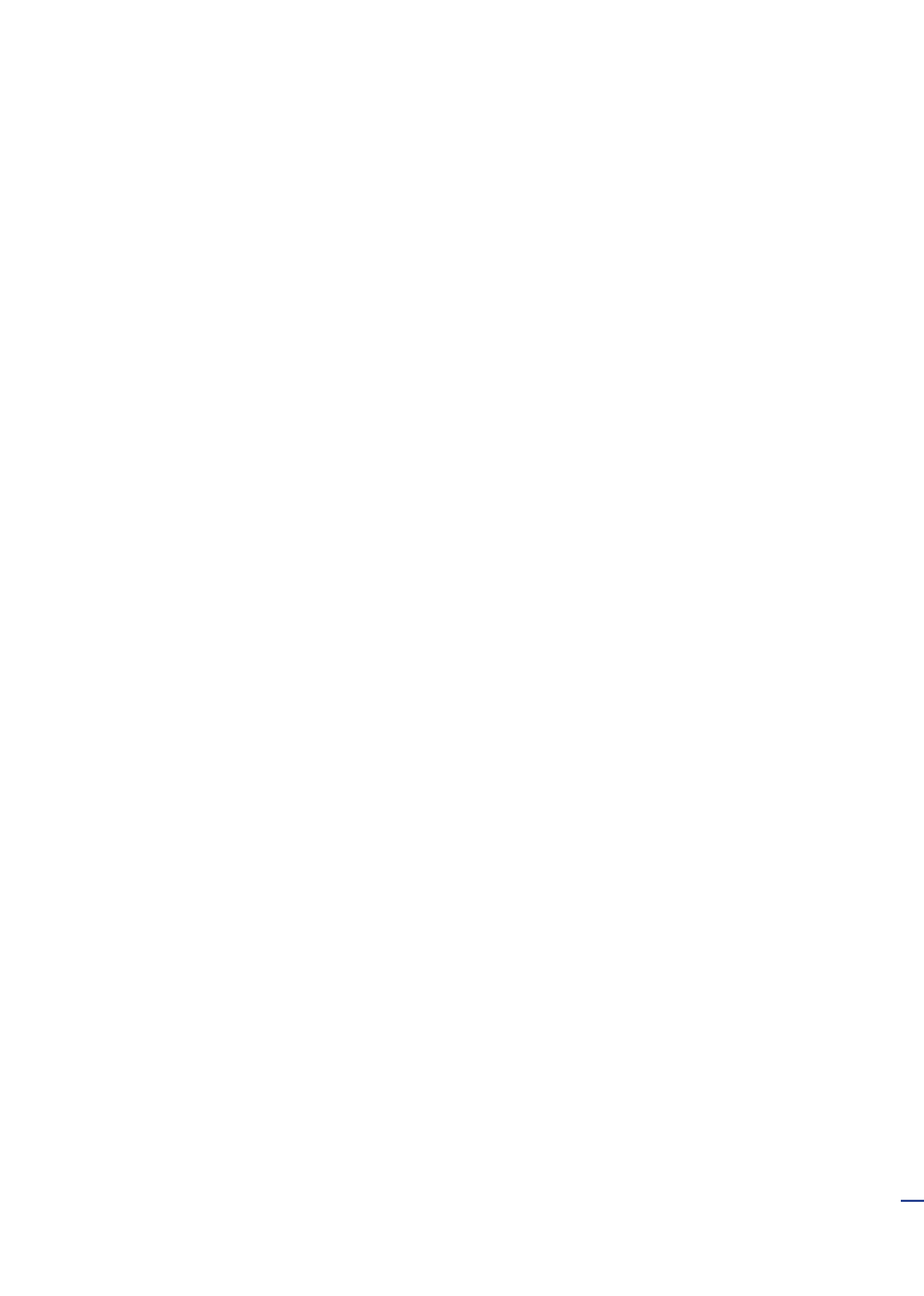


**PRINCIPIOS APLICABLES AL
PROCESO LABORAL**



El principio protector como fuente de potestades judiciales. Una aproximación crítica

The protective principle as a source of judicial powers.
A critical approach

FRANCISCO A. RUAY SÁEZ*

Universidad de Chile.

Correo: fruaysaez@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0000-1872-2894>

RESUMEN: La presente investigación tiene como objetivo analizar el uso argumentativo del principio protector en el derecho procesal laboral. Para ello se exponen las nociones fundamentales relacionadas con el particularismo del Derecho del Trabajo, y se analiza su incidencia en materia procesal laboral. Asimismo, se expone la discusión doctrinaria entre garantistas y publicistas procesales, a fin de que con dichas herramientas podamos analizar el uso de la expresión principio en materia procesal y, en particular, la noción de principio protector en la creación doctrinaria y judicial de potestades del juez laboral.

PALABRAS CLAVE: Principio protector-poderes del juez-derecho procesal laboral-Derecho del trabajo

ABSTRACT: This research aims to analyze the argumentative use of the protective principle in procedural labor law. For this, the fundamental notions related to the particularism of Labor Law are exposed, and its impact on labor procedural matters is analyzed. Likewise, the doctrinal discussion between procedural guarantees and publicists is exposed, so that with these tools we can analyze the use of the expression principle in procedural matters, as well as the use of the expression principle, and, in particular, of the protective principle, in the doctrinal and judicial creation of powers of the labor judge.

KEY WORDS: Protective principle-powers of the judge-labor procedural law-Labor law

Recibido: 20/08/2024

Aceptado: 22/09/2024

Publicado en línea: 30/09/2024

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Estudiante del programa de Doctorado en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile. Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de León, España. Máster © en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Profesor de Derecho Laboral en Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Chile. Esta investigación fue realizada gracias a la beca universitaria FAI de la Universidad de los Andes, y a la Beca ANID de estudiantes de Doctorado, otorgada por el Estado de Chile.

SUMARIO: I. Introducción; II. Sobre el principio protector laboral y el particularismo del Derecho del Trabajo. III. El particularismo del Derecho laboral y el derecho procesal laboral/laboral procesal. IV. Sobre los posibles usos de la expresión “principio” en la argumentación procesal, y en específico del “principio protector”, a propósito de las potestades del juez. *1. En general, sobre el uso de la expresión “principio” en derecho procesal. 2. Como elemento identificador del conflicto doctrinario entre garantistas y publicistas procesales. 3. Como fundamento argumentativo en el contexto de un diseño legislativo democrático. 4. Como fundamento de las resoluciones judiciales dictadas en el iter procesal. 5. Como fundamento de potestades atípicas o implícitas. 6. Como fundamento de un estándar probatorio. 7. Como regla de juicio a propósito de la determinación de las cargas de la prueba.* V. En torno a una posible lectura crítica. VI. Conclusiones. Referencias.

◆

I. INTRODUCCIÓN

La rama jurídica laboral tiene un origen relativamente reciente (Arredondo, 2013:129) (Boza Pró, 2014: 17), y a diferencia de los largos desarrollos históricos y dogmáticos, por ejemplo, del Derecho Civil o el Derecho Penal, podríamos con cierta seguridad reconocer su carácter de rama novel del Derecho. A nivel global, y no sólo en la tradición continental, se asocia su origen a la denominada “cuestión social” (Mercader, 2019: 30). Los movimientos de trabajadores en todo el mundo, la propagación global de las ideas socialistas, comunistas y anarquistas entre la clase obrera sirvieron como herramientas discursivas que permitían poner en el discurso público, en principio, un descontento, y con posterioridad, formular una propuesta no sólo referida a las mejoras de las condiciones precarizadas de vida de los obreros, sino también, la posibilidad de desarrollo de un horizonte político.

Las proyecciones políticas de dicho discurso dieron cuenta de la necesidad del Estado de Derecho de afrontar este particular tipo de conflicto social de una manera no meramente represiva. Habría que superar particularmente las formas de análisis de la acción del movimiento obrero para superar la visión criminalizante o penalista de la huelga como medio de acción de la fuerza laboral constitutiva de ilícitos, e incluso, trascender de un análisis meramente civilista que veía en la huelga no más que una forma de incumplimiento contractual (Barajas, 1983: 19 y ss.).

La huelga como momento de suspensión del Derecho mismo (Benjamin, 2001: 27 y ss.) ponía a éste contra las cuerdas. La denominada cuestión social

no podía sólo quedar marginada del discurso jurídico que hasta fines del siglo XIX e inicios del siglo XX le otorgaba el lugar propio de un hecho susceptible de calificación jurídica (con consecuencias civiles, penales, administrativas, etc).

Lo anterior provocó que cada sistema jurídico inicie un proceso de juridificación del conflicto social laboral, manifestado icónicamente en la conversión de la huelga en un concepto jurídico, por sobre una denominación referida meramente a un conjunto de hechos desplegados por los trabajadores susceptible de calificación jurídica. Y no sólo aquello, sino que también comienzan a erigirse en los distintos sistemas jurídicos una regulación sistemática de lo que con posterioridad pasaría a denominarse “relaciones jurídicas laborales”.

La cuestión social resultó no sólo ser fuente material de derecho interno en los diversos países del mundo, sino que también pasó a ser fuente material de pronunciamientos eclesiásticos de alcance global (Encíclica *Rerum Novarum*), así como sirvió también de factor propiciador de organismos internacionales que centraban su centro en la preocupación en esta materia en su dimensión jurídica, que como ejemplo paradigmático encuentra a la Organización Internacional del Trabajo desde la suscripción del tratado de Versalles en 1919.

Creadas las normas sustantivas se generó la necesidad de contar con un cuerpo especializado en aplicación de dicho derecho. Los Estados iniciaron la creación de tribunales especializados en materia procesal, y con ello, una forma específica de regulación de las normas procesales.

Inmediatamente la pregunta que surgió versó sobre la relación entre dicha forma procesal y el derecho sustantivo, en particular, sobre la incidencia, o no, del derecho sustantivo, y del principio protector, en la regulación misma del proceso.

Enseguida, más allá de la misma forma de proceso, se abre la discusión en torno a las posibilidades de especificar también, atendido el derecho de fondo, la figura y las potestades que el juez detentaría en la resolución de los litigios laborales.

En la presente investigación expondremos en líneas generales la posible vinculación entre el principio protector laboral y el derecho procesal laboral o del trabajo. En particular nos interesa exponer su uso argumentativo en la deter-

minación de poderes del juez laboral. Para lograr nuestro objetivo expondremos en primer lugar los términos generales de la discusión en torno a la vinculación entre derecho del trabajo y derecho procesal del trabajo, desde su particularismo, para luego exponer las discusiones que se han generado al interior de la rama procesal a propósito de sus divisiones conceptuales entre garantistas y publicistas. Posteriormente expondremos las posibles formas de incidencia del principio protector en el derecho procesal laboral, para concluir con una reflexión crítica en torno a lo sostenido por una parte de la doctrina.

