

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: El principio de facilitación probatoria en el proceso laboral

Alumno/a: Paul Gonzalo Paredes Palacios

Tutor/a: Dr. Diego Papayannis

Convocatoria (marzo/2018)

El principio de facilitación probatoria en el proceso laboral

Paul Paredes Palacios

Introducción

La pregunta que este documento busca responder es si el llamado *principio de facilitación probatoria* puede ser considerado como una concreción en el ámbito de la prueba del método de la *igualdad por compensación* propuesto por Couture (1979). Couture planteó que la razón de ser del derecho procesal del trabajo era asegurar ciertos resultados mínimos de justicia dentro de la (desigual) relación del trabajo, y que para lograr ello era necesario establecer la igualdad mediante una desigualdad: la igualdad por compensación (Couture, 1979, pág. 275).

La realidad permite advertir que la desigualdad (económica y social) impacta no solo en la configuración de las relaciones laborales, sino también en el valor epistémico de la prueba. Por ejemplo: el hecho que sea el empleador el productor y el tenedor de los medios de prueba formales (boletas de pago, planillas, depósitos bancarios), o la regla que permite al empleador deshacerse de los documentos de cumplimiento de las obligaciones laborales con una antigüedad mayor a los cinco años son manifestaciones de dicho impacto como explicaré luego.

Pero la desigualdad también justifica e incide en un conjunto de valores no-epistémicos o, en palabras de Laudan (2013, pág. 22), en valores de política pública. La protección del derecho de no discriminación por condición económica –como lo recoge el artículo 2 de la Constitución peruana– sería expresión de uno de estos valores no epistémicos. La propia existencia, por tanto, del proceso laboral distinto al civil contaría como manifestación de estos valores. O también, por ejemplo, la protección especial que el artículo 23 de la Constitución dispensa a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. O el fomento de la negociación colectiva y la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales como directrices contempladas en el artículo 28 constitucional. Es interesante advertir que estos valores no-epistémicos no necesariamente colisionan con los valores epistémicos. Y también es de resaltar que para la incorporación de esos valores de política pública puede recurrirse a ciertos instrumentos como las presunciones, la exclusión

de medios de prueba, la prueba de oficio o el diseño pretendidamente eficiente del proceso que, en el caso laboral, se espera esté construido en la idea de facilitar la prueba en un contexto epistémicamente desventajoso para el trabajador.

Este documento pretende trazar un paralelismo con la igualdad por compensación de Couture. En la igualdad por compensación las desigualdades materiales (económicas y sociales) son *corregidas* (compensadas) creando nuevas desigualdades en el proceso. En el principio de facilitación probatoria se parte por afirmar que las dificultades probatorias perjudican la acreditación de los hechos y el propio valor epistémico de la prueba. En consecuencia, la función de este principio es introducir un conjunto de instrumentos –epistémicos pero también no epistémicos– que eviten los dos perjuicios señalados. Así, el principio de facilitación probatoria apunta a un resultado de corrección o ajuste de los argumentos de prueba necesarios para la decisión del caso. En consecuencia, el principio de facilitación termina siendo una herramienta para la búsqueda de la verdad.

En este trabajo analizo diferentes escenarios en los que la desigualdad de las partes termina siendo relevante en la dinámica probatoria del proceso laboral. Esto me permitirá atribuirle al principio de facilitación probatoria un contenido mayor al meramente instrumental de compensación, con el propósito de repotenciarlo o revalorarlo como garantía que contribuya a la búsqueda de la verdad como objetivo fundamental del proceso (Vázquez, 2013, pág. 13). Quiero así, desde ya, marcar distancia con cualquier entendimiento del principio de facilitación probatoria como acto de generosidad, benevolencia o condescendencia al trabajador.

Este documento está dividido en dos partes. En la sección 1 pretendo justificar el principio de facilitación probatoria como método de corrección del error, a partir de la situación de dificultad probatoria generada por la desigualdad material. La desigualdad –que pone al trabajador en una situación de dificultad probatoria– es presentada en el documento desde dos fundamentos complementarios. Primero, desde lo que podríamos llamar un discurso histórico - dogmático que trata de poner en sus justos límites el principio dispositivo y las facultades de oficio del juez; y segundo, a partir del fundamento que significó, en última instancia, el surgimiento del derecho procesal del trabajo: la desigualdad de las partes en la relación jurídico laboral. En la sección 2 discuto las diferentes expresiones o instrumentos que podrían servir de contenido al principio de facilitación probatoria. En un primer momento analizo un grupo de figuras como la presunción de laboralidad, de inconducta procesal, de inversión de la carga de la prueba, de inocencia, el principio *in dubio pro operario*, las verdades interinas, los hechos institucionales, entre otros. Finalmente, cerrando la exposición, aplico los hallazgos de esta investigación en lo que resultaría siendo el contenido del *principio de facilitación probatoria* en el proceso laboral.

1. La desigualdad como justificación del principio de facilitación probatoria

1.1. La igualdad en el principio dispositivo: entre dos concepciones

Nieva Fenoll (2017) pone de relieve un aspecto que suele pasar inadvertido. Todos reconocemos la importancia del principio dispositivo y lo asumimos como algo indiscutible. Sin embargo, bajo dicho concepto se ha cobijado, con bastante éxito, la idea de que la delimitación del contenido del proceso –lo que las partes piden, según los hechos alegados y probados– impide o prohíbe apreciar, de oficio, hechos (relevantes) que constan en el proceso, pero que no han sido opuestos por las partes, aun cuando tales hechos tengan la capacidad de incidir frontalmente en la solución de la causa. Desde esta perspectiva las partes tendrían la capacidad no solo de delimitar el contenido del proceso, sino también el contenido de la decisión aun cuando desde los hechos que aparecen en el proceso y el Derecho a ellos aplicable la solución fuese otra.

