aun exacerba en la relación procesal entre ellas. Como dice Raso Delgue⁽²⁾, “cuando hablamos del principio protector en materia procesal estamos hablando de la raíz misma de este proceso especial, que se construye precisamente como un modo de equilibrar la disparidad de poderes de las partes, que –ya notoria en el vínculo laboral– se evidencia también en la contienda laboral”.

En efecto, a las manifestaciones jurídicas, económicas y subjetivas del poderío empresarial y correlativa debilidad del trabajador, se añade una nueva manifestación estrictamente procesal: la supremacía

(1) Por todos, vide ACKERMAN, *ibídem*, p. 38.

(2) RASO DELGUE, Juan, “El principio protector en el proceso del trabajo”, en *Grupo de los Miércoles: Derecho procesal del trabajo. Treinta estudios*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, p. 50. Ackerman encuentra su fundamento “no ya –o no solo– en la posición desigual de los contratantes, sino, antes aún, en la resignación de libertad –o de libertades– que supone el trabajo dependiente”. Tal criterio, empero, no es transferible a la esfera procesal (ACKERMAN, *ibídem*, p. 35).

del empleador en materia de prueba, cuestión de muy sencilla y casi obvia demostración.

Si nos centramos en las pruebas clásicas del proceso: la prueba instrumental, la declaración de parte o confesional, la declaración de terceros o testimonial, la pericial y la inspección, es fácil advertir cómo, en la posesión o actuación de todas ellas, el empresario tiene una posición preeminente. Veamos:

- Los documentos, ¿en poder de quién están? Los libros de planillas, los recibos y comprobantes, las instrucciones escritas, los memorandos, todos los documentos en que el trabajo quedan registrados o que directamente son generados por este permanecen en poder de la empresa. El trabajador recibe solo una parte de los mismos, y conserva una porción muy inferior; y eso, si es muy acucioso. Lo normal, lo común, lo acostumbrado es que conserve solo unos pocos documentos aislados, no siempre útiles ni pertinentes dentro de un eventual proceso. Al demandar, el trabajador debe recurrir más a su memoria y a lo poco que puede extraer de esa documentación feble y dispersa que conserva. El empleador, en cambio, lo tiene todo; al salir a juicio y contestar la demanda, no solo sabe lo que tiene en su poder, sino también lo poco que tiene el trabajador, así que conoce desde el inicio las debilidades probatorias del trabajador y sus propias fortalezas.
- La declaración de parte del trabajador, ¿quién la presta? Indudablemente él mismo, quien es por lo general persona poco ducha en menesteres judiciales, intimidada por los formalismos y rituales que rodean a tales actuaciones, y nerviosa por su propio comportamiento. La declaración de parte del empleador, en cambio, ¿quién la rinde? Por lo general un funcionario experto o incluso un abogado con poder especial, profesionales entrenados, familiarizados con el asunto. ¿Puede, entonces, calificarse de modo igual la experticia para afrontar la prueba? y las conclusiones ¿qué se pueden extraer de ellas?
- La declaración testimonial la rinden, en la inmensa mayoría de los casos, otros trabajadores, sujetos como el propio demandante a la sujeción a su empleador, con todo lo que ello significa de carga subjetiva. No son y difícilmente podrían llegar a ser testigos libres e imparciales, dado el temor reverencial y aun el riesgo de eventuales represalias.
- Los peritos de parte no actúan ad honórem, sino que lo hacen legítimamente a cambio de un honorario. La desigualdad económica hace,

por sí sola, que el empleador esté en capacidad para contratar mejores peritos que el trabajador, ya que, aunque el hecho de cobrar honorarios más altos no hace a un profesional mejor que otro, la realidad muestra que los mejores son, por lo general, lo que más cobran.

- Finalmente, una inspección, ¿dónde habrá de realizarse? Casi siempre en el propio centro de trabajo, el cual está en permanente posesión del empleador y al que un trabajador accionante o su abogado difícilmente podrán tener acceso, salvo durante el limitado tiempo de la diligencia.

Por donde se mire, la disparidad de acceso a la prueba es abrumadora. Si el derecho no proveyera al trabajador de algún mecanismo compensatorio, todo litigio estaría basado en una posición inicial de injusticia e inequidad, y culminaría en un resultado también atrozmente injusto. Ese mecanismo compensatorio es, sin más, el principio protector.

3. DEFINICIÓN Y ALCANCES

El principio protector, al que Plá Rodríguez denomina de “desigualación compensatoria”; Nicolliello, “correctivo de la desigualdad social”; Trueba Urbina, “principio de disparidad social” y Sarthou, “corrector de desigualdades o de equiparación”, es definido por Pinho Pedreira da Silva como “aquel en virtud del cual el Derecho del trabajo, reconociendo la desigualdad de hecho entre los sujetos de la relación jurídica de trabajo, promueve la atenuación de la inferioridad económica, jerárquica e intelectual de los trabajadores”⁽³⁾.

En su esfera procesal la definición que proponemos es: “La ruptura deliberada de la isonomía procesal, la provocación de privilegios en favor de la parte débil de la relación jurídico-procesal que eliminen o, al menos, atenúen el desequilibrio interpartes, al provocar desigualdades de signo inverso”⁽⁴⁾.

(3) PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho, *Principiologia do Direito do trabalho*, LTr, São Paulo, 1997, p. 29.