II. SOBRE EL PRINCIPIO PROTECTOR LABORAL Y EL PARTICULARISMO DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Tal vez como una forma de cooptación de la fuerza revolucionaria de los trabajadores, como sostenían fundamentalmente los anarquistas, o más bien, como un ejemplo civilizatorio de progreso en la sociedad, como sostenían algunos socialistas, las relaciones laborales encontraron un espacio de regulación al interior de la regulación jurídica.

Es coincidente en los diversos sistemas jurídicos desde antaño la consideración fundamental de la constitutiva relación desequilibrada entre los trabajadores y los empleadores o patrones, que se materializa en la subordinación o dependencia jurídica (Rodríguez, 1966: 159). La desigualdad sería constitutiva, ontológicamente, de la relación laboral. Luego, es precisamente dicha constatación ontológica la que definiría el carácter del principio principal que permitiría diferenciar al Derecho del Trabajo del Derecho Civil. La autonomía de la voluntad en el ámbito laboral se vería trastocada por la situación de necesidad del trabajador, y la circunstancia de verse impelido a poner en venta su fuerza de trabajo para acceder una fuente de ingresos que le permita mantener al menos su reproductibilidad. La subordinación sería el elemento diferenciador en esta relación que se aleja de la simetría en libertad que proponía tradicionalmente el Derecho Civil regulatorio de las relaciones horizontales del hombre libre.

En palabras de Aseff, “sea que se lo aborde desde un punto de vista sustancial como formal corresponde tener presente que el derecho laboral nace a partir de la emergencia y abordaje de la cuestión social y de los efectos de la pobreza propios del advenimiento del capitalismo” (Aseff, 2011:60)

El llamado al Estado de Derecho, a fin de alcanzar la paz y el orden social, inicia el proyecto de desarrollar un conjunto de regulaciones normativas que den cuenta de dicha situación de desequilibrio, y, en ese sentido, despliega una labor nomogenética orientada a un fin específico: la protección del trabajador ante posibles abusos a los que se ve expuesto en una relación jurídica constitutivamente desigual, definida por la dependencia.

Se ha señalado que una de las formas de identificar la existencia de una rama jurídica, al menos con autonomía relativa, radica en la posibilidad de identificar principios propios, entendidos como fundamentos de dicha disciplina particular (Lariguet, 2006: 401) (Guibourg, 2009: 209). En otro sentido, desde un punto de vista práctico, sería la propia identidad de una rama jurídica como disciplina autónoma la que guiaría a la doctrina y jurisprudencia a la formulación de principios propios que permitan integrar el derecho en caso de lagunas normativas (Vergara, 2014: 960).

Señala Aseff en materia laboral que “una rama del derecho –y el Derecho Laboral no escapa a esta apreciación- se constituye como tal en forma autónoma cuando tiene una serie de principios diferentes a los del derecho común, que deben ser considerados como generales y abarcar el mayor campo posible dentro de la materia que se trata, pues le otorgan el sentido general y su lógica interna a la rama especial en cuestión, su identidad y autonomía” (Aseff, 2011: 51).

En este sentido, una de las utilidades de la expresión principio en su dimensión jurídica (al menos en una comprensión de éste como el resultado de un proceso inductivo de constatación de orientación normativa o de prácticas jurídicas) sería que cada rama podría elaborar intelectivamente enunciados que operen como principio en el desarrollo de la respectiva argumentación jurídica (en sentido amplio) en cada una de dichas disciplinas.

En dicho sentido, la noción genérica de principio protector del trabajador, principio de favorabilidad o principio tutelar, englobaría aquello que podemos denominar el espíritu (o al menos intención común) del conjunto de disposiciones jurídicas y prácticas que tienen como finalidad, o consecuencia, la regulación normativa de las relaciones jurídicas laborales.

El principio protector del trabajo sería el eje central sobre el que se ha de erigir una rama de derecho “particular”, o al menos sería el “lugar común” desde

la tónica jurídica (Viehweg, 2007, 159 y ss), sobre el cual se erigiría la posibilidad de desarrollo argumentativo del Derecho del Trabajo. El particularismo del Derecho del Trabajo radicaría precisamente en que los conjuntos de normas regulatorias de las relaciones sociales laborales tienen una finalidad específica: proteger al trabajador con el establecimiento de un conjunto dispositivo de normas jurídicas imperativas que tienen como finalidad modular la autonomía de la voluntad de los particulares en razón de la desigualdad constitutiva de la relación material.

Precisamente en esto consistiría el particularismo del Derecho del Trabajo (Barbagelata, 2014: 19): en la identificación de sus principios fundamentales, que permitirían sostener su autonomía, a lo menos relativa, y la posibilidad de resolver los conflictos intersubjetivos en materia laboral invocándolos como “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos” (Plá, 2015: 34).

III. EL PARTICULARISMO DEL DERECHO LABORAL Y EL DERECHO PROCESAL LABORAL/LABORAL PROCESAL

El Derecho procesal ha sido abordado por parte de la doctrina como un derecho adjetivo, por oposición al derecho sustantivo que regularía materialmente las relaciones jurídicas entre las personas (Pérez Ragone, 2018: 23). El proceso como instrumento, cuyas especificaciones referirían no más que a ordenaciones técnicas derivadas de las materias sustantivas a las cuales serían serviles orientadas a la realización de la promesa de tutela judicial efectiva.

Tal vez lo anterior permite explicar que quienes más se han abocado al estudio del derecho procesal laboral han sido quienes precisamente quienes tienen una afiliación académica con la doctrina laboral, y aquello no es baladí. Al menos desde una constatación lingüística básica cabría analizar si en este caso “lo procesal” sería, analizando dicha fórmula textual, meramente la explicitación de un aspecto adjetivo (lo procesal) de aquello que es realmente lo sustancial (el Derecho Laboral). Lo cierto es que la fórmula textual podría invertirse con consecuencias similares si cuando afirmamos en realidad que estamos ante el derecho procesal laboral, en cuyo lugar el adjetivante es lo laboral, del sustantivo

procesal. Esto último tendría sentido si sostenemos que el Derecho Procesal es también una rama o disciplina autónoma, con principios propios, que darían forma a los conceptos elementales de dicha disciplina.

Parte de la doctrina ha destacado precisamente el interés de la consideración del Derecho procesal no sólo como un derecho meramente instrumental o adjetivo, sino como una ordenación jurídica cuyo objeto es la regulación específica de la función estatal jurisdiccional, con principios e instituciones propias. La respuesta a la pregunta sobre qué es el derecho procesal nos remite lógicamente de manera inmediata la pregunta en torno a qué entendemos por proceso, y con ello, cuál sería el fin del proceso, la posición del juez en el proceso, y de qué manera se ha de comprender en último término este mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos.

Dos grandes escuelas encontramos enfrentadas en dicha dimensión: el garantismo procesal y el publicismo procesal. Los términos fundamentales de la discusión se pueden encontrar en una obra coordinada por el profesor Montero Aroca en el libro “proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos” (Aroca, 2006).

Por un lado, los garantistas señalan que el Proceso sería esencialmente “[...] un método pacífico de debate dialogal y argumentativo [en donde] la razón de ser del [mismo] es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada para mantener un estado perpetuo de paz” (Alvarado, 2010: 64-65) ; o, de manera más completa, un “medio pacífico de debate mediante el cual los antagonistas dialogan para lograr la solución -mediante resolución de la autoridad- de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad para mantener en ella un estado de paz” (Alvarado, 2009: 37) . Así, a modo de síntesis, el Proceso es entendido como un método dialéctico de solución de conflictos intersubjetivos; tan solo eso. En consecuencia, y de acuerdo al profesor Omar Benabentos, “[e]l proceso tiene una doble misión: a) satisfacer las pretensiones jurídicas que esgrimen los litigantes en la contienda, es decir atender al interés “privado” de los litigantes y b) suprimir el estado de conflicto, buscando la pacificación social por medios civilizados (interés público)” (Benabentos, 2001: 42).

Por su parte, en cambio, quienes adhieren a la posición que podríamos identificar como publicismo procesal sostienen que “el proceso es un instrumento o herramienta para la realización del derecho de fondo, donde el juez (principal actor en este sistema) debe velar por la búsqueda de la verdad objetiva material” (Godoy, 2008). En consecuencia, “[l]a prueba debe ser considerada como medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial” (Nuñez, 2008: 207) . El Proceso, bajo dicha concepción, cumple un rol epistemológico, orientado hacia la consecución de un fin trascendente: la búsqueda de la Verdad y la Justicia. Así, para Picó i Junoy, por ejemplo: “[l]a ‘justicia’ como valor superior del ordenamiento jurídico, representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el resultado del proceso sea “justo”, el Estado debe poner al servicio de los jueces todos los medios y poderes necesarios para que puedan alcanzar dicho fin” (Picó I Junoy, 2006: 110)

Como puede el lector deducir lógicamente de lo expuesto, de cada una de estas dos escuelas deriva en una forma diferente de comprensión de las instituciones fundamentales del proceso y de sus principios.

60

En el caso del derecho procesal del trabajo, usualmente la doctrina que ha tratado sobre el tema ha desarrollado su perspectiva desde el Derecho del trabajo, y deriva usualmente de los principios de dicha rama la forma instrumental del proceso en particular. El particularismo del derecho del trabajo tiene su consecuente lógico en la verificación del particularismo del proceso laboral.

Como señala Fuenzalida (Fuenzalida, 2019: 80) “la pregunta que surge de las consideraciones [...] sobre los fines del proceso y el rol del juez, es si es posible –o razonable- sostener que, en e proceso laboral, que sigue siendo un modo de solucionar un conflicto entre partes, cuyo obetivo es que el juez diga o declare cuál es el derecho vigente en el caso concreto, dando con ello la razón a una u otra parte, a ese mismo juez se le imponga la carga adicional de proteger una de las partes de manera especial” (Fuenzalida, 2019: 80).

Tal como ocurre en el caso del derecho sustantivo, se afirma la necesidad fundante de considerar nuevamente la desigualdad material, fundante de la regulación del derecho sustantivo, ahora como elemento constitutivo esencial del derecho laboral procesal, fundado en la tutela judicial efectiva (Baylos, 1994: 124 y ss) (Chacón, 2015: 88). En ese sentido, el fin protectorio del derecho del

trabajo se traslada ahora al derecho procesal del trabajo), fundamentalmente a través de la formulación del imperativo de igualdad por compensación (Gamonal, 2015: 100), que en realidad sería comprendido como un método, que fue enunciado paradigmáticamente por Couture al señalar que “el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el crear otras desigualdades” (Couture, 1948: 275).

Señala Orsini que “el principio protectorio (también denominado protector o de favor) es el alma de la disciplina, desde que irradia su contenido sobre todas sus parcelas, incluyendo no sólo al Derecho Individual, sino también, al Derecho Procesal y al Derecho Colectivo del Trabajo” (Orsini, 2010: 499).

La pregunta inmediata que cabría realizar es ¿quién es el ente obligado a respetar o cumplir con dicho mandato imperativo de igualdad por compensación? ¿Es acaso el legislador? ¿El juez laboral? Y, enseguida, ¿cuál es la técnica que se utilizará para cumplir con dicha finalidad?