La concepción tradicional, o como habitualmente es entendido el principio dispositivo, sujeta al juez a lo que las partes expresamente pidan. Fuera de ello el juez se encuentra impedido de actuar y de decidir en consecuencia. La fuerza del principio dispositivo sería tal que todo el proceso y los poderes del juez en aquel se explicaría y justificaría en la soberanía de las partes. Esta perspectiva sobreentiende, además, que las partes son iguales. En estricto, es una mirada para la cual la igualdad es indiferente porque las partes importan solo en tanto significan una posición procesal.

La importancia de la reflexión de Nieva Fenoll es que, a partir de desentrañar el surgimiento histórico del principio, permite recuperar sus justos términos y, con ello, desechar el mito de que el principio dispositivo prohíbe sin más las actuaciones de oficio de los jueces.

Conforme lo señala el origen histórico del principio dispositivo se encuentra en un texto de Azzone escrito a finales del siglo XII y principios del XIII. Por su importancia y para fijar bien la idea, cito a continuación su traducción:

“El juez debe juzgar en conciencia y, al contrario, debe juzgar según lo alegado. Se pregunta si el juez, en el proceso civil y penal, debe juzgar según su conciencia. Hay que distinguir entre lo que sea conocido como juez – esto es, en razón de su oficio–, y lo que conozca por su vida privada. En el primer caso, debe dictar la sentencia según su conciencia, que también puede formar con las alegaciones. (...) ¿Qué tiene esto de extraño? ¿Acaso

no es válida la sentencia dictada teniendo en cuenta los testimonios y confesiones que conoce como juez? De ese modo puede conocer todos los datos del asunto. Pero si conoce la verdad por su vida privada, no debe dictar la sentencia según su conciencia, sino (solamente) teniendo en cuenta lo alegado. Y así se entiende de la rúbrica contraria Nieva Fenoll (2017, pág. 10).”

La frase que finalmente pasó a la historia se debe a un texto de Durand del siglo XIII, basado en Azzone¹: “*Item debet ferri [sententia] secundum allegata et probata, et non secundum conscientiam* (Nieva Fenoll, 2017, pág. 10).”

Esta vinculación del juez a lo alegado y probado sería manifestación de dos derechos esenciales en el proceso: el derecho al juez imparcial y el derecho de defensa (Nieva Fenoll, 2017, pág. 4).

El *secundum allegata et probata* se presenta así como una construcción para protegerse de la arbitrariedad del juez al momento de resolver y que, para ello, solo tuviera en cuenta lo que consta en el expediente y no su conocimiento privado virtualmente incontrolable. Se busca así huir de la arbitrariedad de los jueces y, paralelamente, permitir a las partes defenderse “*con todas las cartas encima de la mesa* (Nieva Fenoll, 2017, pág. 1)”.

En este correcto entendimiento del *secundum allegata et probata* termina siendo gravital la parte final del brocardo: *et non secundum conscientiam*. Esto demuestra que la preocupación en la formulación del principio dispositivo no estaba, *per se*, en la limitación de las actuaciones de oficio de los jueces, sino en controlar que sus decisiones se expliquen y justifiquen en los contenidos del expediente, antes que en la mera voluntad del juez en un contexto de falta de independencia e imparcialidad judicial propia de la justicia feudal (Nieva Fenoll, 2017, pág. 5).

Ahora bien, ¿el *secundum allegata et probata* podría terminar impidiendo que el juez actúe y se pronuncie sobre aspectos no pedidos? Conforme a lo expuesto la respuesta sería negativa. La respuesta positiva sería más bien una derivación posterior producto de unirle –al *secundum allegata et probata*– el término *partium*.

Así, el *secundum allegata et probata* no tuvo como propósito inicial someter al juez a las partes como se puede concluir cuando, posteriormente², se le unió el término *partium*, sino simplemente vincular la decisión del juez a lo que se haya alegado y probado en el proceso. Es decir, lo alegado y probado no es necesariamente igual a lo pedido por las partes. Podría haberse alegado y probado, pero no pedido. El *secundum allegata et probata* apunta a que la decisión del juez no puede versar sobre una cosa no discutida ni probada. No apunta a controlar los poderes de oficio del

¹En Nieva Fenoll (2014) se señala que la frase correspondería a Accursio aunque podría ser de Azzone.

²Al parecer en el siglo XIX en los estados alemanes.

juez, lo cual no niega que los poderes del juez tengan límites pero, en todo caso, no sustentados en la concepción histórica del principio dispositivo.

Retomando como punto de partida el principio dispositivo se puede afirmar que este delimita la necesaria vinculación entre el juez y las partes. Esa vinculación va a significar, en concreto, el impulso de parte, la alegación y prueba de parte, la impugnación de parte, la disponibilidad del derecho de parte y, también, la resolución de la causa según lo pedido, alegado y probado. Del mismo modo, Cappelletti hace referencia al principio de la demanda: *nemo iudex sine actore*; al principio de la excepción; a la prohibición del pronunciamiento *ultra petita*; al principio de impugnación privada de la sentencia; y al principio de disponibilidad privada del proceso (Cappelletti, 1973, págs. 38 - 39).

Pero de aquí no se sigue, necesariamente, que la actuación del juez esté completamente sometida a las partes. Esta es una segunda idea que no deriva directamente del principio dispositivo histórico, sino que corresponde, más bien, a la idea del principio dispositivo tradicional o como habitualmente se suele entender que, en opinión de Nieva Fenoll (2017, pág. 1), es una idea que debe ser corregida. Así también, resaltando la desvinculación entre la actuación del juez y las partes, Gozaíni afirma, respecto de la prueba:

“La iniciativa probatoria no desnaturaliza el principio dispositivo, sino que coexiste con él. En materia probatoria referimos al principio respecto al poder de disposición de los elementos de convicción, sin interesar la relación jurídica procesal.

(...).

Es cierto que la verdad quizás nunca se alcance en su trascendente y significativa dimensión, pero la aproximación que consigue el Juez a partir de su decisión y compromiso con ella permite avizorar un decisorio más cercano a la justicia y de bases más reales que las expuestas por los litigantes (Gozaíni, 2002, pág. 12)”.