(4) Destaca Luis Vinatea que este principio ha penetrado la esfera del Derecho procesal civil, donde es recogido como Principio de socialización del proceso, y obliga al juez a evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso, lo que aparece

El principio protector, eje axiológico del Derecho laboral, alcanza su real eficacia recién cuando es receptado por el proceso. Al decir de Murgas⁽⁵⁾, “el principio tuitivo que informa a las normas sustantivas de trabajo también penetra en el Derecho procesal del trabajo y resquebraja incluso la formal concepción de igualdad de los litigantes”. Más rotundo aún, Giglio señala que “el Derecho material del trabajo se transmite y vigoriza también en el Derecho procesal del trabajo” y que las “características del Derecho material del trabajo imprimen sus marcas en el derecho instrumental, particularmente en cuanto a la protección del contratante más débil, cuya inferioridad no desaparece, sino que persiste en el proceso”⁽⁶⁾.

Russomano, después de recordar que en el Derecho procesal civil y, sobre todo, en el procesal penal “la simpatía del legislador se dirige al reo, porque el reo está en posición de defensa y, en el plano criminal, más allá de eso, es la parte socialmente minusválida”, destaca que en “el Derecho procesal del trabajo es todo lo contrario. El actor, en general, es el trabajador, o sea, la parte que necesita, por su situación social, no solamente de leyes materiales de protección, sino, también, de leyes del proceso que tomen en consideración sus condiciones económicas y personales”⁽⁷⁾.

Porque, en último término, como ha establecido la jurisprudencia constitucional de España a través de su máximo tribunal, a la finalidad de protección del trabajador “[...] sirven no solo las normas sustantivas sino también las procesales, porque superando tendencias que creían que el

recogido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil del Perú (VINA-TEA RECOBA, Luis, “Los principios del derecho del trabajo en el proceso laboral”, en VV.AA., *Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje de Américo Plá Rodríguez*, SPDTSS, Lima, 2004, p. 103). Por otro lado, prestigiosos autores como Plá Rodríguez, Russomano y Montoya Melgar habían resaltado tiempo atrás esta “laboralización del proceso civil”, como la denomina el último de los citados (Cfr. RACCIATTI, Octavio Carlos, “Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo”, en *Grupo de los Miércoles: Derecho procesal del trabajo. Treinta estudios*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, p. 21).

(5) MURGAS TORRAZZA, Rolando, *Estudios laborales*, Panamá, 1983, p. 231.

(6) GIGLIO, WAGNER, D., *Direito processual do trabalho*, 9ª ed., LTr, São Paulo, 1995, pp. 105 y 106.

(7) RUSSOMANO, Mozart Víctor, *O Decálogo do Processo Trabalhista*, Forense, São Paulo, 1986, p. 28.

Derecho procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del derecho sustantivo, resulta patente que ambas son realidades inescindibles, actuando aquel como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines pretendidos por este⁽⁸⁾.

4. RESISTENCIAS Y LIMITACIONES

No es absolutamente pacífica, sin embargo, la aceptación de este principio protector en lo procesal, en tanto que rompe —o, por lo menos, debilita— el principio contradictorio que supone una dialéctica procesal simétrica. Parte de la doctrina entiende que la desigualación tutelar del trabajador se da y se agota en el derecho sustantivo, y que es suficiente allí, sin que sea necesario trasladarla al campo procesal donde debe imperar, por el contrario, el riguroso principio de la igualdad. Así, por ejemplo, Wilson de Souza Campos Batalha⁽⁹⁾ sostiene que en el proceso laboral “tiene vigor el principio de igualdad de las partes”, y añade: “Los principios *in dubio pro misero* e *in dubio pro reo*, con su símil *in dubio pro fisco*, no prevalecen como principios de orden procesal. Prevalecen cuando se trata de dudas acerca de la relación jurídica que se discute en juicio, pero no constituyen excepciones al principio de igualdad de las partes en el proceso. Las inversiones del *onus probandi* deben ser consagradas a través de presunciones, *iuris tantum* u *hominis*, sin que se altere el equilibrio de las partes del contradictorio”, citando en apoyo de su posición a U. Rocco y M.A. Oderigo.

También la doctrina española proclama como uno de los principios del proceso laboral el de igualdad, “de modo que cada uno de los sujetos que intervienen como partes principales en el seno de la relación procesal deben ostentar facultades y cargas equivalentes en el curso del proceso. La transposición al ámbito procesal del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley se constituye en el fundamento más inmediato de la exigencia del respeto a dicho principio dentro del proceso laboral; asimismo, de la necesaria contradicción en el proceso y de la prohibición de indefensión deriva un necesario tratamiento paritario entre las partes. A

(8) *Ibíd.*, p. 239.

(9) BATALHA, Wilson de Souza Campos, *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*, 2ª ed., LTr, São Paulo, 1985, p. 116.

su vez, este tratamiento paritario induce, correlativamente, a una posición de inexcusable neutralidad por parte del órgano judicial⁽¹⁰⁾.

Racciatti⁽¹¹⁾ destaca que “la doctrina española resuelve la tensión entre igualdad procesal y desigualdad sustantiva afirmando la idea del equilibrio procesal”; y para ello cita a Baylos, Cruz y Fernández, quienes dicen: “En todo proceso de trabajo existe una tensión entre el respeto a la igualdad de las partes como garantía del derecho a su defensa en el proceso, y la alteración de reglas procesales en aras justamente de lograr la igualdad sustancial de las partes. Con fundamento en la prohibición de indefensión [...] la solución de estas tendencias se resume en la idea de equilibrio procesal [...] por el que deben velar de oficio los órganos judiciales”.

En puridad, el conflicto entre el principio protector, que provoca una deliberada desigualdad compensatoria, y el principio contradictorio, que se sustenta en la absoluta igualdad procesal, es más aparente que real. No se trata de una dicotomía excluyente “igualdad vs. protección”, sino de definir un concepto o tomar una posición acerca de la igualdad. De Buen expresa en forma inigualable que la protección “rompe en forma dramática con la tesis de la igualdad que ahora, en vez de ser un punto de partida, es, simplemente, el objetivo a cumplir a través de un proceso netamente tutelar⁽¹²⁾”.