De la lectura de las propuestas laboristas en la materia podemos inferir que dicha comprensión del proceso resulta mucho más cercana a una comprensión publicista del proceso que a una garantista. Por razones evidentes, trasladar el particularismo del derecho del trabajo al derecho procesal del trabajo conlleva simultáneamente optar por la comprensión de una determinada finalidad del proceso, y la comprensión de un determinado modelo de juez. Sin embargo, como revisaremos, aquella no es la única salida.

Otro argumento que suele utilizarse como elemento diferenciador del derecho procesal del trabajo de otras especificaciones del derecho procesal en general se presenta como la necesidad de tutela judicial efectiva de los intereses jurídicos laborales (Baylos, 1994 120). El salario como fuente de ingresos para la sobrevivencia del trabajador torna imperativo, en un sentido cuasi alimentario, que el trabajador que requiera la intervención del Estado vea resuelta su pretensión con la máxima celeridad posible. Sin embargo, dicha argumentación obvia precisamente las circunstancias materiales, tan relevantes en materia laboral, también presentes en otras disciplinas jurídicas. Así, por ejemplo, los conflictos jurídicos en materia civil, como puede ser el de un arrendador de un inmueble, con un arrendatario que incurra en largos periodos impagos, o que el resguardo de la libre competencia, por ejemplo, no requeriría esta especial celeridad requerida en materia laboral. Cuestión similar ocurriría en el caso del proceso de familia.

Ahora bien, tras lo que hemos señalado hasta este punto existe una consideración implícita. Esta es que el principio protectorio o tutelar laboral cumpliría un rol en la argumentación jurídica. En ese sentido, tendría algún rendimiento en el desarrollo de la argumentación jurídica, y en dicho ámbito podríamos ilustrativamente hacer referencia al menos a la argumentación jurídica judicial y legislativa. Esto es, sería posible invocar en un determinado sentido o con una determinada finalidad al principio protector; sea para argumentar a favor de una propuesta legislativa o bien para fundar una resolución judicial procesal específica, o incluso la sentencia judicial.

En materia procesal, a su vez, el argumento del principio protector puede servir, a lo menos, para la determinación normativa de deberes, cargas u obligaciones procesales, en general, y de la prueba, en particular (Rosenberg, 2002: 73 y ss) (Carretta, 2008: 105 y ss.), así como para la definición de potestades procesales, o incluso, según algunos, como un elemento argumentativo en el proceso de argumentación jurídica sobre apreciación y valoración de la prueba. Puede tener por tanto presencia tanto en los argumentos legislativos del establecimiento de una disposición normativa vigente, como en el despliegue mismo del proceso, incluyendo su etapa de conclusión, y la sentencia definitiva dictada con posterioridad.

En particular lo que analizaremos en lo que sigue refiere a la posibilidad de la utilización del principio protector laboral como fundantes de una determinada potestad del juez laboral

IV. SOBRE LOS POSIBLES USOS DE LA EXPRESIÓN “PRINCIPIO” EN LA ARGUMENTACIÓN PROCESAL, Y EN ESPECÍFICO DEL “PRINCIPIO PROTECTOR”, A PROPÓSITO DE LAS POTESTADES DEL JUEZ

1. En general, sobre el uso de la expresión “principio” en derecho procesal.

La utilización de la expresión “principio” en el Derecho no es pacífica en absoluto. Su significado, en tanto contenido y alcance, diferirá de la comprensión sistemática del Derecho, y tendrá un determinado sentido dependiendo del campo de delimitación previamente definido por la comprensión de conceptos centrales de la definición del Derecho, y además de los conceptos de disposi-

ción normativa, norma, derecho, regla, principio, enunciado normativo, texto normativo, etc.

En ese sentido, y en torno a las diversas acepciones de la expresión “principio”, y en particular, de la expresión “principio jurídico”, podríamos transitar a lo menos desde el pensamiento aristotélico, hasta el prolífico uso que realiza contemporáneamente el neoconstitucionalismo, particularmente en su comprensión alexiana tan difundida en el continente latinoamericano, pasando por la tradición codificadora, como bien exponen Sarlo, Rodríguez, Gómez, Franco-lino, Delgado y Burstin en su obra “La era de los principios: entre compromiso moral y retórica vacía” (Sarlo et al, 2018). Sólo en Aristóteles encontramos a lo menos siete usos diversos de la expresión principio (Brito, 2015: 5 y ss). Y actualmente, en Alexy y Dworkin, damos cuenta de la comprensión de principio como una norma constitutiva del fenómeno jurídico por oposición a las reglas (Dworkin, 1993: 89), comprendidas como “mandatos de optimización” (Alexy, 2004: 13), que requerirían una particular técnica de aplicación en un modelo de tres niveles: normas, principios y procedimientos (Pozzolo, 2011: 135).

El derecho procesal, en sí mismo, no está exento de abordar necesariamente dicha problemática. El uso de la expresión principio al interior de esta rama jurídica arrastra una problemática propia, que, si bien podría emparentarse con alguna determinada comprensión del fenómeno jurídico en general, en un plano de la Teoría del Derecho, ha dado origen a una discusión interna, en búsqueda de la precisión analítica en el uso del concepto. Problemas de definición, y cada vez con mayor frecuencia, problemas asociados con su positivización y enumeración. En ese sentido señala Ríos que “es difícil encontrar a dos procesalistas que enumeren un mismo catálogo de principios (con lo que queremos significar que, parece haber tantos principios, como autores que se dediquen a ellos)” (Ríos, 2020: 26).

La principal discusión gira en torno a la diferenciación de aquello que podríamos determinar reglas técnicas, por un lado, y los principios en sentido estricto, por otro (Alvarado, 2009: 187 y ss). Asimismo, esto se complejiza aún más cuando la identificación de la expresión principio se asocia a una disciplina jurídica específica como herramienta de diferenciación con respecto a otra. Así, por ejemplo, desde una comprensión general unitaria del proceso (Benabentos, 2001: 42) se plantea como problema doctrinario la posibilidad de que el pro-

ceso laboral cuente con principios propios que le diferenciarían del proceso de familia, del proceso civil o el penal.

Desde una concepción esencialista, cuyo centro se encuentra en la definición de la función jurisdiccional del Estado, y del proceso, la noción de principio se asociaría específicamente a aquello que sería propio de todo proceso. Aquella noción referida a inicio o génesis, sin lo cual no podríamos seguir afirmando que estamos en presencia de un proceso en un sentido técnico. Las formas que adopte respecto de cada una de sus manifestaciones, esto es, más celeridad en unos procesos, oralidad o escrituración, entre otros, referirían en realidad a reglas técnicas y no a la noción de proceso en sí mismo. Alvarado en ese sentido ha señalado que “los principios procesales -propriadamente dichos, sin importar ahora las denominaciones erróneas que he consignado precedentemente son sólo cinco: 1) la imparcialidad del juzgador; 2) la igualdad de las partes litigantes; 3) la transitoriedad del proceso; 4) la eficacia de la serie procedimental y 5) la moralidad en el debate” (Alvarado, 2009: 187).

Con esta discusión ya anticipamos que es posible la problematización de cada uno de los denominados “principios del proceso” y su posible uso argumentativo. Por ejemplo, si el denominado principio de oralidad pudiese permitir fundar una determinada resolución, o realmente es parte constitutiva de la argumentación legislativa.

Es de suma relevancia tener conocimiento de qué tipo de entidad sería aquello que denominamos principio en cada caso, pues, por ejemplo, dependiendo de la concepción a la que adhiramos, podría sostenerse que en virtud de dicho principio podría derrotarse cualquier norma procesal que fuese contraria a su espíritu (comprendiendo la derrotabilidad como una característica de las normas en el paradigma neo constitucionalista) (Adrián, 2015: 67) (Caracciolo, 2005): , o bien que la expresión principio sólo refiere a idea fundamental de una disciplina con una utilización interpretativa o integradora en dicha rama específica.

Por lo mismo, aún para quienes sostengan la incidencia o pertinencia de invocación procesal del principio protectorio laboral, para poder hacerse cargo de su uso en materia procesal debiesen a lo menos contar con una definición operativa de la comprensión del término principio en este caso a fin de dar cuenta no sólo del sentido de su invocación, sino también de los posibles usos y consecuencias de su inclusión en la argumentación jurídica interna.

En ese sentido Mercader ha desarrollado un análisis crítico de los denominados “principios de aplicación del derecho”, y en particular, del principio “in dubio pro operario” como criterio hermenéutico, reconociendo en tal un criterio hermenéutico de ultima ratio ante dos posibles interpretaciones del texto legal o disposición normativa. Por tanto, no sería procedente su aplicación para ordenar la concurrencia o sucesión de normas (como criterio de resolución de antinomias, por ejemplo), no sería equivalente al in dubio pro reo, ni menos permitiría la aplicación de la presunción de inocencia, no sería aplicable a los contratos ni a convenios colectivos y no se aplicaría en el establecimiento de hechos ni en la valoración de la prueba (Mercader, 2014: 57 y ss). Ya nos referiremos detalladamente a algunas de dichas aristas.

Creemos que en ese sentido es de particular relevancia el concepto de principio protector elaborado por Plá en Sudamérica, y las funciones que atribuye a dicha preceptiva: informadora, normativa e interpretadora (Plá, 2015: 40), de las cuales creemos que acertadamente las funciones informadora e interpretativa revelan los alcances de la dimensión argumentativa del principio protector en un Estado de Derecho.

Cuestión aparte merecerán justificar y explicar los laboristas que adhieren a una comprensión post positivista del Derecho, y sostienen sin mayores reparos, por ejemplo, la aplicación de la teoría de la proporcionalidad de Alexy en la aplicación horizontal (u oblicua) de los derechos fundamentales del trabajador. La pregunta entonces a realizar es qué tipos de entidades son efectivamente los principios para dichos autores, y de qué manera podría incidir una comprensión alexiana de la noción de principio no sólo respecto del entendimiento de los derechos fundamentales como principios, sino también en el caso de los principios propios de esta disciplina, entre los cuales se encuentra no sólo el principio protector, sino también el de irrenunciabilidad, continuidad, entre otros.

En ese sentido, parte de la doctrina se ha mostrado particularmente agradecida y receptiva de las tendencias neo constitucionalistas, y la recuperación de importancia del concepto de principio (Orsini, 2010: 495); (Martín Valverde, 2003: 67) o derechamente su “rehabilitación” (Ugarte, 2016: 47).

Lo mismo que hemos señalado precedentemente cabrá de consultar a quienes adhiriendo a la comprensión neoconstitucionalista del Derecho pretenden acercarse al estudio de la rama procesal. ¿Qué tipo de entidad normativa es un

principio, y de qué manera incide esta noción de principio en la comprensión de los principios procesales? Así, por ejemplo, Redondo ha reconocido un vínculo directo entre el texto constitucional argentino y la consagración de un modelo neoconstitucionalista, el activismo judicial, y su relación con la comprensión de debido proceso.