Si se descarta el principio dispositivo como justificación de la sujeción plena del juez a las partes, ¿en dónde habría que encontrar las limitaciones a la actuación de oficio de los jueces? ¿Puede limitarse las actuaciones de oficio de los jueces sin negar la actuación de jurisdicción?

Estas preguntas permiten introducir en la discusión el principio opuesto al dispositivo: el inquisitivo.

No parece haber mayor debate en que el principio dispositivo significa que un proceso judicial se inicia por impulso de parte y no por decisión del juez, que incluso la decisión de acudir al juez –y de disponer del derecho– depende de la parte, que un proceso continúa en sus diferentes etapas por decisión de las partes (en la gen-

eralidad de casos) y que, lo que se somete a resolución judicial, está delimitado por las partes.

Sin embargo, sí hay discusión sobre si lo que se somete a resolución judicial por las partes puede estar, de alguna manera, afectado por actuaciones judiciales que directamente no han sido planteadas o solicitadas por las partes, incluidas cualquiera que pudiese estar vinculada a la prueba. En ese sentido, se discute si los hechos y las pruebas solamente pueden ser traídos al proceso por las partes; o también, si los pedidos de las partes (que marcan los pronunciamientos del juez) solamente pueden ser expresos y textuales. Como se ha visto, el *secundum allegata et probata* no sería el sustento de la tesis restrictiva, por lo que el sustento de permitir, o no, las actuaciones de oficio –aquellas no vinculadas a la decisión de las partes– habría que buscarlo en otra parte: tal vez, en la necesidad de eficacia del proceso, o en el concepto de jurisdicción y el reconocimiento hartamente evidente de que el juez es una autoridad que resuelve los casos en Derecho, o en el derecho de defensa, o en el carácter de *motor epistémico* del sistema de justicia (Laudan, 2013, pág. 23), o más en concreto, en uno de los fundamentos esenciales del derecho de defensa: la igualdad de las partes.

Este sería, a mi entender, el argumento último para justificar la tesis no restrictiva a los poderes de oficio del juez. Nieva Fenoll refiriéndose al caso de las relaciones empresas – consumidores (que bien podría ser también la relación empresa – trabajadores) lo dice así:

“En nuestro tiempo, en un litigio en el que figuran como partes los consumidores, el principio dispositivo ya no protege a las partes, sino que en realidad privilegia solamente a una de ellas, que puede defenderse mucho mejor que la otra. Si se deja todo el objeto del juicio en poder de los litigantes, lo que puede acabar sucediendo es que una de las partes se apodere completamente de él, dejando a la otra desprotegida (Nieva Fenoll, 2017, pág. 5).”

Esta reflexión es trascendente. Tras la afirmación de que el principio de aportación de parte –incluida la aportación de pruebas– significa la sujeción del juez a la soberanía de *las partes*, se camufla una idea de desigualdad. Cuando se afirma la soberanía de las partes se afirma también que las partes (ambas) son iguales. Es decir, se afirma que ambas son igualmente soberanas en concreto. Pero la realidad –social y económica– niega la existencia de dicha igualdad. Y esta es la idea fuerte que se pone en el tapete: existen profundas diferencias entre las partes por lo que dejar todo librado al principio dispositivo en su versión más restrictiva (a la actuación de los jueces) significa negar el derecho de defensa de una de las partes, incluido el derecho a la prueba. Y esto sería una contradicción y un despropósito pues

“no deb[e] suceder que un principio, el dispositivo, creado para favorecer la defensa, pueda acabar sirviendo para anularla (Nieva Fenoll, 2017, pág. 6).”

Así, cabe reiterar, la igualdad no puede ser considerada desde una mera perspectiva formal, sino que debe ser abordada desde una mirada social o real. El problema con la perspectiva formal de la igualdad es que hace referencia a una igualdad vacía que asume que las partes, en la realidad del proceso, son iguales. Pero no son solo, por obviedad, diferentes, sino que las relaciones materiales que los vincula son estructuralmente desiguales. Y ese dato no es uno menor, sino que tiene la potencia de justificar las actuaciones de oficio de los jueces en tanto, de telón de fondo, la jurisdicción es de interés público. Importa lo que los jueces digan porque los jueces aplican Derecho. Y más aún. Esta actuación solo puede aspirar a ser justa si se asienta en la verdad como condición de aquella (Laudan, 2013, pág. 23), (Vázquez, 2013, pág. 13).

No se trata, por cierto, de anular el principio dispositivo. Por el contrario, se parte de reafirmar el principio dispositivo pero sin hacer del proceso una cosa de las partes –*sache der parteien*– (como lo fue en el siglo XIX). El juez es una autoridad cuya actuación tiene como norte –en la justificación de los hechos en su decisión– la búsqueda racional de la verdad. Pero también es la autoridad que hace vigente el Derecho en aquello donde no es posible la disposición de las partes; o donde la disposición de (una de) las partes podría estar significando una afectación al derecho de defensa (a la igualdad) de la otra.

Esta idea de afirmar ciertas presencias del principio inquisitivo sin que ello signifique la negación del dispositivo sino lo contrario, fue puesta de manifiesto por Cappelletti quien señaló:

*“(...) la verdad es que no puede definirse correctamente como inquisitorio un sistema en el cual están vigentes las reglas y normas que hemos tomado en examen en esta primera parte de nuestra investigación [se refiere al principio de la demanda: *nemo iudex sine actore*; al principio de la excepción (formal): el juez solo tiene en cuenta las excepciones deducidas a instancia de parte; a la prohibición del pronunciamiento *ultra petita: ne eat iudex ultra petita partium*; al principio de impugnación privada de la sentencia; y, al principio de disponibilidad privada del proceso]; o sea un sistema inspirado en el principio dispositivo porque es precisamente la exacta contraposición del principio inquisitorio (Cappelletti, 1973, págs. 38 - 39).”*