En efecto, el principio protector no rompe con el principio de igualdad, sino exactamente al revés: es el medio para lograrla. “El juez de trabajo –dice Vinatea⁽¹³⁾–[...] tiene la obligación de evitar que esas des-

(10) BAYLOS GRAU, Antonio, *et al.*, *Instituciones de Derecho procesal laboral*, Trotta, Madrid, 1991, p. 42. Es necesario advertir que los autores matizan la aplicación del principio de igualdad reconociendo que “en el ejercicio de la tutela judicial efectiva debe ponderarse la desigualdad social” de las partes, y que “la función básicamente tuitiva que en este contexto posee el ordenamiento judicial va a influir en el sentido y orientación de ciertas instituciones procesales en lo laboral”.

(11) RACCIATTI, Octavio, citado por BABACE, Héctor, “El principio protector o equilibrador de desigualdades”, en *Grupo de los Miércoles: Derecho procesal del trabajo. Treinta estudios*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, p. 71.

(12) DE BUEN LOZANO, Néstor, *Derecho procesal del trabajo*, 4ª ed., Porrúa, México D.F., 1996, p. 67.

(13) VINATEA RECOBA, “Los principios del derecho del trabajo en el proceso laboral”, cit., p. 101.

igualdades afecten el proceso y lo tornen ineficaz. Se trata, más que de un deber de protección, de un deber por la igualdad. De algún modo, el proceso laboral se convierte en uno en el que la igualdad resulta ser la más importante regla de debido proceso y, desde esta perspectiva, la necesidad de dotar de reglas y desde un punto de vista administrativo, proveer facilidades que permitan la igualdad en el proceso, se convierten en un presupuesto de aquel”.

Igualdad, sí, no como medio sino como resultado: en eso consiste, en definitiva, el principio protector.

Es por ello trascendental enfatizar que la desigualdad compensatoria se produce en y por la ley, pero no puede afectar la neutralidad del juzgador. El juez –dice Russomano– “es imparcial pero la ley que él aplica es parcial como todas las leyes de protección. La imparcialidad personal y funcional del magistrado no está perjudicada por el hecho de que debe aplicar una ley parcial. El juez recibe la acción, instruye la demanda y la estudia con absoluto espíritu de imparcialidad. El carácter protector de la ley sustantiva de trabajo mientras tanto se proyecta sobre el procedimiento e inspira el criterio hermenéutico adoptado por el juez, no solo al formular la sentencia sino también al conducir el proceso. La interpretación de la ley y de la prueba debe obedecer, por lo tanto, a criterios peculiares a la naturaleza y a las finalidades del Derecho del trabajo”⁽¹⁴⁾.

Cruz Villalón⁽¹⁵⁾ lo destaca muy expresivamente al señalar que “la actuación del órgano judicial debe ser exquisitamente neutral, limitándose a aplicar el Derecho al caso concreto, otorgando el amparo judicial a quien le asiste la razón desde el punto de vista de la norma sustantiva”, no obstante lo cual “en sede judicial debe ponderarse la desigualdad social que se produce entre las partes dentro de las relaciones laborales”, y que considera que “con todos los matices que se deben efectuar, el rol tuitivo propio de la legislación laboral ha de tener también sus consecuencias en el terreno procesal”, como ha expresado al Tribunal Constitucional español al

(14) RUSSOMANO, Mozart Victor, citado por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “Visión crítica del derecho procesal del trabajo”, en Giglio W. D. (coord.), *Proceso do trabalho na América latina. Estudos em homenagem a Alcione Niederauer Correo*, LTr, São Paulo, 1991, p. 249.

(15) CRUZ VILLALÓN, Jesús, “España: la reforma del proceso laboral”, en *Revista Debate Laboral*, N° 10(1), San José de Costa Rica, pp. 158-159.

afirmar que el carácter de “ordenamiento compensador e igualador también es referible al proceso de trabajo”.

Y también Teixeira Filho⁽¹⁶⁾ señala que: “Una de las reglas fundamentales, dictadas por ley (CPC, artículo 125º.1), que nordea la actividad del juez en la dirección del proceso, es la de su *imparcialidad*. De esto resulta que colocado *entre las partes y encima de ellas*, se le impone dispensar un tratamiento procesal rigurosamente ecuánime, sin propender, por razones emotivas, ideológicas, o por cualquier otra razón, para este o para aquel lado./ Esa imparcialidad del juzgador integra la garantía del *due process of law*, consagrada por las legislaciones modernas[...]/ La afirmación del imperativo de imparcialidad del juez, con todo, no importa una contradicción a nuestro entendimiento [...] de que así como el derecho material, el procesal debe nutrirse, en cuanto sea posible, de un propósito protectorio del trabajador./ Aunque coexistan, simbióticamente, juzgador y proceso, el carácter proteccionista que se confiere a este no se comunica ni altera la imparcialidad de aquel”.

En suma, quien protege al trabajador es la ley, no el juez. Es el proceso el que desiguala con finalidad tuitiva, no el magistrado, quien debe ser *exquisitamente imparcial* y ajustar su conducta y su criterio a la verdad y a la justicia, aun cuando estas no le den la razón al trabajador, obviamente porque no la tiene.

Sagardoy⁽¹⁷⁾ sintetiza de modo magistral el dilema: “No es recomendable que el juez sea blando, sino que el legislador sea justo”.