En este último sentido, nos señala Aseff como notas distintivas del procedimiento laboral y sus particularidades que éstas serían tres, y se encuentran relacionadas entre sí: “las características del juez del trabajo, la especificidad de la materia de fondo y el desarrollo del neoconstitucionalismo como sustrato normativo y ius filosófico de esta época” (Aseff, 2011: 199). Se afirma además que el juez del trabajo debe ser imparcial, pero no neutras, sin especificar detalladamente qué comprenderían por cada una de dichas acepciones.

A nuestro entender, precisamente tanto en el caso de los principios del derecho del trabajo, como respecto de los denominados principios del derecho procesal, nos referimos a entidades jurídicas que no se avienen con un sistema de diferencia fuerte entre reglas y principios, en donde éstos últimos sean comprendidos como mandatos de optimización. La respuesta a qué tipo de entidad es un principio no podría ser sólo contestada en este sentido por su identificación con un mandato de optimización, y menos con su particular forma de aplicación. Aunque excede el objeto de la presente investigación la discusión en torno a la delimitación del uso de la expresión principio jurídico, nos parece ilustrativo revisar la obra de Alejandro Guzmán Brito (Guzmán, 2015), para una revisión del devenir histórico al menos hasta fines del siglo XX, y los debates entre neoconstitucionalistas o ius moralistas y positivistas que se han desarrollado a lo menos los últimos veinte años.

En un ejemplo simple en materia laboral, el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales no podría ser puesto a la balanza, precisamente por tratarse de una norma cuyo comportamiento no permite graduación. Se comportaría en ese esquema con lo que podríamos denominar una regla en sentido estricto.

Así como nadie podría sostener que alguien legítimamente pueda ser “levemente” torturado, ni “levemente” discriminado (por tratarse de reglas imperativas que no admiten limitación), tampoco podría ponderarse el principio de irrenunciabilidad frente a derechos de terceros, ni el principio protector, que, en cierto sentido podríamos sostener, si quisiésemos optar por abrazar alguna

formulación post positivista, más cercana a una directriz política (policies), antes que a una regla o principio, en términos dworkinianos. O sea, “un tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos)” (Dworkin, 1989: 72).

En términos procesales igual de polémica se vuelve la comprensión de los principios como mandatos de optimización susceptibles de ponderación. Piénsese, sólo de manera ejemplar, en el uso argumentativo del principio de oficialidad y celeridad para restringir, limitar o derechamente dejar de aplicar un derecho fundamental como el derecho fundamental a defensa o el derecho a la prueba. Incluso, en la derrotabilidad de las “meras reglas” procesales fundados en la tutela judicial efectiva. Es la noción de debido proceso, en sí misma, la que se ve puesta en riesgo en este caso.

El problema podría plantearse como sigue: si los principios estructuralmente pueden colisionar entre sí, y los derechos fundamentales son, a su vez, principios, ¿podrían colisionar los derechos fundamentales con los principios del derecho que podríamos denominar, tradicionales (por ejemplo, buena fe, buena fe procesal, autonomía de la voluntad, principio protector, etc)? Creemos precisamente que abrir paso a dicha teoría no sólo resta la racionalidad argumentativa del judicial, sino que abre paso a la baja en calidad de argumentación jurídica, y problemas de control de dicha actividad.

En resumen, adherimos a una comprensión del término principio en la rama laboral y en la rama procesal que se adhiere más a un concepto clásico que a la contemporánea distinción fuerte entre principios y reglas formulada por el constitucionalismo, siendo improcedente la aplicación simple y directa, por ejemplo, de la teoría de la ponderación en la aplicación de estos principios, y menos aún, la posibilidad de la derrotabilidad de las normas procesales mediante la invocación argumentativa de un principio.

Así por lo demás ha sido configurado en su momento por el autor de mayor relevancia en Latinoamérica en torno a la reflexión de los principios: don Américo Plá.

Habiendo expuesto los términos generales de la cuestión, iniciaremos exponiendo los posibles usos que se puede dar de la expresión en cuestión, para posteriormente realizar un análisis crítico desde una perspectiva garantista.

2. Como elemento identificador del conflicto doctrinario entre garantistas y publicistas procesales

La expresión principio, en general, como se ha señalado, es de utilidad en la determinación de autonomía de las diversas disciplinas jurídicas. Así, se suele afirmar que una disciplina o rama del Derecho que se precie de tal ha de contar a lo menos con un cúmulo de principios propios que oriente a lo menos la interpretación e integración del plexo normativo que permita materializar su despliegue normativo.

A su vez, la identificación específica de cuáles son dichos principios fundantes o fundamentales de una determinada disciplina, y también en algunos casos las diversas concepciones que dan contenido a dichos principios, son las discusiones que producen el enfrentamiento doctrinario al interior de las mismas disciplinas.

En el caso del Derecho procesal, precisamente la diferencia de identificación de dichos principios, y de su contenido y alcance normativo concreto, son los que permiten estructurar como doctrinas opuestas al publicismo y el garantismo procesal.

Así, como hemos señalado, el garantismo procesal ha identificado un número específico de principios para comprender que dicho número cerrado permitirían diferenciar estrictamente lo que serían propiamente principios, de aquellos que podríamos denominar reglas técnicas. Por su parte, como hemos indicado previamente también, el publicismo procesal trataría indiferentemente la nomenclatura principialista utilizada en el texto legal, y la propia del desarrollo doctrinal.

La técnica de los principios procesales le permitiría al publicismo adecuar temporalmente sus requerimientos sociales en la realización de la justicia sustancial, y así, satisfacer los fines trascendentes del proceso. En ese sentido señala Ruiz Moreno que “los aludidos principios procesales (a diferencia, por ejemplo,

de los principios generales del derecho, que son fuente formal y/o material de la ciencia jurídica, mismos que le nutren e informan de forma permanente), no son inmutables ni permanecen para siempre; por el contrario, cambian o evolucionan a la par de la realidad cotidiana de cada país, e incluso de cada región del mismo. Por lo tanto, es posible afirmar que tales principios procesales se transforman con el decurso del tiempo, atendiendo a factores de diversa índole que terminan por incidir en ellos (factores políticos, económicos, culturales, sociales, etcétera), ajustándose así a las necesidades propias de cada nación conforme a su singular idiosincrasia, tradiciones, cultura e historia” (Ruiz, 2010: 206).

De lo anteriormente señalado, se puede afirmar que el modelo publicista y sus principios, permiten identificar coherentemente dicha teoría como facilitadora o propiciadora del activismo judicial, en cuyo contexto el uso argumentativo de los principios permitiría vehiculizar el espíritu activista judicial propio del publicismo.

En términos generales, la comprensión e identificación de los principios procesales en estos casos son de utilidad en la identificación de concepciones generales sobre la teoría del proceso. O, en otros términos, los principios procesales servirían como mecanismo diferenciador de las diversas posturas doctrinarias al interior de la rama jurídica procesal.

En este sentido, los principios procesales prestarían una utilidad metodológica y además programática, en cuanto servirían para el estudio del proceso en un sistema jurídico específico, tomando a dichos principios como cánón de comparación entre un modelo ideal de proceso, y el modelo específico que pueda constatar positivamente, y, a la vez, serían de utilidad al momento de desarrollar un análisis crítico de la regulación procesal concreta, toda vez que permitirían evaluar la adecuación, o no, de la regulación procesal concreta con el modelo procesal abstracto de cada doctrina en cuestión.

En resultado, podríamos predicar de un sistema procesal concreto (laboral, de familia, comercial, civil, etc), como uno más cercano al publicismo procesal, o bien, al garantismo procesal.

Ahora bien, en torno a la dimensión procesal del principio protector, en general, y su interacción con la teoría general del proceso, ya el lector podrá deducir que desde el garantismo procesal éste no tendría estrictamente dicho

carácter (el de principio), sin perjuicio de que alguna disposición normativa específica pueda referirse, por ejemplo, a la regla *in dubio pro operario* como regla de juicio, u otro similar. En todo caso cabrá analizar si una disposición normativa de dicho tipo a la serie de principios que se sostiene que existen desde dicha comprensión del proceso, más no como un principio autónomo.

Por su parte, desde una comprensión publicista del proceso, podríamos sostener que el principio protector se aviene con una comprensión activista de la función judicial, y podría encontrar una conexión directa con la tutela judicial efectiva laboral, enaltecida como derecho fundamental. En dicho sentido, desde una comprensión publicista del proceso se abren las posibilidades de incorporar consideraciones más amplias sobre el fondo del asunto (de naturaleza laboral) a fin de erigir no sólo un elemento metodológico de análisis del proceso laboral de un determinado ordenamiento jurídico, sino que incluso como fuente normativa en la determinación de potestades del juez laboral.

En este último sentido, el principio protector serviría como fuente del derecho directa en una dimensión procesal. Ahora bien, ¿de qué manera podría ser utilizado argumentativamente desde un punto de vista jurídico el denominado principio protector en el contexto del proceso, y en particular, en la determinación de las potestades del juez laboral? A continuación, pasaremos a exponer algunos tipos de manifestaciones, que se ha sostenido que serían coherentes con el particularismo del derecho del trabajo.

70

3. Como fundamento argumentativo en el contexto de un diseño legislativo democrático

Existe una dimensión de la argumentación jurídica que suele ser relegada a un espacio secundario: la argumentación jurídica legislativa.

Tal vez bajo la concepción de que la deliberación democrática de parlamentos y congresos republicanos es más bien portadora de una dimensión política antes que una jurídica, o bajo el escepticismo de las posibilidades de análisis científico de la argumentación legislativa, se ha dejado un espacio marginal a los requerimientos de racionalidad de los procesos genético-normativos.

Sin embargo, existe un desarrollo contemporáneo que pretende otorgar elementos racionales para el análisis de la argumentación jurídica en los procesos

de génesis normativa. Marcilla ha desarrollado una amplia investigación bajo la comprensión del vínculo entre democracia, racionalidad y proceso legislativo. En ese sentido, reconoce dicha autora que “la argumentación legislativa presupone un cierto modo de comprender las relaciones entre política y Derecho; es decir, se funda en una noción de racionalidad legislativa” (Marcilla, 2013: 53). Manuel Atienza también se ha pronunciado a favor de un análisis racional de la argumentación legislativa elaborando una serie de reglas de análisis, que no analizaremos en el fondo por no ser el objeto directo de este trabajo (Atienza, 1989: 385).

Si bien a propuesta de Marcilla es vincular el juicio de ponderación y criterios de racionalidad legislativa, utilizando precisamente la técnica argumentativa propuesta por Alexy (Marcilla, 2004 :342), con la cual ya nos hemos expresado críticamente, baste por ahora destacar la viabilidad de análisis de racionalidad argumentativa del legislador, que nos plantea un escenario de posible análisis del argumento del principio protector y su incidencia procesal.

Es posible concebir la posibilidad de que en un proceso de génesis de un texto normativo el principio pueda ser invocado como fundamento o argumento de la determinación de la decisión legislativa concreta. En ese sentido, el legislador podría fundar un determinado proyecto legislativo (o moción legislativa) en el principio protector, indicando que la disposición concreta, o un texto íntegro, que pretende incorporarse por esta vía al ordenamiento jurídico lo hará en virtud de lo dispuesto en uno de los principios sobre los que se erige el derecho laboral.