En consecuencia, el principio dispositivo es central en tanto significa la necesaria vinculación entre el juez y las partes. Vinculación que se da en el sentido de imparcialidad del juez y de derecho de defensa de las partes. Dicha vinculación, si bien

es amplia, no termina siendo absoluta o radical, sino que se permite la presencia de algunas manifestaciones del principio inquisitivo en clave de optimización. La presencia del principio inquisitivo se traduce en algunos niveles de desvinculación entre el juez y las partes. Desvinculaciones necesarias para optimizar la decisión. Decisión que se tomará conforme a lo alegado y probado aunque, eventualmente, lo alegado y probado pueda estar fuera de lo expresa o textualmente pedido u ofrecido. Estos son los casos, por ejemplo, de la apreciación de oficio de las excepciones materiales sustentadas en hechos impeditivos o extintivos como el orden público o los vicios del consentimiento³; de la prueba de oficio; y también, cabría agregar, de otras figuras como la suplencia de la queja deficiente y de las subsanaciones de oficio de los pedidos de las partes⁴; y, de modo especial en el campo del derecho laboral, del principio de irrenunciabilidad de derechos⁵. De estas figuras solo me referiré en este documento a la prueba de oficio y su potencial de mejora de la calidad epistémica del proceso.

Pero esta conjugación del principio inquisitivo con el dispositivo también se justifica desde una perspectiva epistémica. Laudan (2013) sostiene que en un sistema procesal junto con los valores epistémicos se presentan valores no-epistémicos o de política pública. La idea política de la necesaria vinculación del juez con lo pedido y ofrecido por las partes es sin duda un valor de una sociedad democrática de Derecho asentada en la idea de libertad. En su versión más tradicional niega cualquier posibilidad de actuación de oficio del juez, pues se considera que constituye una grave interferencia en los derechos de las personas. Desde esta perspectiva la imparcialidad exige una radical y necesaria vinculación entre lo pedido por las partes y la actuación judicial. Pero la idea de soberanía de las partes en el proceso en tanto cierra la realidad y los medios de prueba a lo alegado resulta siendo profundamente

³Las llamadas *excepciones materiales* o sustanciales han perdido presencia en el proceso a causa del protagonismo de las bien conocidas excepciones procesales. El hecho que las excepciones materiales no sean excepciones procesales y que, por tanto, no quepa proponerlas como tales, las ha condenado a cierto olvido y desatención. Más allá del nombre, la idea central es que existen hechos que impiden la configuración de una obligación (sustento de lo pretendido en la demanda) o que directamente la extinguen, o que la excluyen. En los dos primeros casos (hechos impeditivos y extintivos) la apreciación cabe ser hecha de oficio; mientras que ante los hechos excluyentes necesitan ser solicitado expresamente por la parte.

⁴La suplencia de la queja deficiente ha sido recogida en la ley procesal del trabajo peruana. Así, el privilegio del fondo sobre la forma o principio de informalismo lleva al juez a entender y esclarecer la demanda pero sin alterar lo pedido. Esto con el propósito que una mala demanda no sea rechazada si a pesar de los defectos de redacción resulta claro qué es lo pedido. Esta acentuación de los poderes del juez –por lo menos en materia laboral– se ve patente en el artículo III del Título Preliminar de la ley procesal del trabajo (Ley 29497).

⁵La aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos es un tópico con cierto nivel de complejidad porque, de un lado, el principio de irrenunciabilidad lleva a un necesario control de los acuerdos o decisiones de las partes, incluso en contra de su voluntad; y de otro lado, el hecho de acudir a un proceso significa la vigencia del principio dispositivo en tanto delimitadora de la actuación del juez. La tensión de ambos extremos pone de manifiesto la importancia de la actuación de oficio de los jueces para que el Derecho no termine siendo una mala broma de lista de derechos vacíos.

antiepistémico. Podría crearse una realidad paralela y el sistema procesal no tendría nada qué decir al respecto. Una idea así de radical va contra el sentido común y por ello, en mayor o menor medida, los sistemas admiten distintas intensidades de actuación de oficio, incluida la prueba de oficio.

En consecuencia, una primera justificación a la actuación de oficio del juez de cara a la prueba la podemos encontrar en el valor epistémico –en el sentido de *precisión*– que introduce el principio inquisitivo al permitir al juez buscar e introducir medios de prueba (Posner, 1999, págs. 1487 - 1497) aun cuando sea limitadamente y respetando el derecho de defensa de las partes.

Pero las actuaciones de oficio –y la prueba de oficio en concreto– pueden justificarse, adicionalmente, siguiendo los dos proyectos propuestos por Laudan para el estudio de la epistemología jurídica: el descriptivo y el normativo (Laudan, 2013, pág. 23). Sobre esto volveré en la sección 2.

Afirmar que el proceso laboral se estructura bajo el principio dispositivo no quiere decir que se excluyan, necesariamente, notas de actuación del principio inquisitivo. El principio dispositivo debe ser apreciado en su sentido histórico como lo plantea Nieva Fenoll (2017), lo cual no se traduce en ninguna afectación ni a la imparcialidad del juez ni mucho menos al derecho de defensa, en tanto lo que correctamente protege dicho principio es que el juez no resuelva por fuera del expediente, arbitrariamente; sin que el principio dispositivo sea, como lamentablemente ha devenido, en una prohibición a las actuaciones de oficio del juez. Y, complementariamente, el principio inquisitivo permite optimizar la actuación de los jueces y, en cuanto a la prueba respecta, a mejorar la calidad epistémica de la información sobre la cual pronuncia Derecho, máxime cuando la búsqueda de la verdad es uno de los propósitos centrales del proceso judicial. Solo así el sistema de justicia podría asentarse en valores que trascienden a los meros intereses de las partes. Valores como la búsqueda de la verdad en tanto condición necesaria, aunque no suficiente, para la justicia.