5. EL PRINCIPIO PROTECTOR: MANIFESTACIONES

El principio protector en lo procesal se manifiesta tanto de manera directa, intrínseca o exclusivamente procesal, como de manera indirecta o paraprocesal. En forma directa, cuando el proceso crea desniveles que buscan favorecer al trabajador, caso, por ejemplo, de la “carga de la prueba”; de manera indirecta, cuando actúa como instrumento exegético o decisor de la norma sustantiva, lo que se da a través de las reglas pro operario (*in dubio pro operario*, por ejemplo).

(16) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, *A prova no processo do trabalho*, 4ª ed., Ltr, Sao Paulo, 1988, p. 37 (Traducción libre nuestra).

(17) SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los principios de aplicación de Derecho del trabajo*, Acarl, Madrid, 1989, p. 27.

5.1. Manifestaciones directas o procesales del principio protector

a. *Iniciación de oficio del proceso*

El proceso laboral puede, por excepción y en casos concretos previstos por el ordenamiento, ser entablado por iniciativa oficial; es decir, un ente público se anticipa y sustituye al trabajador. Trastoca así el aforismo clásico del proceso dispositivo *nemo iudex sine actore*, que consagra la necesidad de que el proceso se inicie a petición de parte interesada y legitimada.

Expresiones de ello se dan en la legislación española, donde la administración del trabajo, a través de su servicio inspectivo, puede remitir a la magistratura copia certificada del acta de infracción o, según el caso, de la resolución firme dictada en lo administrativo, que pasa a ser cabeza del proceso judicial. "El legislador no se limita a evidenciar la conexión entre cumplimiento del ordenamiento laboral y cumplimiento de los contratos de trabajo, o, en su reverso, entre infracción administrativa e incumplimiento contractual, encomendando a la inspección el cuidado de que los contratos se ajusten a las prevenciones legales, sino que, consciente de la inmediatez real de los problemas planteados por la infracción/incumplimiento, instrumenta un mecanismo procedimental a través del cual pone en relación la vía administrativa (sancionadora) y la vía jurisdiccional (de atribución de derechos). Ese mecanismo es la llamada 'demanda de oficio' para cuya interposición está facultada, como postulante público, la administración de trabajo. El fundamento de esta iniciación oficial del proceso de trabajo está suficientemente claro: la administración de trabajo, en virtud de su función tuitiva, reconocida por la ley y la jurisprudencia, suple o sustituye la acción del trabajador afectado por un incumplimiento empresarial que simultáneamente sea infracción del ordenamiento y violación de deber contractual, realizando una actividad procesal equivalente a la demanda, y con la cual quiere prevenirse el perjuicio que se derivaría para el trabajador, bien sea por ignorancia de los derechos, bien por el temor de ejercerlos"⁽¹⁸⁾.

La legislación brasileña contempla una situación similar cuando, en el curso de una inspección, las alegaciones del empleador versan sobre la

(18) MONTROYA MELGAR, Alfredo, *Inspección del trabajo y efectividad de los derechos laborales: sobre la iniciación de oficio de los procesos de trabajo*, Separata de Derecho y proceso, Murcia, 1980, pp. 561-562.

inexistencia de la relación laboral y resulta imposible verificar esa condición por los medios administrativos, caso en el que el proceso es encaminado a la Justicia del Trabajo (artículo 39° de la CLT). Los actuados administrativos fungen de cabeza del proceso judicial. Asimismo, el Ministerio Público puede promover la denominada “acción pública laboral”, en defensa de intereses colectivos (Ley Complementaria de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 75/93).

También se concede iniciativa *ex officio* en la República Argentina para el caso de los accidentes de trabajo.

Montoya Melgar atribuye estas situaciones, en el caso español, a la “función tuitiva” reconocida a la administración, que, en este caso, trasciende a lo procedimental. Igual razonamiento es aplicable a los demás casos reseñados, ya que la única explicación para la intervención estatal es la tutela del trabajador, quien muchas veces ignora sus derechos o se ve limitado en su capacidad para exigirlos judicialmente.

b. Privilegios procesales al trabajador

El Código de Colombia consagra en su artículo 69° el principio de que si una sentencia de primera instancia fuere totalmente adversa a las pretensiones del trabajador, sin ser apelada, debe ser necesariamente consultada con el respectivo tribunal superior del distrito judicial.

De ese modo, exonera en buena cuenta al trabajador de la obligación de apelar o, dicho de otro modo, lo precave contra la eventualidad de que, por omisión o desidia de su abogado, pueda quedar en estado de indefensión ante una resolución contraria.

También el artículo 350°.3 del Código General del Proceso uruguayo autoriza, por excepción, que el trabajador pueda modificar la pretensión en la audiencia preliminar cuando resulte manifiestamente que carencias de información o de asesoramiento han determinado omisiones en relación a los derechos que le asisten. En tal caso se otorga a la contraparte oportunidad para la adecuada contestación.

c. Redistribución de la carga de la prueba

En el proceso laboral la carga es atribuida al empleador, quien es por lo común el demandado, con lo que revertido el criterio usual, consagrado

en las expresiones latinas: *Semper onus probandi ei incumbit qui dicit*, *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*, *Actori incumbit onus probando*, *Actor non probante, reus absolvitur*, *Reus in excipiendo fit actor*, de allí que se hable con frecuencia de reversión de la carga de la prueba. El Tribunal Constitucional español utiliza el término “desviación de la carga de la prueba”.

El fundamento para ello es claro: el empleador tiene una posición dominante en materia de prueba, como ha sido expuesto líneas arriba.