Pero también, en caso del desarrollo de argumentación legislativa, quiénes se opongan a la entrada en vigencia, o al menos la aprobación del texto normativo o disposición jurídica concreta, podrían invocar al principio protector como fundamento de su intención legislativa.

En su dimensión procesal, podría sostenerse también que el principio protector del trabajador podría ser invocado como fundante de una norma, ya no de naturaleza sustantiva laboral, sino que de una norma procesal laboral específica.

En este sentido, el principio protector podría ser utilizado argumentativamente para fundar la positivización de una disposición normativa de principio, y, en específico, la especificación de un principio procesal laboral.

Contemporáneamente diversos legisladores han optado por la técnica de positivización de principios jurídicos propios de cada rama o cuerpo normativo específico. En ese sentido, cabría analizar si en determinado proceso legislativo el principio protectorio pudo ser fundante de una disposición normativa regulatoria de principio procesal formativo.

En ese sentido la decisión, por ejemplo, de optar por un sistema procesal oficioso, versus uno dispositivo, podría efectivamente estar fundada en el principio protector, bajo la comprensión de que la tarea del juez ha de ser activa, a fin de propiciar la igualdad por compensación en el desarrollo del proceso laboral. Podría aventurarse incluso que denominados principios como el de celeridad, el de concentración, y el de gratuidad tienen también como fundamento último el principio protectorio laboral.

En esta dimensión, el punto importante relativo a nuestro objeto de estudio, es que podría comprenderse que de los principios formativos del proceso pueden derivarse determinadas potestades procesales, incluso implícitas, y a su vez, la técnica legislativa utilizada en su positivización puede estar fundada en el principio protectorio. En ese sentido, el principio protector serviría como fundamento mediato de la consagración potestativa judicial, en tanto ha sido el principio protector el que ha vehiculado los fundamentos argumentales para el establecimiento de un principio formativo procesal específico que permitirá el ulterior despliegue de potestades del juez laboral.

Por otra parte, el legislador podría no sólo invocar el principio protector para fundar la decisión de positivización de un determinado principio como formativo del proceso laboral, sino que incluso para fundar específicamente alguna disposición normativa procesal específica.

Así, por ejemplo, podría servir de fundamento en la argumentación legislativa para incluir una disposición normativa, o modificarla, estableciendo una especial regla e torno a la carga de la prueba (en el caso del despido, como suele ser usual), o también para fundar el establecimiento de una potestad probatoria al juez (incluyendo, excluyendo o limitando prueba de las partes), un plazo de caducidad diferenciado, etc.

En este último sentido, el principio protector por tanto podría ser fundante de normas procesales que establezcan deberes, derechos, obligaciones o cargas

procesales de las partes, pero también, para el establecimiento de determinadas potestades del juez laboral, o en otros términos, para la determinación potestativa de la función jurisdiccional del Estado.

Cada vez que se utiliza argumentativamente en su dimensión legislativa el principio protector, y cuando tiene por objeto el establecimiento de una potestad específica del juez laboral se está optando por adherir una determinada comprensión del proceso, y a su vez, de la función del juez, que, conforme hemos detallado previamente, de manera usual es coincidente con una comprensión publicista del proceso.

La concepción del proceso tras el establecimiento de nuevas potestades judiciales en el proceso laboral, y en particular, como fundamento de la necesidad de adherir a un sistema procesal oficioso o inquisitivo, es coherente con la doctrina publicista del proceso, en particular con su comprensión de la función del juez como agente comprometido en la búsqueda de la realización de los derechos tutelados en el derecho sustantivo. Presupone una opción epistemológica de su función, a la vez que un vínculo axiológico en la realización del derecho por parte del juez laboral en su vinculación con el derecho sustantivo en particular (el derecho laboral en este caso).

4. Como fundamento de las resoluciones judiciales dictadas en el íter procesal

En la dinámica del despliegue de la sucesión de actos jurídicos que constituyen el proceso, el principio protector puede tomar un nuevo protagonismo. En ese sentido, encomendada la dirección formal del proceso al juez laboral, podría éste fundar algunas de las resoluciones dictadas en el íter procesal en el principio protector laboral, sea de manera directa, o sea como específica fuente del derecho procesal, en un sentido integrador, o bien como elemento interpretativo de la disposición normativa específica al momento de elegir el sentido concreto entre varias interpretaciones.

En este sentido Aseff expone que “hay que pensar el procedimiento laboral desde el modelo de Constitución social, donde el juez es quien puede nivelar la desigualdad natural existente entre las partes, porque debemos tener presente que en cada acto procesal se juega el principio protectorio” (Aseff, 2011: 201)

Es preciso por tanto recordar las supuestas manifestaciones del principio protector laboral: regla más favorable, la regla de la condición más beneficiosa y la regla in dubio pro operario.

Con Mercader, creemos que la dimensión en donde se torna más relevante el uso del principio protector es precisamente en su comprensión como regla in dubio pro operario, es precisamente en su dimensión hermenéutica, como regla de argumentación ante la posibilidad de elegir entre dos sentidos posibles y razonables de una disposición normativa (Mercader, 2014: 64).

Por tanto, cada una de las normas procesales que regulan el desenvolvimiento del proceso mismo y la secuencia de sus actos sería susceptible de interpretación conforme al principio protector laboral. En ese sentido, tanto las resoluciones jurídicas procesales que son aparentemente formales, y no materiales o probatorias, podrían ser fundadas argumentativamente en el principio protectorio laboral. Así, por ejemplo, podría ocurrir de la resolución que provea la tramitación de la respectiva demanda, hasta la dictación de la resolución que determina la fecha de dictación de la sentencia que resolverá el caso concreto, pasando por cierto por las resoluciones que citarán a audiencia, a conciliación, la resolución que se pronunciará sobre la conciliación, etcétera (dependiendo del modelo procesal laboral en concreto), todas requieren ser interpretadas, y podría entonces el in dubio pro operario mostrar su relevancia.

Ahora bien, luego de lo señalado, si el proceso es comprendido como una garantía puesta a disposición de los particulares en cuanto a que permite que éstos tengan conocimiento previo de las formas procesales, o lo que podríamos denominar “reglas del juego”, la utilización del principio protector como una fuente interpretativa atentaría contra dicha necesidad de certeza jurídica, y además contra la condición de igualdad con que han de dialogar ambas partes ante el tribunal.

Pero podría pensarse que el derecho, en su ambigüedad constitutiva producto del uso de lenguaje natural requerirá siempre de interpretación, y en ese sentido resultaría razonable la invocación de las razones justificantes de la decisión procesal concreta, sea cual fuere dicha fuente. Entre aquellas al principio protector.

En relación a esto último cabe hacer una nueva precisión. El proceso en nuestra tradición continental al menos, efectivamente es una garantía de libertad

para los particulares (Palavecino, 2012: 213), y por esto se señala que toda persona tendrá derecho a ser juzgado sólo con la existencia de un proceso previo, que sea legalmente tramitado. En este sentido, la otra cara de la garantía nos lleva a mirar directamente al Estado. Al fin y al cabo, es el Estado quién se encuentra ejerciendo una de sus funciones en el proceso; la función jurisdiccional. Por lo mismo, las disposiciones procesales son garantía, y a la vez normas vinculantes de actuación del Estado. Corresponde al legislador democrático la definición tanto de las competencias como de las formas de actuación del Estado en el ejercicio de su función jurisdiccional.

En todo caso, dependiendo del respectivo ordenamiento jurídico, la regulación de aquello que podríamos denominar “reserva legal procesal” variará. Sin embargo, en general, al tratarse de un conjunto de potestades estatales han de encontrarse expresamente señaladas en la ley, quedando vedado para el judicial, esto es, para el propio Estado, interpretar a su beneficio las disposiciones normativas que terminen por concluir en la determinación de potestades procesales exorbitantes.

Una particular modalidad de dicha comprensión de aplicabilidad tendría lugar en la interpretación de normas que consagran potestades judiciales.

5. Como fundamento de potestades atípicas o implícitas.

Como se ha de advertir, nos adentramos poco a poco en terrenos más complejos. Entre el conjunto de disposiciones normativas procesales laborales susceptibles de interpretación podemos encontrar específicamente un grupo de aquellas que consagran potestades judiciales.

Ya hemos señalado que en su dimensión legislativa el principio protector laboral puede servir de fundamento en el uso de una determinada técnica legislativa de consagración de potestades judiciales, por ejemplo, mediante la decisión de optar por un modelo eminentemente oficioso, cuya manifestación no siempre será expresa o directa, sino que será vehiculizada a través de otras disposiciones, como principios, que consagren específicas potestades judiciales.

Ahora bien, las disposiciones normativas que regulen las potestades del juez laboral no sólo podrán tener como fundamento al principio protector,

eventualmente invocado en sede legislativa, sino que también podrá éste ser invocado como fuente interpretativa de disposiciones normativas ya consagradas en dicha materia.

Así, por ejemplo, podrá interpretarse alguna disposición que establezca la obligación de velar por la protección de la buena fe procesal, y la posibilidad de sancionar actos que la contravengan, interpretándola específicamente desde el principio protector laboral a fin de estimar un hecho vulneratorio como constatado, o a fin de determinar sanciones que estén reguladas de manera abierta en el texto legal (lo cual a su vez podría ser analizado críticamente desde la necesaria tipicidad sancionatoria). En ese sentido, el principio protector cumpliría una función argumentativa judicial al momento en que el órgano jurisdiccional interprete las disposiciones que establecen sus propias potestades.

El juez, por ejemplo, podrá determinar el alcance de una disposición sancionatoria procesal fundado en el principio protector, indicando a dichos efectos, que es en virtud de aquél que ha de determinar su competencia para actuar en el caso concreto. Pero no sólo aquello, y tal vez aquí lo más grave, el juez podría eventualmente invocar una disposición que establezca un principio indeterminado (celeridad, buena fe, concentración, oficialidad, etc) a fin de configurar una potestad innominada, atípica o implícita en el texto positivo, con consecuencias perniciosas para una o ambas partes.

En otros términos, el juez eventualmente podría invocar el principio protector arguyendo que es utilizado como regla de interpretación a fin de autoatribuirse potestades que no están específicamente positivadas en el texto normativo procesal.

Esto contraviene el principio de legalidad, o juridicidad, y los fundamentos mismos de la noción de proceso, al menos desde una perspectiva garantista, pues la función judicial se ha de regir a lo menos por el principio de imparcialidad. En este sentido, es imperativo que el juez sea imparcial (en sentido estricto), imparcial (esto es que no desarrolle actuaciones propias de las partes del proceso) e independiente.

Sí, por ejemplo, en virtud de una determinada función cautelar genérica, estima disponer una actuación procesal exorbitante, fundado meramente en el principio protector. O bien, en caso de interpretar que cualquier disposición

legal que contenga la expresión verbal “*el juez podrá X*” siempre podrá ser imperativamente aplicada cada vez que el resultado de su aplicación conlleve un beneficio específico para la parte trabajadora en el proceso laboral, lo cual altera irremediabilmente la necesaria imparcialidad de su actuación.