1.2. La desigualdad en la relación jurídico procesal y la igualdad por compensación

Cappelletti, en *El proceso civil en el derecho comparado*, hace una cita de Whitehead que invita a preguntarse sobre el sentido del proceso. ¿Para qué sirve el proceso? La respuesta de Whitehead es que el proceso debe servir para hacer valer el derecho de la parte que sostenga la causa más justa, no de la que sea más hábil o esté mejor posicionada. Dice Whitehead: “*After all, the fruits of victory should go, not to the party with the better lawyer or the more diligent investigator, but to the*

party with the better cause (Cappelletti, 2006, pág. 76)⁶.

Tremenda afirmación esta que lleva a reflexionar sobre el sentido del proceso (su propósito, su *telos*) y su vinculación con el acceso a la justicia, es decir, al sistema jurídico. ¿De qué sirve tener un derecho si este no puede hacerse valer en juicio o si este puede ser postergado en homenaje a la mera formalidad o si este depende meramente de la habilidad (o torpeza) de la defensa o si depende de la dificultad probatoria? Finalmente ¿qué otro sentido tendría el proceso si no es hacer justicia en el sentido de brindar una solución imparcial (e informada) como resultado de una participación en igualdad de armas?

La propuesta encierra un ideal de justicia que responde a los modos como se reparten en un sistema político las riquezas y el bienestar. Si la razón –o por lo menos lo razonable– es la herramienta de la justicia para distribuir las riquezas y el bienestar, el proceso no puede ser entendido como un juego de póker o un campo minado abierto únicamente a un grupo de iniciados que, cual sumo sacerdotes, solo ellos conocen los secretos divinos. Así, el proceso ni es un juego de póker, ni es un campo de batalla donde gane quien tiene un as bajo la manga o quien espera que la defensa caiga en el foso de la ignorancia o la inexperiencia. Menos en un país donde el desconocimiento de los derechos de unos es razón de riqueza y triunfo de otros. Por lo menos no debería ser así para los jueces.

Si el proceso declarativo de derechos –por lo menos desde la mirada de los jueces– es un conjunto de razones y no de meras formalidades, el principio de facilitación probatoria se presenta como una herramienta eficiente para potenciar los valores epistémicos del proceso.

La preocupación por la igualdad material o real de las partes ha estado desde siempre en el centro del proceso laboral. Es más. La desigualdad y la desprotección del trabajador fueron los motivos que le dieron lugar. Couture (1979, pág. 288) lo expresó así:

Un nuevo derecho procesal, extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno solo de ellos, ha debido surgir para establecer, mediante una nueva desigualdad, la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico de la vida, los que ponen su trabajo como sustancia del contrato, y los que se sirven de él para la satisfacción de sus intereses.

Este nuevo derecho procesal es el derecho procesal del trabajo “*elaborado totalmente en el propósito de evitar que el litigante más poderoso pueda desviar y entorpecer los fines de la justicia* (Couture, 1979, pág. 276).”

⁶Whitehead, R. citado por Bodin, H.S. “Marshalling the evidence” en Selected writings on the law of evidence and trial (edited by Fryer, W.T., St. Paul, Minn, 1957, p. 12).

Y el método para tal finalidad es la igualdad por compensación: *“El procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el crear otras desigualdades (Couture, 1979, pág. 275).”*

La idea de la igualdad por compensación pone a prueba el principio de imparcialidad pues pareciera negar una de las bases del proceso: la igualdad de armas. Así, se sostiene que un juez que actúa a favor de una de las partes, del modo que sea, rompe la imprescindible igualdad de armas que da sustento al proceso y que, por tanto, el juez siempre tiene que ser equidistante.

Si entre las partes existen diferencias económicas, sociales, culturales o informativas, por ejemplo, salta a la vista que no se encuentran en igualdad de armas. Resultaría controvertido afirmar que existe igualdad de armas entre quien produce y conserva un medio probatorio y aquel a quien le niegan su entrega. O entre quien dispone la forma de ejecutar un servicio y quien se somete a sus órdenes para cumplirlo, incluidos los medios de dejar constancia de lo sucedido. O entre quien dispone de un equipo de asesoría profesional continua y quien solo accede a un servicio profesional por reacción ante una decisión que le afecta. O entre quien participa de los círculos sociales y profesionales de la metrópoli y aquel que vive distante de la urbe y de los accesos a comunicación. La equidistancia o ajenidad, en tales contextos podría ser sinónimo de indiferencia y tributaria de una artificiosa igualdad. En tales contextos la igualdad de armas se convierte en un objetivo por cumplir necesario para un mejor acercamiento a la verdad de la causa. Y esa igualdad de armas podría lograrse, por ejemplo, mediante la utilización del principio de facilitación probatoria: una herramienta para que el Derecho no sucumba ante la dificultad de la prueba.

Un juez que controla y dirige puede no ser pacíficamente aceptado pero, de otro modo, el objetivo de la igualdad de armas difícilmente podría cumplirse. No se postula, por cierto, un juez autoritario o parcializado a favor de una de las partes, sino un juez hábil, inteligente y, sobre todo, honesto (Cappelletti, 2006, pág. 60). El peligro que los poderes del juez podría suponer sobre la imparcialidad puede ser respondida imponiendo al juez *“el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructoria y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos (Gozaíni, 2002, pág. 10)”*.

Esta primera limitación al juez director se complementa, además, con su necesaria sujeción al Derecho sustantivo:

“(…). De nuevo, el juez imparcial será el juez obediente al Derecho. En este sentido, es falsa la imagen de la imparcialidad como equidistancia entre las partes. El Derecho no exige al juez equidistancia entre violador

y violada, entre acreedor y deudor moroso. El derecho resuelve conflictos de intereses y realiza valoraciones, y el juez imparcial es el que incorpora los balances de intereses y valores que hace el Derecho, y éstos no siempre se sitúan ni mucho menos en el punto medio.

[...]

Vista así, la imparcialidad (y sus dos vehículos procesales, la abstención y la recusación) trata(n) de proteger no sólo el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, sino también la credibilidad de las razones jurídicas. (...) (Aguiló Regla, 1997, págs. 77 - 78)."