Hay dos maneras de consagrar la reversión probatoria: expresa, cuando la norma legalmente así lo determina, como es el caso de la ley peruana, la cual señala que el trabajador solo está obligado a demostrar su condición de tal, producido aquello es cargo del empleador acreditar con prueba que la obligación no existe o que ya ha sido pagada⁽¹⁹⁾; u oblicua, cuando el ordenamiento consagra determinadas presunciones *iuris tantum* en favor del trabajador, que el empleador está en la necesidad de destruir, como lo hacen la ley colombiana y la panameña⁽²⁰⁾.

d. *Relatividad de ciertas pruebas*

En el proceso laboral no son aceptadas con efecto cancelatorio específico las declaraciones abstractas, del tipo de “no tengo nada que reclamar” o “todos mis derechos han sido cancelados” y otras de tipo genérico, contenidas por lo general en los llamados “finiquitos”. El juez, en resguardo de la irrenunciabilidad de los derechos, debe escudriñar en búsqueda de la verdad, la cual comúnmente es muy diferente a lo que se desprende del mero documento.

El Código de Trabajo ecuatoriano permite la impugnación de documentos de finiquito en que no hubiera participado un inspector de trabajo, lo cual –en opinión de Barbagelata– “lo sitúa en la línea de apertura a la apreciación libre del valor de los recibos de pagos de salarios y, en general, de toda la prueba documental producida en oportunidad de concertarse el contrato de trabajo o durante su vigencia”⁽²¹⁾.

(19) Artículo 27° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636.

(20) Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia (artículos 51° a 61°) y Código de Trabajo de Panamá (artículo 737°).

(21) BARBAGELATA, Héctor Hugo, “Los medios de prueba en el procedimiento laboral”, en *Revista Derecho laboral*, N° 119, Montevideo, 1980, p. 549.

La valoración de la prueba toda es diversa en el proceso laboral que en el ordinario, en razón del principio protector, como lo ha determinado la jurisprudencia brasileña: “En Derecho del trabajo la jerarquía de las pruebas, así como la limitación en cuanto a la prueba testimonial, deben ser sopesadas, al menos, con reservas. La naturaleza imperativa de las normas laborales informa la pertinencia del principio de la realidad. De ahí que sea posible separarse del aspecto formal, privilegiando el día a día de la relación jurídica trabajador-empleador. El primero, frente a la necesidad de mantener la fuente de su propio sustento, es conducido, a veces, a aceptar procedimientos condenables del tomador de los servicios. La simple formación de un recibo no excluye, frente a lo dispuesto en el artículo 9º CLT, la posibilidad de cuestionar la real armonía entre lo consignado y lo realmente ocurrido”(22).

e. Ampliación de facultades del juez: proceso cuasi inquisitivo

El juez laboral debe tener dentro del proceso una participación activa y efectiva, un virtual protagonismo que, sin disolver la estructura dispositiva del mismo, la tiñe marcadamente de inquisitividad. Como recuerda Coqueijo Costa(23), ya en 1933 la Ley Italiana del Proceso hablaba de “grandes e inquisitivos poderes del juez de trabajo”, y varias décadas después Rodríguez-Piñero la califica de “publicitación del proceso”.

Nos interesan, por ello, las que se desarrollan en esta última línea, que a nuestro criterio son las siguientes:

e.1. Suplencia de la queja

El segundo párrafo del artículo 685º de la Ley Federal de Trabajo Mexicana indica: “Cuando la demanda del trabajador sea incompleta, en cuanto a que no comprenda toda las prestaciones que de acuerdo con esta ley deriven de la acción intentada o procedente, conforme a los hechos expuestos por el trabajador, la junta, en el momento de admitir la demanda, subsanará esta. Lo anterior sin perjuicio de que cuando la

(22) PEREIRA DA SILVA MACHADO, César Junior, *O onus da prova no processo do trabalho*, LTr, Sao Paulo, 1993, p. 100.

(23) COQUEIJO COSTA, Carlos, “Principios característicos del Derecho procesal del trabajo”, en *Revista Derecho laboral*, N° 117, Montevideo, 1980, pp. 151-152.

demanda sea oscura o vaga se proceda en los términos previstos en el artículo 873° de esta ley”.

Conceptualmente, la suplencia de la queja es una alternativa a la facultad de fallo *extra petita*, siendo ambas opciones mutuamente excluyentes. La legislación procesal debe inclinarse por una u otra, esto es, permitirle al juez incorporar una materia *in limine litis* o hacerlo recién a la conclusión del proceso, mas no en ambas ocasiones.

e.2. *Fallo inmediato*

Normas como la colombiana conceden al juez la posibilidad de fallo inmediato y motivado al término de la audiencia en procedimiento de instancia única, así como al clausurarse el debate en la audiencia de trámite o de prueba en los procesos de instancia múltiple. Con ello se aligera el trámite, con beneficio para el actor. Es más, esa capacidad es viable también, en algunos ordenamientos, para separar los aspectos probados y convictos, que pueden ser objeto de una resolución precoz, de aquellos de prueba compleja o contenido dudoso, que continúan en su tramitación ordinaria, produciéndose dentro del proceso una disgregación que permite que lo que ya no es objeto de debate pueda ser precozmente ejecutado, sin subordinarse ni esperar a que se resuelvan los aspectos más controvertidos.

e.3. *Facultad de fallo ultra y extra petita*

El principio de “inmutabilidad del proceso”, según el cual, en palabras del maestro panameño Jorge Fábrega⁽²⁴⁾, “en determinada etapa procesal inicial, se fija definitivamente y consolida el cuadro objetivo, subjetivo y de tramitación del proceso y que la correspondiente estructura continúa, sin variación, hasta el momento de dictar sentencia y que aun se prolonga hasta su ejecución”; en el proceso laboral, “no es más que un enunciado general, una orientación, una tendencia, en atención a que el nuevo proceso, en que se prescinde de esquemas formales, se procura que la sentencia decida la pretensión conforme al derecho moral”.