En el caso de que el juez detente potestades probatorias oficiosas, como ocurre actualmente en muchos ordenamientos jurídicos latinoamericanos (Perú, Chile, Colombia, por sólo nombrar algunos ejemplos), podría también invocar el principio protector laboral a fin de justificar su despliegue específico, siempre, y únicamente, en favor del trabajador.

Asimismo, podría el juez invocar el principio protector como fundamento del despliegue de las potestades probatorias abiertas, disponiendo, por tanto, decretar determinada prueba, sólo bajo la consideración final de que la consecuencia de dicho acto procesal probatorio podría eventualmente beneficiar al trabajador.

Una cuestión de similar gravedad ocurre en normas que ordenan al juez la creación de determinadas formas procesales en caso de laguna normativa, o, derechamente, cuando estime que alguna disposición aplicable supletoriamente (propia del procesocivil) podrá ser aplicada siempre y cuando no contravenga a los principios del proceso laboral Y en tal caso, si es que lo contraviniese, sería el mismo juez quién disponga la forma de realización de la actuación procesal en concreto¹.

En concepto de Fuenzalida, “no siendo lícito al juez, en razón de la invocación de este principio, arrogarse facultades o competencias que la norma no le ha entregado, dado que el juez es el primer obligado a limitar y encausar su actuar por los márgenes previsto por la Constitución y las leyes” (Fuenzalida, 2019: 90).

Si entendemos que la actividad jurisdiccional no es arbitraria, sino que por el contrario se trata de una actividad vinculada normativamente, y además comprendemos que es el Estado quién está actuando en el despliegue de su

1 Por ejemplo, en el artículo 432 del Código del Trabajo Chileno, se consagra la siguiente disposición normativa procesal: “*Artículo 432.- En todo lo no regulado en este Código o en leyes especiales, serán aplicables supletoriamente las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas sean contrarias a los principios que informan este procedimiento. En tal caso, el tribunal dispondrá la forma en que se practicará la actuación respectiva*”.

función jurisdiccional, hemos de concluir razonablemente que la posibilidad de autoatribución potestativa no sólo altera o perturba la garantía de debido proceso de todos los ciudadanos, sino que también altera la comprensión misma del Estado de Derecho.

6. Como fundamento de un estándar probatorio

Se ha sostenido también que el derecho procesal laboral ha de ser portador de un estándar probatorio particular. Ha señalado Aguilar en este punto que: “definir con claridad un estándar de prueba en materia laboral no sólo permite efectuar un control de la valoración probatoria realizada por el sentenciador, sino que le otorga legitimidad al particularismo del Derecho del Trabajo, porque una noción de estándar de prueba no puede ser ajena al principio de protección, por lo tanto en su definición está subsumido el principio antes aludido que en materia procesal es el de igualdad por compensación” (Aguilar, 2016: 28) En este sentido el estándar de prueba, la apreciación de la prueba y la valoración de la prueba, podría contener argumentativamente el fundamento del principio protectorio, como un argumento válido jurídicamente al momento de avocarse a la prueba misma.

Pero no sólo aquello. Como hemos señalado a propósito de las potestades probatorias, éstas no sólo se reducirían a la posibilidad de decretarla, sino también como fundamento de exclusión, limitativo, o incluso de participación en la rendición de la prueba misma. Así, si se concibe que el proceso tiene na dimensión epistemológica, podría incluso comprenderse que la facultad de intervención en el desarrollo del interrogatorio de testigos podría fundarse en el principio protector. En este sentido, si bien la prueba testimonial está constituida fundamentalmente por las respuestas del respectivo testigo, es innegable que la participación dialéctica de quién realiza determinada pregunta resulta constitutiva también de la rendición de la prueba misma, teniendo el juez por tanto participación directa en la rendición y formación de la prueba misma, activando las posibilidades de respuestas a preguntas realizadas por dicho agente. El asunto de manera evidente se complejiza si las partes no tienen opción de oponerse legítimamente a las preguntas que la respectiva magistratura judicial realice, lo que evidencia su compromiso “espiritual” en el interrogatorio mismo (Palomo, 2011: 485 y ss).

Cabría entonces preguntarse, en una etapa subsecuente, en la apreciación y valoración de la prueba, si podría el principio protector tener algún tipo de incidencia. En ese sentido, es preciso destacar nuevamente que será necesario analizar el sistema jurídico en concreto que sea objeto de análisis, pues en último término pareciese que el principio protector pueda tener incidencia en la elección legislativa del modelo a adoptar: sea que se opte por un sistema reglado o de prueba tasada, o bien, como se utiliza por ejemplo en el sistema chileno, un sistema de valoración de la prueba conforme a la sana crítica, esto es, conforme a las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicos afianzados.

El caso se extremaría si estimamos posible formular válidamente un criterio de determinación fáctica conforme al principio protector en particular, que podría formularse de la siguiente manera: *“ha de apreciarse la prueba conforme a un criterio cuyo resultado de aplicación beneficie al trabajador”*, o, en una versión más restringida, *“en caso de dudas en la valoración de la prueba, el juez ha de adoptar por estimar acreditados los hechos invocados por el trabajador en el litigio”*. En dicho sentido, podrían formularse una serie de normas derivadas y específicas, como, por ejemplo, que todas las declaraciones realizadas por el absolvente o confesante que beneficien al trabajador han de ser tomadas por ciertas; en el caso de contradicciones en declaración de testigos ha de optarse por estimar ciertas las aseveraciones que beneficien al trabajador; en el caso de la interpretación de documentos y su contenido habrá de adoptarse la interpretación de los mismos en el sentido que beneficie de mayor manera al trabajador, etc.

En conclusión, el juez no sólo tendría potestades para decretar la prueba misma, sino que su potestad decisoria en materia probatoria estaría vinculada también por el principio protector laboral.

En particular el asunto a resolver será si en la argumentación o razonamiento probatorio cabe algún lugar al principio protector, y en ese sentido, si tiene algún rol específico al momento de valorar la prueba o en el establecimiento de un específico estándar probatorio.

En una primera aproximación, de tono simplista, podría señalarse que su primera manifestación se produciría al momento de analizar cuáles son los hechos que se han establecido como controvertidos al momento de determinar el objeto de la litis. En ese sentido, podría tratarse de hechos constitutivos, impeditivos o

extintivos, y además, podrían tratarse de hechos que beneficien o perjudiquen al trabajador. En una opción radical de interpretación, podría esgrimirse razones que le permitan realizar deducciones o inferencias conclusivas guiadas a tener por ciertos hechos que ulteriormente terminen por beneficiar al trabajador, estimando otros por controvertidos.

Creemos que la solución habrá de otorgarlo el legislador al establecer, por ejemplo, la necesidad del empleador de pronunciarse sobre todos y cada uno de los hechos fundantes de la demanda, pudiendo entonces el juez tener por no controvertidos aquellos en que no se ha hecho mención alguna.

Sin embargo, si es realmente el juez quien detenta la potestad de valorar y apreciar la prueba en concreto, y en ese sentido, corresponde también a él determinar si un hecho se tiene por acreditado, o no, esgrimiendo las razones respectivas, en caso de no existir norma habilitante, queda vedado para él esgrimir como fundamento de su apreciación fáctica el principio de protección del trabajador.

En nuestra opinión, en realidad las normas sobre valoración de la prueba, aún en modelos como el de la sana crítica, por ejemplo, no admitirían la inclusión del principio protector como una fuente argumentativa de determinación, apreciación y valoración fáctica.

En primer lugar, porque es particularmente imperativo en el proceso que el respeto de la igualdad de las partes sea respetado. La garantía de acceso a un proceso conlleva la exigibilidad de que el juez actúe como un tercero efectivamente imparcial, sin que altere dicha posición sólo en razón de la materia sustancial objeto de juicio, como hemos señalado. En virtud de aquello, en el ámbito probatorio, o confirmatorio, el juez no puede perder su posición de tercero, pues por lo demás los hechos en sí mismos no son susceptibles de estandarizaciones probatorias por parte del juez, que desequilibren la relación procesal estructuralmente.

Los hechos son lo que las pruebas permiten que sean, y en caso de no lograr un pleno convencimiento sobre el acaecimiento, o no, de hechos constitutivos, impositivos o extintivos, cada sistema jurídico (mediante alguna disposición legislativa procesal) habrá de disponer un sistema de resolución para dicho caso

de duda, a través de las denominadas cargas probatorias, por ejemplo, alterando el tópico “al que alega un hecho compete su acreditación”.

Caso especial es el de Argentina, por ejemplo, que cuenta con una disposición expresa en materia de valoración de la prueba, que dispone en su artículo 9° “*Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador*”.

Un caso, como éste último, amerita un análisis dogmático crítico en cuanto a la decisión legislativa de positivizar una disposición de dicho tipo, y su posible coherencia con el debido proceso. Un análisis de tipo doctrinario, como el que hemos realizado, se refiere mas bien al caso de invocación del principio protector, en su regla *in dubio pro operario*, en aquellos ordenamientos jurídicos en que no cuente con una manifestación expresa.

7. Como regla de juicio a propósito de la determinación de las cargas de la prueba

La regla *in dubio pro operario*, derivada del principio protector, podría ser comprendida como una regla de juicio, más que como una norma de valoración de la prueba, o incluso por sobre una regla de interpretación normativa. En este sentido, tal como ocurre en el caso de otras configuraciones del tipo *in dubio pro (reo, libertatis, consumidor, homine, etc)* la regla *in dubio pro operario*, podría afirmarse, que dispondría una norma de resolución de juicio en caso de que el juez aún después de desarrollada la etapa de confirmación o probatoria, debiese de todas maneras resolver conforme a alguna disposición expresa que establezca la inexcusabilidad jurisdiccional (*non liquet*). En este caso, si el juez aún mantuviese dudas, luego de apreciar y valorar la prueba, debiese resolver por considerar en el elemento fáctico de la sentencia su consideración favorable al trabajador.

En este sentido resulta ilustrativo lo que señala Calvino al diferenciar la noción de carga de la prueba de las reglas *in dubio*. Señala al efecto que “ambas figuras, entre otras funciones, operan como reglas de juicio de carácter subsidiario e influyen en las estrategias procesales y en las conductas de las personas. Pero mientras las reglas del onus probando señalan qué decidir ante cada dato afirmado

y necesitado de prueba que no fue confirmado, tomándolo de manera individual o aislada, el in dubio pro indica el sentido que debe tener el pronunciamiento cuando, del mérito del debate evaluado en su totalidad, impera el estado de duda en el juzgador” (Calvinho, 2016: 257). Por lo mismo, un tema diferente es el que daría origen el análisis de establecer la posibilidad de existencia de las denominadas “cargas dinámicas de la prueba”.