Posner hace una referencia similar al referirse a la función judicial y al principio de Derecho. Sostiene que el juez, al resolver los casos:

"[debe] abstraerse de las características particulares de los litigantes –su atractivo personal, su lugar en la comunidad, su patrimonio o pobreza, sus afiliaciones políticas, su raza, sexo, etnicidad y así en adelante –y viéndolas más bien como representativas de posiciones o intereses abstractos: la víctima negligente, el conductor temerario, el copiadore de trabajo registrado, así en adelante. En la analogía de Roberts, el juez, como el árbitro, no tiene preferencias entre los competidores, esto es, entre los litigantes individuales. Esa parte de la analogía es sonada; donde falla es que niega implícitamente que los jueces tienen y pueden (frecuentemente deberían) implementar preferencias entre reglas, o entre litigantes vistos como partes representativas (el fiscal, no el Sr. X; el criminal acusado, no el Sr.Y), como los árbitros no pueden (aunque realmente sí pueden, y lo hacen, un poco) (Posner, 2010, pág. 205)".

Dicho esto vuelve sobre la mesa la pregunta sobre cuál es el propósito del proceso, cuál es su finalidad. Aquí un intento de respuesta atendiendo al criterio de la igualdad.

Amartya Sen, en su *Idea de la Justicia*, sostiene que la universalidad de la inclusión es parte integral de la imparcialidad (entendida como igualdad). En efecto, si algunas personas quedan marginadas del mundo (jurídico) no hay igualdad y los pronunciamientos (preparados sobre dicha exclusión) no pueden ser calificados de imparciales, en tanto, solo toman en cuenta los intereses de los ya incluidos (Sen, 2009)⁷.

⁷Sen dice lo siguiente:

¿Puede haber una explicación satisfactoria, ética en general y, de justicia en particular, que limite su atención en algunas personas y no en otras asumiendo, aunque sea implícitamente, que solo algunas personas son relevantes mientras que otras no lo son? La moral y la filosofía política contemporáneas van en la dirección de Mary Woll-

Si todas las personas somos dignas de consideración y respeto corresponde afirmar que todas tenemos un derecho básico (fundamental) de igualdad aun cuando todos, como personas, no somos iguales. Las experiencias, la historia, la cultura, los antepasados, los prejuicios, los miedos, la religión, las creencias, en fin, las circunstancias de cada persona ponen de manifiesto las diferencias. Esas diferencias nos sitúan, relativamente, en ventaja o desventaja entre unos y otros. Son ventajas o desventajas por relación. Las circunstancias de las personas construyen una red de relaciones en la que uno se inserta en algún punto: más arriba o más abajo del poder político, económico, social, cultural, comunal y, también, laboral.

Esa diferente ubicación en la red social trae como consecuencia que las personas, en los distintos escenarios de interacción social (incluido el procesal), tengan diferentes capacidades para concretar sus objetivos o lograr sus realizaciones. Mis circunstancias me sitúan en una favorable o desfavorable oportunidad para hacer efectivas mis capacidades. Una mejor oportunidad me brindará una libertad más intensa para elegir y concretar mis metas, mis realizaciones. Esas oportunidades pueden estar negadas para algunos y, por tanto, el ejercicio de su libertad se reduce a una mera formalidad o es solo apariencia⁸.

En el escenario procesal ocurre lo mismo. Las partes no están en igualdad de armas, sin embargo, el proceso debe permitir, entonces, que las partes tengan las mismas capacidades de actuación pues solo así el proceso será imparcial. La figura de la igualdad por compensación es la herramienta que el proceso laboral utiliza para corregir las desigualdades materiales de las partes. Se trata, más bien, de un esfuerzo para evitar que la desigualdad de armas sea un elemento que incline el proceso desde su inicio. Digamos que el proceso nace inclinado y que, más bien, la igualdad por compensación busca equilibrarlo. Esto requiere, sin duda, un juez imparcial que juzgue con base en el Derecho y por las razones que da el Derecho (Aguiló Regla, 1997, pág. 78). Un juez que actúa siempre con base en razones. Así, la legitimidad del proceso estará en las razones expuestas y no en las habilidades o en la ignorancia de las partes. Y en cuanto a la prueba, ninguna declaración judicial

stonecraft negando tal posibilidad y demandando que cada persona sea vista, moral y políticamente, como relevante. (...). La universalidad de la inclusión del tipo demandado por Wollstonecraft es, en efecto, parte integral de la imparcialidad, (...). (Sen, 2009, pág. 117) (Traducción propia).

⁸Michael Sandel presenta la siguiente metáfora para distinguir entre la igualdad formal y la igualdad real que resulta muy ilustrativa:

Quienes han tenido apoyo familiar y una buena educación se encuentran en evidente ventaja respecto de quienes no lo han tenido. Permitir a todos participar en la competencia es una cosa buena. Pero si los corredores parten desde diferentes puntos, la carrera no es justa. Por eso, sostiene Rawls, la distribución del ingreso y la riqueza derivada de un libre mercado con igualdad formal de oportunidades no puede ser considerada justa. (...).(Sandel, 2009, pág. 153). (Traducción propia).

sería justa si esta no se asienta en un análisis razonado de los medios probatorios. La imprescindible justificación fáctica razonada de la decisión del juez es garantía de haber alcanzado, del mejor modo posible, la verdad de los hechos (Taruffo, 2005, págs. 23, 35).

En consecuencia, el criterio de la igualdad como un derecho o garantía por construir a lo largo del proceso se presenta como el rasgo distintivo del proceso laboral. Dicho en otras palabras, la igualdad por compensación se posiciona como el fundamento de las actuaciones procesales en los conflictos laborales. Por consiguiente, sí importa quiénes son las partes: no en su individualidad, sino en su posición⁹. La realidad informa y contextualiza el proceso.

Esa realidad, en el plano probatorio, informa sobre la producción, la manipulación y la conservación de los medios de prueba. Contextualiza la propia configuración de las relaciones laborales sustantivas. Permite apreciar las ausencias de prueba, los silencios. De ese modo, la realidad de la desigualdad, en cuanto a la prueba, contribuye a su valor epistémico.