(24) FÁBREGA, Jorge, “La transformación del proceso”, en *Trabajos jurídicos en memoria del Dr. Alberto Trueba Urbina*, México D.F., 1986, p. 184.

Antes bien, al juez laboral se le concede la facultad de ordenar en la sentencia sumas superiores a las demandadas (*ultra petita*: más que lo demandado) y aun, bajo ciertas condiciones y en determinados ordenamientos, materias no incluidas en la demanda inicial (*extra petita*: distinto a lo demandado). Esta prerrogativa constituye una excepción a la inmutabilidad y rompe el llamado principio de congruencia que, según Monroy⁽²⁵⁾, se expresa en el aforismo latino “*ne eat jude ultra petita partium*, que poco más o menos significa que el juez no puede darle a una parte más de lo que esta pide”.

Los requisitos para la incorporación en la sentencia de cantidades superiores o materias distintas son taxativos e inexcusables, a saber:

- a. Que, aunque no aparezcan o aparezcan de modo distinto en la demanda, hayan surgido a debate en el curso del proceso.
- b. Que hayan quedado acreditadas, probadas de modo tan incuestionable que hayan podido producir convicción absoluta en el juez sobre la procedencia del derecho.
- c. Que el derecho sea amparado, esto es, que la facultad se ejerza *pro operario*.
- d. Que versen sobre derechos irrenunciables.

Albuquerque⁽²⁶⁾ plantea al respecto dos cuestiones muy importantes: a. si se trata, para el juez, de una facultad o de un deber, y b. si puede ser atribuida al tribunal de revisión o debe concederse solo al juez de primera instancia. El maestro dominicano apunta sendas respuestas: respecto de lo primero, “en Colombia, los autores entienden que es una simple facultad, opinión que fundamentan en el texto legal que utiliza el verbo ‘podrá’; pero bien podría considerársele como un deber desde el momento que la misma se fundamenta en el principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. En efecto, si este reclama una suma inferior a la otorgada por la ley, se desconocería tal principio del derecho material si dependiera de la discrecionalidad del juez otorgar o no la diferencia de la

(25) MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al proceso civil*, Temis, Bogotá, 1996, p. 90.

(26) ALBUQUERQUE, Rafael, “Unificación del Derecho procesal latinoamericano”, en *XI Congreso iberoamericano de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Honduras, 1992, pp. 224-225.

suma dejada de reclamar que por ley le corresponde. Lo mismo se aplicaría en el caso de derechos legales distintos a los incluidos en la demanda”. Respecto de la segunda cuestión dice: “Se aduce que si únicamente apela el demandado, cualquier condena adicional que haga el tribunal de alzada significaría una *reformatio in peius*, lo que sería inadmisibile; pero, si ambas partes recurren en apelación, el juez de segundo grado se encuentra en la misma situación de la primera instancia, lo que permitiría modificar la condenación. Esta posición no es aceptada unánimemente y algunos autores opinan que la potestad de fallar *ultra o extra petita* solo corresponde al juez de primer grado. Aún más, por el efecto devolutivo de la apelación podría sostenerse que la sola apelación del sucumbiente permitiría al juez de la alzada fallar *ultra o extrapetita*, aunque lo haga *in peius* de los derechos del patrono demandado». Ambos puntos, concluye, merecen ser debatidos y unificados.

Otorgan estas facultades excepcionales las leyes panameña (artículos 535° y 875° CT), peruana (artículo 48° LPT) y colombiana (artículo 50° CPT), con la salvedad en este último caso de que solo la pueden ejercer los juzgados de primera instancia, no los tribunales de revisión o apelación.

5.2. Manifestaciones indirectas o paraprocesales del principio protector

a. *Las reglas pro operario*

Las reglas *pro operario*, la manifestación por excelencia del principio protector, sin dejar de ser sustantivas, tienen operatividad y efectividad al actualizarse en el juez. Esas reglas son *in dubio pro operario*, de norma más favorable y condición más beneficiosa.

a.1. *In dubio pro operario*

La regla de la favorabilidad interpretativa trastoca la hermenéutica procesal, pues esta de ordinario actúa a *favor debitoris* o *pro reo*: en caso de duda debe estarse a lo que favorezca al deudor o al reo. En el proceso laboral la duda favorece al acreedor, que es el trabajador, normalmente el demandante.

La regla *pro operario* no es absoluta ni sirve como regla inflexible frente a toda hesitación interpretativa. Los criterios o límites para su aplica-

ción, según destacan Plá⁽²⁷⁾ y da Silva⁽²⁸⁾, son, por una parte, que exista una duda insalvable, inexpugnable, y, por otra, el respeto a la *ratio legis*. En cuanto a lo primero, el intérprete, o sea el juez, debe aplicar todos los medios y métodos interpretativos en que es tan pródigo el Derecho: literal, lógico, analógico, teleológico, histórico, sociológico, etc.; será recién cuando esos métodos resulten impotentes para resolver el enigma legal que aquel quedará autorizado para invocar la regla e inclinar su veredicto en favor del laborante.

Se trata, pues, de un “último recurso”, como lo califica acertadamente Ackerman⁽²⁹⁾, quien cita además a Alarcón Caracuel, el cual señala que “se trata de una regla interpretativa que no sustituye a los criterios hermenéuticos tradicionales –gramatical, lógico, histórico y sistemático– ni al recurso a la analogía ni al juego de la supletoriedad; en el fondo, es una especie de último mecanismo, una regla de cierre que, en realidad, debería emplearse bastante poco; y, de hecho, su empleo riguroso – otra cosa es su simple y gratuita mención– es cosa poco frecuente”.