En este último sentido, se ha sostenido también que la posibilidad de reconocer la institución de las cargas dinámicas de la prueba podría en este caso ser coherente con el principio protector laboral. Lo cierto es que cabe realizar muchas críticas a dicha institución en términos de certeza jurídica procesal, pues, como se desprende de la misma, las partes sólo al concluir el juicio podrían acceder al conocimiento de aquello que debiese haber acreditado o confirmado ante el juez, exponiéndolo a una sentencia cuyo fundamento fáctico se centraría en una carga cuyo conocimiento no tenía la parte previo al inicio mismo del juicio.

Lo cierto es que, en este caso, tal como en el anterior, la argumentación jurídica sería desplegada en un acto procesal posterior al proceso mismo, como lo es la sentencia definitiva. Pero en el caso de que consideremos que la sentencia definitiva es también proceso, y precisamente constituiría aquella etapa procesal concluyente en donde de manera paradigmática el juez despliega sus potestades, podríamos afirmar sin duda que el bajo dichas consideraciones el principio protector operaría, en sí mismo, como una regla de juicio ante la duda del juzgador, quien habría de invocar, por cierto, las razones justificantes de sus dudas, la apreciación realidad de las pruebas y su valoración, a fin de fundamentar la existencia de la duda, y la subsecuente decisión.

Pero, por otra parte, habrá de estar a lo que el respectivo texto procesal señale en relación a la carga de la prueba en el caso concreto, sin poder alterar ulteriormente dicha carga distribuida por el legislador democrático.

V. EN TORNO A UNA POSIBLE LECTURA CRÍTICA

Como se evidencia de lo expuesto en cada uno de los puntos de posible incidencia argumentativa del principio protector como fuente del derecho en sede procesal, las dimensiones de análisis por cierto son autónomas y requerirían un análisis profuso propio, en donde desde la técnica y doctrina procesal

pudiésemos identificar cada institución, como son los principios procesales, las técnicas de interpretación de la regla procesal, las disposiciones normativas sobre potestades probatorias, los sistemas de valoración de la prueba, el problema de las cargas dinámicas, entre otras posibles. Todas cuestiones que requieren un análisis detallado propio.

En la presente investigación hemos tenido como finalidad exponer básicamente el escenario de posibles asuntos de relevancia al momento de determinar la incidencia específica del principio protector en su dimensión procesal, y, en específico, en la determinación de los poderes del juez.

Compartimos, y recordamos en este punto con Aseff cuando indica que “aunque parezca redundante señalarlo, siempre se debe tener presente que el principio rector es in dubio pro operario, no “pro operario” a secas, porque el derecho del trabajo no es un derecho de excepción que sanciona privilegio conquistados por la fuerza, sino que es un derecho especial que se distingue del derecho común, que obra por la igualdad de las partes porque parte de una idea de desigualdad” (Aseff, 2011: 55). Lo mismo habrá de ser considerado en su dimensión procesal.

Hemos intentado exponer algunas temáticas que ilustran el problema de la incidencia del principio protector en su dimensión procesal, y podemos verificar que dicha relación estará supeditada en cada caso a la comprensión del proceso a la que se adhiera y de cada una de las instituciones que le configuran. En ese sentido, parece que el llamado reiterativo es a revisar las concepciones fundamentales del proceso, para poder desde dicho lugar elaborar posibles respuestas en torno a las posibilidades de su interacción y alcance.

Como también referimos en su oportunidad, el análisis crítico de esta relación dialéctica entre dicho principio y las formas regulatorias del proceso, podría ser simple y fácilmente superado desde una concepción autónoma de la rama laboral, comprendiendo que el derecho procesal no sería sino la configuración instrumental de realización del derecho sustantivo, pero en donde el juez se encuentra encomendado a la realización de un fin trascendente: la protección del trabajador y la búsqueda de la verdad y la justicia.

En dicho caso, toda institución procesal podría sujetarse a evaluación, o a un test de coherencia con el derecho del trabajo. Lo anterior podría conlle-

var consecucionalmente la decisión de desechar la utilización de instituciones tradicionales, por no mostrarse adecuadas con el fin protector, o, a lo menos, evidenciarían la necesidad de especificar su particularismo en el derecho procesal laboral. Las instituciones procesales clásicas requerirían en ese sentido una redefinición completa atendida la particularidad del derecho del trabajo. Ahora bien, además, desde una comprensión publicista del proceso, coherente con la “rehabilitación de los principios”, el activismo judicial y el neo constitucionalismo, dicha tarea no sería encargada sólo al legislador, sino principalmente al juez. Y es precisamente en la argumentación jurídica procesal en donde se pondría en juego su éxito.

Como señalamos previamente hemos seleccionado ilustrativamente un cúmulo de instituciones que podrían verse alteradas, o bien que requerirían ser obviadas por requerimientos del derecho procesal laboral, pero es posible seguir su enunciación encontrando posibles particularismos a lo largo de todo el íter procesal. Así, sólo como ejemplo nuevamente, podrían analizarse las particularidades de equivalentes jurisdiccionales como el avenimiento, la conciliación o la transacción, o bien, las normas referidas a prescripción y caducidad procesal, las referidas a plazos, las relativas a la determinación de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que delimitarán el conflicto jurídico, las normas regulatorias de las medidas cautelares o precautorias, las normas referidas a los efectos de la rebeldía o no contestación de la demanda, las referidas a apercibimientos probatorios, las referidas al sistema de impugnaciones, las referidas a los requisitos de la demanda, etc (Couture, 1948: 279 y ss).

Podríamos resumir nuestras consideraciones señalando que en realidad el principio protector ha de cumplir una función eminentemente interpretativa, en donde en todo caso será de cargo del juez argumentar razonablemente la posibilidad de interpretación de una determinada disposición normativa procesal en dos o más sentidos, y, por supuesto, por qué dicha elección no alteraría su posición imparcial en el proceso, para el caso de que no contase con alguna disposición normativa que le habilite a adoptar dicha decisión.

En su dimensión potestativa, debemos señalar que el principio protector no es en sí mismo una fuente de potestades jurisdiccionales en materia laboral. Puede que dicho principio hubiese sido utilizado legislativamente como un argumento en favor de la entrada en vigencia de una determinada disposición

(por ejemplo, sancionar la no comparecencia de un absolvente o confesante en representación de la empresa), más no representa un argumento suficiente como fundamento autónomo del establecimiento de alguna potestad atípica, implícita o innominada.

La función jurisdiccional del Estado se encuentra reglada, y dicha regulación se manifiesta en el establecimiento de un sistema denominado Derecho Procesal. El Derecho Procesal en esta dimensión sirve como garantía de los particulares que son llevados a juicio, o que se encargan de excitar la actividad jurisdiccional, pero a la vez, es un sistema de regulación de poderes de los órganos del Estado, y en particular, de quién ejerce la función jurisdiccional del Estado.

El Estado democrático no puede auto atribuirse potestades que no se encuentran manifiestamente explicitadas en los textos normativos, pues se encuentra vinculado al Derecho en la realización de sus funciones.

Precisamente el Derecho se erige como un sistema de limitación y control del poder, en general, y en este caso, por mucha confianza que se tenga en los jueces, no resulta coherente con un sistema de distribución de poderes el reconocimiento de una potestad abierta, autorreferencial, y con cualidades nomogenéticas al juez.

Por otra parte, si bien es efectivo que estructuralmente el derecho del Trabajo surge como una instancia institucionalizada o juridificante de regulación de relaciones sociales que son estructuralmente desiguales, la compensación que habrá de promoverse para equiparar dicha desigualdad, inclusive en el proceso, es de cargo del Estado, a excepción de los órganos que ejercen una función jurisdiccional, y en específico, el juez laboral.

Recogiendo la crítica formulada en su momento por Guasp, a Couture, y quienes sostienen la propuesta de igualdad por compensación, compartimos que “si en el proceso del trabajo existen intereses que deben ser tenidos en cuenta de una manera oficial aunque el interesado no lo haga valer por negligencia o torpeza, el medio de la auténtica pureza procesal para corregir esta imperfección no consiste en alterar la igualdad entre las partes, sino en crear una parte que tenga a su cuidado tales intereses, de la misma manera que ocurre en el proceso penal con el Ministerio Público” (Guasp, 1949 :154).

Pueden generarse instancias estatales de asesoría laboral que tengan como finalidad asegurar un mínimo de calidad de asesoría jurídica profesional de los trabajadores,, instancias administrativas de fiscalización agudizadas de cumplimiento de la ley laboral, o cualquier medida que se estime idónea a fin de proteger a los trabajadores, los cuales redundan usualmente en establecer un conjunto mínimo de disposiciones normativas que tengan por objeto mejorar la posición del trabajador, usualmente en el derecho sustantivo. Pero hay un agente del Estado en particular a quien no puede encomendarse dicha tarea, y dicha figura es el juez.

La función compensatoria encargada directamente al juez, añadida a una apertura potestativa, dejaría estructuralmente a una de las partes precisamente sin juez alguno. El contradictorio dirigido por un tercero pasaría a ser un contradictorio directo entre una parte, por un lado, y la otra parte más el juez, por otro. La calidad de tercero, al comprometerse estructuralmente con el resultado del juicio, y en particular, con una de las partes del juicio, queda perturbada irremediabilmente.

Podríamos denominar de cualquier forma aquella configuración institucional de realización de políticas públicas, pero no es propiamente un proceso. Menos aún, si puesto en conocimiento al tribunal el asunto litigioso éste pudiese ir en el transcurso del mismo desplegando una serie de potestades que no eran conocidas previo a la realización del proceso mismo, y del cual dependen sus resultados.

Éste último punto parece particularmente relevante, y que terminará por esclarecer el punto que estimamos central en este análisis.

La invocación del principio protector como fuente directa de potestades procesales del juez laboral (por tanto no tipificadas, ni positivizadas) deja en un sitio oscuro la configuración de la potestad misma, las consecuencias de su despliegue, y eventuales sanciones que estimase determinar el juez inclusive. Abrir la posibilidad argumentativa del juez laboral en materia procesal mediante la legitimación de la invocación del proceso protector como fuente directa del derecho sólo nos permitiría, eventualmente, tener conocimiento de antemano que las reglas regulatorias del proceso podrán ser interpretadas continuamente a favor de una de las partes, más no nos permiten tener la mínima certeza en torno a la delimitación de la potestad misma. Perturbaríamos esencialmente la garantía

mínima de conocimiento previo de las reglas procesales aplicables al caso. Este mismo problema se plantea en general con los principios del proceso entendidos como normas directamente aplicables, fundantes de potestades judiciales.

Creo que el análisis serio de la incidencia del principio protector, y en general, de la interacción entre Derecho del Trabajo y el Derecho Procesal pasa por especificar en cada una de las etapas del proceso cuál sería específicamente su rol argumentativo, si procediese, y la respectiva comprensión del proceso a la que adhiriera el doctrinario o aplicador del Derecho.