Pero la igualdad de armas (el derecho de defensa) no es algo que se agote en tenerlas, sino que abarca también (o sobre todo) el usarlas. Es su uso –y no el meramente tenerlas– lo que incide en el resultado del proceso: la decisión de adjudicación de derechos. El cómo se usa el derecho de defensa es una cuestión de habilidad (buena o mala), de estrategia (adecuada o inadecuada) y su mérito (o demérito) puede conducir a ganar o perder el caso. Allí despliega todo su potencial la concepción pragmática de la argumentación jurídica¹⁰.

Aun cuando la suerte de un proceso tiene una dosis de habilidad, no todo es –ni podría ser– habilidad. Un argumento favorable, o un despliegue probatorio adecuado, o el soporte económico de las estrategias no dependen solo de las habilidades de las partes, sino también de su posición o situación material. Si una de las partes es la que produce o conserva un medio de prueba; o si es la que redacta los contratos; o es la que tiene la facultad de sancionar a la otra; o puede solventar y soportar en mayor grado los gastos procesales, entonces, salta a la vista que la posición o

⁹Posner alude a la justicia correctiva: “*eso significa juzgar el caso y no a las partes* (Posner, 2010, pág. 204)”.

¹⁰Sobre la concepción o dimensión pragmática de la argumentación Atienza sostiene: “*Finalmente, la perspectiva pragmática considera el razonamiento como un tipo de actividad (la realización de una serie de actos de lenguaje) dirigida a lograr la persuasión de un auditorio (retórica) o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico (dialéctica). La concepción del razonamiento de Perelman (organizado en torno a las nociones de orador, discurso y auditorio) y de Toulmin (las nociones fundamentales aquí son las de proponente y oponente, y el razonamiento consiste en un tipo de interacción en la que se formulan pretensiones –claims–, razones –grounds–, garantías –warrants–, etc.) vienen a representar, respectivamente, el punto de vista retórico y el dialéctico. Los criterios de evaluación de los razonamientos retóricos apelan esencialmente a la eficacia del discurso (a su capacidad para persuadir), mientras que el razonamiento dialéctico debe seguir ciertas reglas de procedimiento, como las que rigen el desarrollo de un juicio.*” Atienza (2015, pág. 205). Sobre las concepciones de la argumentación véase Atienza (2013, págs. 110 - 114).

situación material de las partes incide en el resultado del proceso. Y si ello es así, cabe concluir que la igualdad de armas relevante –la que hace la diferencia– no es la igualdad formal, sino, la igualdad material. Importa no la igualdad de partida, dada o ya realizada en cada parte; sino la igualdad de llegada, una *igualdad por realizar* que admite, por consiguiente, mecanismos de compensación a favor de la parte en desventaja¹¹.

Antes de concluir esta sección, voy a presentar tres datos estadísticos para dar respaldo epistémico a la desigualdad de las relaciones jurídicas laborales en el Perú¹². Desigualdad que incide, desde una perspectiva general, en el acceso a los propios derechos laborales; pero también, y para los fines del presente documento, en la información disponible para hacerlos valer en juicio. Por incidencia en la información disponible, aludo tanto a las situaciones de carencia de documentos (contratos, registro en planillas, boletas de pago, constancia de pago), de negación o dificultad de acceso (cuando se tienen los documentos pero el empleador los niega o se niega a entregarlos o condiciona su entrega a la existencia de una orden judicial) y también a la dificultad y costo de procesar información relevante en causas emblemáticas o difíciles como son los casos de discriminación (por maternidad, por discapacidad, por actividad sindical, salarial), de responsabilidad por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por desnaturalización de la tercerización laboral, entre otras.

El primer dato es el de la informalidad laboral. La tasa de informalidad laboral en el Perú al año 2015 en el sector empresarial privado es 55.5 % (Cuadros Luque, 2017). Es decir, de cada diez trabajadores seis se encuentran excluidos del sistema jurídico laboral. En otras palabras: más de la mitad de los trabajadores asalariados en el Perú no se encuentran registrados en el sistema laboral oficial, “*a pesar de tener derecho a ello y que por tanto, no acceden a los beneficios laborales establecidos por la regulación laboral (...) (Cuadros Luque, 2016, pág. 26)*”.

La tasa de informalidad analizada en el periodo 2005 - 2015 muestra una ligera disminución, pero aún se encuentra muy lejos de reflejar relaciones laborales armónicas. De 68.2 % en el año 2005, diez años después pasó a los 55.5 % referidos. Pero cuando este dato se analiza en el grupo de las microempresas la tasa de informalidad sube a 88.7 %. Es decir, en la población de mayor vulnerabilidad económica,

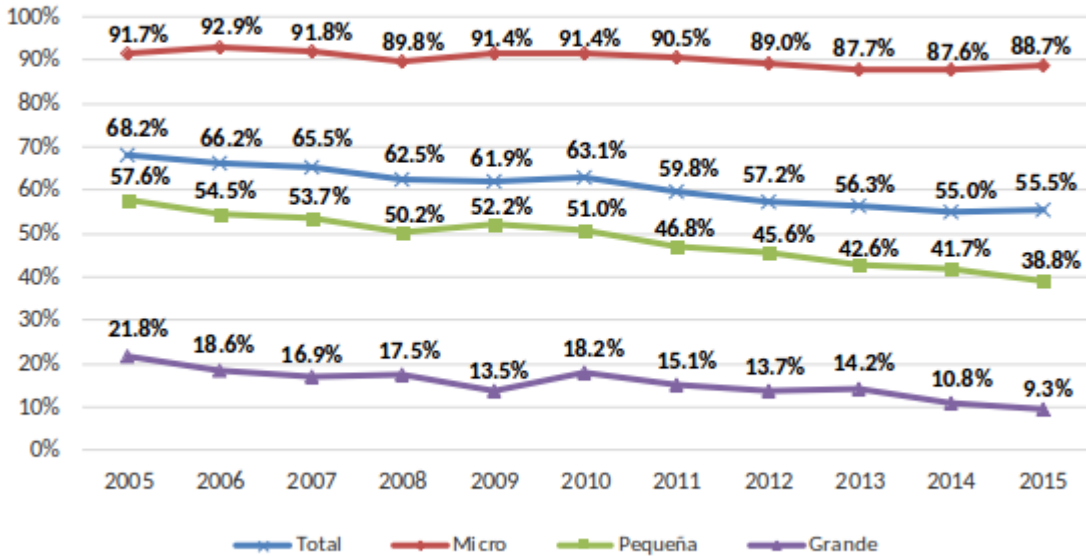
¹¹He insistido en esta distinción porque en varios países latinoamericanos la corriente del garantismo –que afirma la igualdad formal de las partes y niega, en consecuencia, la intervención del juez– tiene una importante acogida. Acogida que, de algún modo, se ha visto repotenciada con ciertas ideas de ajenidad radical del juez penal asentadas, supuestamente, en el proceso penal acusatorio adversarial. Esta corriente con la cual discrepamos es contestada, entre otros, por Gozaíni (2002).