En cuanto a lo segundo, el juez está en el deber de aplicar la norma, mas no facultado para crearla; no se trata de que le enmiende la plana al legislador ni mucho menos que se sienta y se convierta en legislador él mismo, contrariando lo que es el derrotero natural de la norma, sino tan solo de que dilucide la razón de ser de esta, que, al no resultar clara en su enunciado, no puede ser orientada en contra de la parte débil de la relación.

a.2. Norma más favorable

La regla de la norma más favorable⁽³⁰⁾ es hoy objeto de revisión y aun de cuestionamiento. Autores de tanto prestigio como Octavio Bueno

(27) PLÁ, *Los principios del Derecho del trabajo*, cit., pp. 39-40.

(28) PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito do trabalho*, cit., pp. 47-48.

(29) ACKERMAN, ob. cit., p. 53.

(30) La regla de norma más favorable puede ser definida como aquella según la cual, ante la existencia de dos o más normas, todas vigentes, válidas y aplicables a un mismo caso, debe prevalecer la que más beneficie al trabajador. Sobre su aplicación vide PASCO COSMÓPOLIS, Mario, “La norma más favorable: su determinación”, en *X Congreso iberoamericano de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Montevideo, 1989; también en *Derecho*, N° 57, Lima, 2005; y las de los otros ponentes oficiales: Octavio Bueno Magano, Geraldo von Potovsky y Jorge Rosenbaum.

Magano han llegado a afirmar que, a lo largo del tiempo, deberá “ceder paso a la noción de interés preponderante del trabajador, reconocido por el grupo profesional al que pertenece, en el sentido de que sus condiciones de trabajo puedan modificarse o *in melius* o *in peius*, conforme a las circunstancias”⁽³¹⁾.

La dilucidación de la norma más favorable compete también en exclusiva al juez; es ante él que se propone el dilema y es él naturalmente quien lo dirime, de modo pues que es un principio procesal por antonomasia, al menos en su aplicación.

Problemas no resueltos de la regla siguen siendo a) el de la forma de determinación de la norma más ventajosa, y b) el de la propuesta de la norma. Respecto de lo primero, las soluciones clásicas son la del conglobamento, la acumulación y la separación por institutos⁽³²⁾.

Respecto de lo segundo, si se adopta la tesis del conglobamento, parece obvio que lo que un juez tiene que hacer en el litigio no es tanto escoger entre dos normas, sino solo definir si la que invoca el trabajador le es o no aplicable, puesto que puede considerarse una presunción *iures et de iure* que si es invocada es porque beneficia; resultaría asaz curioso que el trabajador se amparara en una norma y el juez le endosara otra bajo el argumento de que le es más provechosa. La tutela no puede llegar tan lejos. Esta es la posición de Vázquez Vialard, quien afirma que “cuando el titular del derecho tenga opción a elegir, el juez no puede hacer lugar a algo distinto a lo peticionado”⁽³³⁾. Y Camps llega a afirmar, de modo más

(31) MAGANO, Octavio Bueno, “La determinación de la norma más favorable”, en *Anales del X Congreso iberoamericano de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Montevideo, 1989. El recordado gran maestro brasileño, con su característica elegancia, añadía estas expresivas palabras: “Solo entonces se liberará Sísifo de la predestinación que lo embrutece. Como diría Camus, un semejante que permanece tan cerca de las piedras, ya es una piedra él mismo. Solo la libertad de elección podrá tornarlo superior a su destino. “*Il n'est pas de destin qui ne se surmonte* [...]”.

(32) Nos remitimos a nuestro trabajo citado en la nota N° 4, dedicado en específico a este tema.

(33) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de Derecho del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 203. Plá Rodríguez considera que una de las cuestiones que la aplicación de la regla acarrea es definir si su determinación depende o no de la sola apreciación subjetiva de los interesados, o si “debe ser resuelta objetivamente en función de los motivos que han inspirado las normas”. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los principios del Derecho del trabajo*, cit., p. 57.

enfático aún, que “cualquier sistema de aplicación de la teoría que no deje en manos del trabajador, individualmente considerado, la determinación de la norma más favorable (pues él es el único que está en condiciones de valorar con alguna exactitud cuál sea esta) deviene insatisfactorio”⁽³⁴⁾.

Si el método fuera el de la acumulación, en cambio, no puede atribuirse al trabajador la posibilidad de definir las partes de las normas que invoca en su favor, sino apenas el plantearlas, debiendo ser necesariamente el juez quien dilucide si ello es procedente, total o parcialmente. Bueno es advertir, sin embargo, que el método del cúmulo no tiene hoy en día sostenedores, dada su esencia radicalmente demagógica.

a.3. Condición más beneficiosa

La aplicación de la condición más benéfica implica, en cierta forma, reconocer ultraactividad a leyes derogadas, crear un estatuto de privilegio *ad personam* y con ello provocar una ruptura del principio de igualdad, puesto que la regla se aplica a aquellos trabajadores que, al irrumpir la nueva ley peyorativa, habían presuntamente incorporado a su patrimonio jurídico determinados derechos; derechos que no serán reconocidos a los nuevos trabajadores, quienes más bien resultarán sujetos a la regla de aplicación inmediata de la ley, que es hoy la doctrina que prevalece.