En este sentido, es preciso aclarar que tampoco estamos a favor de la mera consagración de potestades abiertas para que pudiesen ser utilizadas indistintamente a favor de una u otra parte. O, siendo más directo, el hecho de que dichas potestades oficiosas puedan ser utilizadas también en favor del empleador, no subsana el quiebre conceptual con la noción básica del proceso, y la posición del juez en dicho rito dialéctico. En resguardo del debido proceso; ni compensación a través del juez, ni incremento de la oficialidad procesal.

Evidentemente, el activismo judicial terminaría siendo evaluado positiva o negativamente sólo dependiendo de la noción particular de justicia en el caso concreto que abracemos. Aquello puede ser política, pero no proceso.

VI. CONCLUSIONES

La doctrina ha constatado y destacado la importancia del particularismo del derecho laboral, y, de manera subsecuente, del derecho procesal laboral. Se ha afirmado que la desigualdad sustancial o material de las partes de una relación laboral trasunta en un deber estatal de compensación en su dimensión procesal.

El principio que se erige como definitorio de la rama laboral es el principio protector, tradicionalmente manifestado en sus reglas de *in dubio pro operario*, la *regla más favorable* y *condición más beneficiosa*, además de la función informadora que la propia doctrina le ha reconocido.

La dimensión de análisis de incidencia procesal del principio protector no sólo se restringe a la labor judicial, sino también al análisis del razonamiento legislativo.

El principio protector, en último término, se alza como una regla de interpretación de las normas laborales, y su incidencia procesal se desprendería de la calidad de derecho adjetivo de éste último.

El principio protector suele ser utilizado argumentativamente en la interpretación de las disposiciones normativas procesales laborales, sin embargo, su invocación a lo largo del *iter* procesal quebranta la noción misma de proceso, y la posición imparcial del juzgador, toda vez que refleja un compromiso del juez con una de las partes, quebrantando la igualdad jurídica con que ambas se enfrentan al juez.

La invocación del principio pro operario genera una carga argumentativa al juzgador, quién, a lo menos, debe dar cuenta de las posibles interpretaciones de una disposición normativa concreta, justificando la elección del principio protector como regla decisoria entre dichas alternativas, sin que aquello implique la vulneración de alguna garantía fundamental, como el derecho a la defensa, o el derecho a la prueba, por ejemplo y la estructura de poderes o funciones estatales definida en la constitución.

88

Como hemos expuesto, existen varios usos y posibilidades de invocación del principio en cuestión en materia procesal, y el análisis que cada una de dichas variables ofrece está lejos de agotarse en el presente trabajo, aunque bien podemos identificar que su invocación directa por el juzgador del caso concreto, sobre todo en aquellos casos en que no se cuente con una disposición normativa expresa, abrirá al menos la sospecha de vulneración de las preceptivas que resguardan la imparcialidad del juzgador, la imparcialidad, y, en último término, el respeto del debido proceso. La compensación de la desigual posición entre las partes no debe ser otorgada libremente a la judicatura más allá de toda regulación normativa (ni menos contra ella), pues, antes bien, sería esperable un diseño legislativo concreto que dé cuenta del uso de alguna de las instituciones procesales que cumplieren con dicha finalidad, por ejemplo, estableciendo cargas probatorias diferenciadas, o regulación de plazos acortados, pero en cualquier caso, sin olvidar que en dicha tarea pueden ser llamadas un sin número de instituciones que concurran a corregir la desigualdad material entre las partes antes del juicio, pero que existe una persona que de ser llamada a cumplir dicha tarea quebrantaría la noción misma de proceso y Estado de Derecho, y por lo mismo le está vedado conducirse en dicha vía. Esa persona es el Juez. Donde

no hay imparcialidad e imparcialidad, no hay juez; donde no hay juez, no hay proceso; y donde no hay proceso, no hay Estado de Derecho.

REFERENCIAS

- Adrián Coripuna, Javier (2015): «Razonamiento constitucional: críticas al neo-constitucionalismo desde la argumentación judicial». Perú: Fondo Editorial Academia de la Magistratura
- Aguilar, Alejandra (2016). «Aproximación a una noción conceptual del estándar de prueba en el procedimiento laboral chileno». *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 6 (1). 11-30
- Alexy, Robert (2002): «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 22, Nº 66, 13-64
- Alvarado Velloso, Adolfo (2009). «*Lecciones de derecho procesal civil*», Argentina: Editorial Juris
- Alvarado Velloso, Adolfo (2009): «Sistema Procesal: Garantía de la Libertad». Argentina: Rubinzal Culzoni Editores
- Alvarado Velloso, Adolfo (2010): «El garantismo procesal», en Paulo de la Fuente Paredes (coord.), *Estudios de derecho procesal civil: bases para un nuevo código procesal civil*, Chile: Librotecnia, 63-64
- Arredondo Del Río, José Mauricio (2013): «El derecho laboral, su génesis, evolución y los poderes del juez de la materia», *Summa Iuris (histórico)*, [S.l.], v. 1, n. 1, 121-140
- Aseff, Lucía M. (2011): «*Laboralia: temas críticos de doctrina laboral y teoría general*», Argentina: Editorial Juris
- Atienza Rodríguez, Manuel (1989): «Contribución para una teoría de la legislación». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [S.l.], n. 6, 385-403, 2386-4702
- Barajas Montes de Oca, Santiago (1983): «*La Huelga. Un análisis comparativo*», México: Ed. UNAM

- Barbagelata, Héctor Hugo (2014): «*El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*», Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria (FCU)
- Baylos Grau, Antonio Pedro (1994): «La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva», en *Derecho privado y Constitución*, (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre la tutela judicial efectiva y el proceso de trabajo), N° 4, 107-130
- Benabentos, Omar (2001): «*Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*». Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2001
- Benabentos, Omar (2001): «Teoría General Unitaria del Derecho Procesal». Argentina: Editorial Juris
- Benjamin, Walter (2001): «Para una crítica de la violencia y otros ensayos. *Illuminaciones IV*», Traducción de Roberto Blatt, Madrid: Taurus
- Boza Pró, Guillermo (2014): «Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo», Themis: Revista de Derecho, N° 65, 13-26
- 90 Calderón Chacón; José Adrián (2015): «El Principio de igualdad en el derecho procesal del trabajo», *Revista de la Sala Segunda, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia*, N 12, 87-94
- Calvinho, Gustavo (2016): «*Carga de la prueba*», Argentina: Editorial Astrea
- Caracciolo, Ricardo (2005): «Una discusión sobre normas derrotables», *Revista Discusiones*, n.5, 87-100
- Couture, Eduardo (1948): «Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo», en *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Editorial Depalma
- Dworkin, Ronald (1989): «*Los derechos en serio*». España: Editorial Ariel
- Dworkin, Ronald (1993): «*Los derechos en serio*», Buenos Aires: Ed. Planeta-Agostini
- Fuenzalida, Patricia (2019): «El principio protector: alcances y límites en el procedimiento laboral chileno», en *Revista de Estudios Laborales*, Chile, N° 13, 77-92

- Gamonal, Sergio (2015): «El derecho procesal del trabajo, sus caracteres y el principio de igualdad por compensación», *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. III, N° 1, 89-120
- Godoy, Mario Rodolfo (2008): «Garantismo y activismo: posiciones en-contradas». *Revista Electrónica Cartapacio de Derecho*, Vol. 14
- Guasp, Jaime (1949): «Significación del proceso de trabajo en la teoría general del Derecho Procesal», en *Revista de la Universidad de Oviedo*, Facultad de Derecho, 137-159
- Guibourg, Ricardo (2009): «Autonomía. Revista sobre enseñanza del derecho», año 7, número 13, 207-211
- Guzmán Brito, Alejandro (2015): «*El origen y la expansión de la idea de principio del derecho*». Chile: Editorial Thomson Reuters
- Lariguet, Guillermo (2006): «Autonomía de ramas jurídicas y aplicación de normas», *Anuario de filosofía del derecho*, N° 23, 383-404.
- Marcilla Córdoba, Gema (2004): «Argumentación jurídica y racionalidad legislativa en el Estado Constitucional», *Anuario de filosofía del derecho*, N° 21, 337-352.
- Marcilla Córdoba, Gema (2013): «Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa», *Revista Ciencia de la legislación*, Vol. 47, 43-83.
- Martin Valverde, Antonio (2003): «Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos», en De La Villa Gil, Luis Enrique y López Cumbre, Lourdes (Directores), «*Los principios del Derecho del Trabajo*», Centro de Estudios Financieros, Madrid, 39-72
- Mercader Uguina, Jesús R. (2019): «*Lecciones de Derecho del Trabajo*», 12ª Edición, España: Tirant lo Blanch
- Montero Aroca, Juan (Coord.) (2006): «*Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*», España: Tirant lo Blanch
- Núñez Ojeda, Raúl (2008): «El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado Democrático Deliberativo», *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, (n.1), 199-223

- Orsini, Juan Ignacio (2010): «Los principios del derecho al trabajo». *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*; año 7, no. 40, 489-506
- Palavecino Cáceres, C. (2016): «El proceso como garantía de la libertad». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3(6), pp. 213-216
- Palomo Vélez, Diego, y Matamala Souper, Pedro (2014). «Juez y parte. El compromiso espiritual del juez en el interrogatorio de testigos en el juicio laboral oral y sus necesarios límites». *Revista Ius Et Praxis*, 17(2), 485-504
- Picó I Junoy, Joan (2006): «El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado», en: Montero Aroca, Juan (coord.). *Proceso Civil e Ideología*, España: Tirant Lo Blanch
- Pla Rodríguez, Américo (2015): «*Los principios del derecho del trabajo*», Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria (FCU)
- Ragone, Álvaro Pérez (2018) «El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal», *Revista Derecho del Estado*, n.41, 255-283
- Redondo, María Belén (2015): «El debido proceso en el Neoconstitucionalismo». *Revista Académica Electrónica de la UNR*, N° 15 (8), Vol. 1, 2317-2325
- Ríos Muñoz, Luis Patricio (2020): «*Proceso y Principios: Una aproximación a los principios procesales los principios procesales*», España: J.M. Bosch Editor
- Rodríguez Piñero, Miguel (1966): «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo», *Revista de Política Social*, N° 71, 147-167
- Rosenberg, Leo (2002): «*La carga de la prueba*», Buenos Aires: Editorial B de F
- Ruiz Moreno, Ángel Guillermo (2010): «Principios procesales necesarios en la administración de justicia en asuntos laborales y por prestaciones de la seguridad social en México», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México, núm. 10, enero-junio, 203-238
- Sarlo, Óscar, et al. (2018): «La era de los principios: entre compromiso moral y retórica vacía: análisis teórico y usos discursivos en el derecho Uruguayo», Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria (FCU)

Ugarte, José Luis (2016): «La rehabilitación de los principios del trabajo». *Dike, Revista Alumni de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado*, volumen v, número 1, 43-53

Vergara Blanco, Alejandro, (2014): «Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas: teoría y técnica de los “núcleos dogmáticos”», *Revista chilena de derecho*, 41(3), 957-991

Viehweg, Theodor (2007): «*Tópica y jurisprudencia*», Madrid: Thomson Civitas, 2 ed.