Por eso, esta regla tiene cada vez menor vigencia, afectada profundamente por la flexibilización de la normativa laboral, e incluso es objeto de activo cuestionamiento por maestros tan ilustres como Magano. En esa línea, Ackerman afirma: “Ya no se discute –y de hecho no resultaría hoy sencillo encontrar argumentos doctrinarios fundados ni, menos aún, normativos que avalaran la afirmación contraria– la legitimidad jurídica de que, como consecuencia de una modificación legislativa o la sustitución de un convenio colectivo, las condiciones de trabajo establecidas en las nuevas normas resulten *menos favorables* para el trabajador que las fijadas en las anteriores. Afirmar lo contrario supondría sostener la existencia de una suerte de necesaria *progresividad* de la norma laboral –o, simétricamente, su *irreversibilidad*–, cualidad que, más allá de los reproches valorativos que se puedan dirigir a las reformas regresivas o peyorativas, no tiene

(34) CAMPS RUIZ, Luis, *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho español de trabajo*, ET, Colección Tesis Doctorales, Madrid, 1976, p. 52.

fundamento jurídico y, por cierto, no es un *principio* del Derecho del trabajo ni una manifestación necesaria del *principio de protección*⁽³⁵⁾.

b. Indisponibilidad de derechos

La irrenunciabilidad de los derechos atribuidos al trabajador constituye, según la doctrina⁽³⁶⁾, un principio laboral en sí misma. Ahora bien, desde una cierta perspectiva podríamos considerar que integra o al menos se complementa con el principio protector, puesto que la irrenunciabilidad representa una forma de proteger al trabajador. Es esa la razón que nos mueve a considerar que tiene también cabida dentro del proceso laboral, al menos en dos manifestaciones específicas.

En la conciliación –institución que en el proceso laboral está hipervalorada, según expresión célebre de Eugenio Pérez Botija–, no se admite la celebrada privadamente. La conciliación, a diferencia de la transacción, que implica el intercambio mutuo de concesiones, se caracteriza por el respeto a los derechos indisponibles del trabajador. En salvaguarda de los mismos, la conciliación debe ser celebrada necesariamente en presencia de una autoridad pública, preferentemente judicial, o sometida a una posterior confirmación por vía de la homologación.

En similar sentido, muchas legislaciones no admiten el desistimiento sin expresión de causa, vale decir aquel que se ejecuta sin exteriorizar las razones o términos que lo justifican. Es deber del magistrado exigir del actor la manifestación de los motivos que lo llevan a abdicar de su pretensión, como manera de garantizar que no involucre pérdida de derechos.

c. Otras normas de protección

Las manifestaciones del principio protector antes reseñadas no son las únicas; son apenas las más importantes. Existen otras, múltiples, que contornan y conforman dicha protección, tales como:

- **Gratuidad:** el proceso laboral es por lo general gratuito para el trabajador, quien está exonerado del uso de papel sellado, pago de tasas,

(35) ACKERMAN, *ob. cit.*, p. 57.

(36) Por todos, vide PLÁ RODRÍGUEZ, *Los principios del Derecho del trabajo*, cit., p. 77.

costos, costas, etc., que en cambio sí constituyen obligación para el empleador.

- **Defensa gratuita:** en la generalidad de los países, el trabajador puede obtener patrocinio letrado gratuito a través de órganos que, en algunos casos, dependen de los servicios del Ministerio de Trabajo o, en otros, constituyen institutos independientes (Procuraduría del Trabajo).
- **Oralidad-concentración-inmediación-celeridad:** este conjunto de atributos, íntimamente ligados entre sí y virtualmente inseparables, deben conducir a un proceso ideal en el que el máximo de actos pueda ser cumplido en un mínimo de diligencias, presididas personalmente por el propio juez y ejecutadas en forma prevalentemente oral, en aras de lograr una resolución no solo justa y equilibrada, sino pronta, habida cuenta de la naturaleza alimentaria de los derechos patrimoniales del trabajador y la urgencia social que unánimemente se les reconoce.

Para hacerla viable, el Código colombiano autoriza a grabar lo actuado en una audiencia a través de medios electrónicos o magnetofónicos, lo cual representa un inmenso avance, no solo en el aprovechamiento de los recursos que la moderna tecnología aporta, sino que permite mantener en una forma muy aproximada a su evacuación oral actos que, de lo contrario, tendrían que escriturarse, perdiendo la frescura y lozanía que tuvieron en la realidad. Es en ello donde radica, sin duda, la ventaja inmensa que el proceso oral tiene respecto del escriturario.

Es a estos caracteres típicos o peculiaridades, derivados e integrantes del principio protector, a los que gran número de estudiosos ha tomado por principios, sin advertir que son efecto y no causa.

6. COLOFÓN

Si el principio protector es la esencia del Derecho laboral, como el alcohol lo es del vino, según decía Carnelutti, lo es también para el Derecho procesal del trabajo, porque el proceso no es un fin en sí mismo, sino el medio para que actúen y se hagan efectivos los derechos sustantivos.

De poco valdría, en efecto, dar una especial tutela legal al trabajador si, al reclamar sus derechos ante los estrados judiciales, quedara a merced

de la desigualdad que, siendo inseparable de la relación laboral e insuperable en ella, se amplía y agudiza en la relación procesal.

Por eso dice Rafael Albuquerque⁽³⁷⁾: “El reconocimiento del principio protector en el Derecho del trabajo conduce ineluctablemente a considerar su presencia en el Derecho procesal del trabajo, pues es precisamente en el ámbito del procedimiento en donde adquieren pleno valor las reglas que se derivan de este principio”.

(37) ALBURQUERQUE DE CASTRO, Rafael, “El principio protector en el proceso laboral”, en *XIII Congreso iberoamericano de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Panamá, 1998, T. II, p. 99.