¹²Debo agradecer a Fernando Cuadros quien me ha proporcionado la información que aquí expongo. Fernando ha tenido la gentileza de compartir las figuras que más adelante presentaré y, además, ha tenido la paciencia de explicarme detalladamente la información económica laboral resultante de los datos estadísticos proporcionados por los entes oficiales del país.

allí donde los salarios son más bajos, la tasa de informalidad prácticamente hace desaparecer el trabajo asalariado: casi nueve de cada diez trabajadores se encuentran excluidos del derecho laboral. Y en la gran empresa tampoco es que la informalidad desaparezca, aunque la tasa de informalidad es baja: 9.3 %. Uno de cada diez. La Figura 1 presenta la tasa de informalidad en el Perú en el periodo 2005 a 2015, en el sector empresarial privado.

Figura 1: Tasa de informalidad

Perú: Evolución de la tasa de informalidad laboral según tamaño de empresa en el sector privado 2005 - 2015

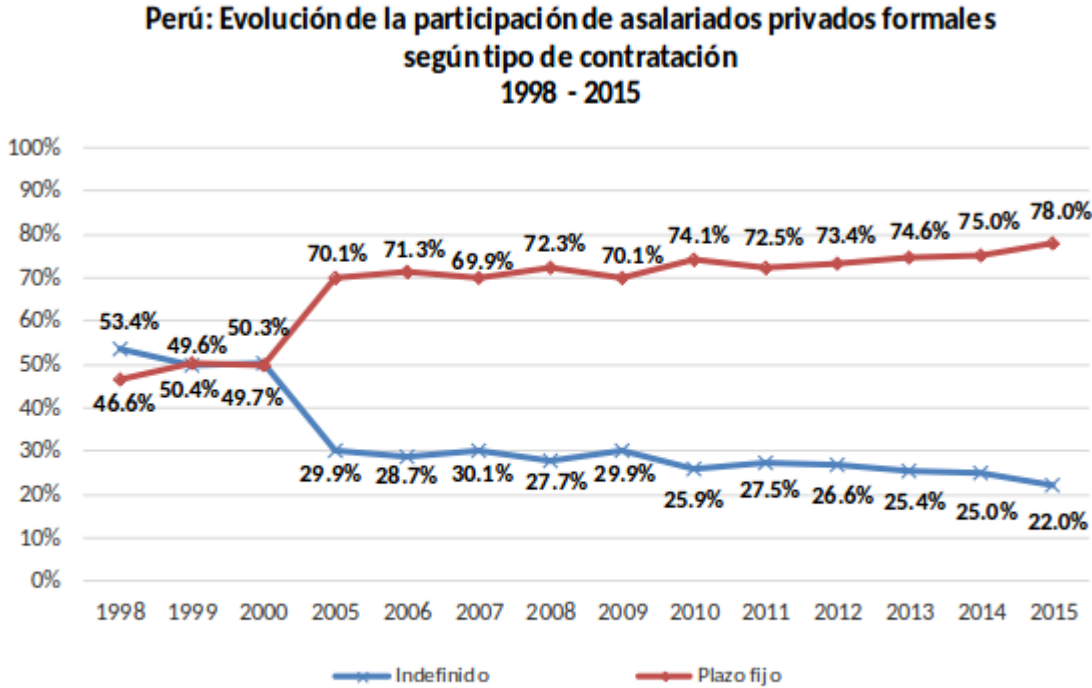


Fuente: INEI, ENAHO 2005 - 2015.
 Elaboración: Fernando Cuadros Luque

El segundo dato es la tasa de uso de los contratos a plazo fijo. La contratación laboral a plazo fijo rompe una de las características de la relación laboral: su duración indeterminada y, en consecuencia, resulta excepcional. Lo previsible, en consecuencia, desde la ordinariedad de las relaciones laborales es que la tasa de contratación a plazo fijo sea baja; menor –resultaría obvio– a la frecuencia de los contratos indefinidos. Pero no es así. Contra la lógica de la *naturaleza* de las relaciones laborales, la tasa de uso de los contratos a plazo fijo es mayor al triple de los contratos indefinidos: 78 % contra 22 %. En otras palabras, de cada diez trabajadores, casi ocho tienen contrato a plazo fijo y solo dos tienen un contrato a plazo indeterminado. Lo que desde la teoría del derecho del trabajo es la regla, resulta siendo una notable excepción, una rareza. Esto, sin embargo, no es sino un indicador de que los empleadores utilizan incluso la contratación para ocultar la verdad de las relaciones laborales. La desnaturalización de la contratación a plazo fijo salta así a la vista. Desde la estadística se puede, entonces, elaborar una regla general según la

cual existe una alta probabilidad de que los empleadores oculten la verdad de las relaciones laborales. La tasa de uso de los tipos de contratación se muestra en la Figura 2.

Figura 2: Tasa por tipos de contratación

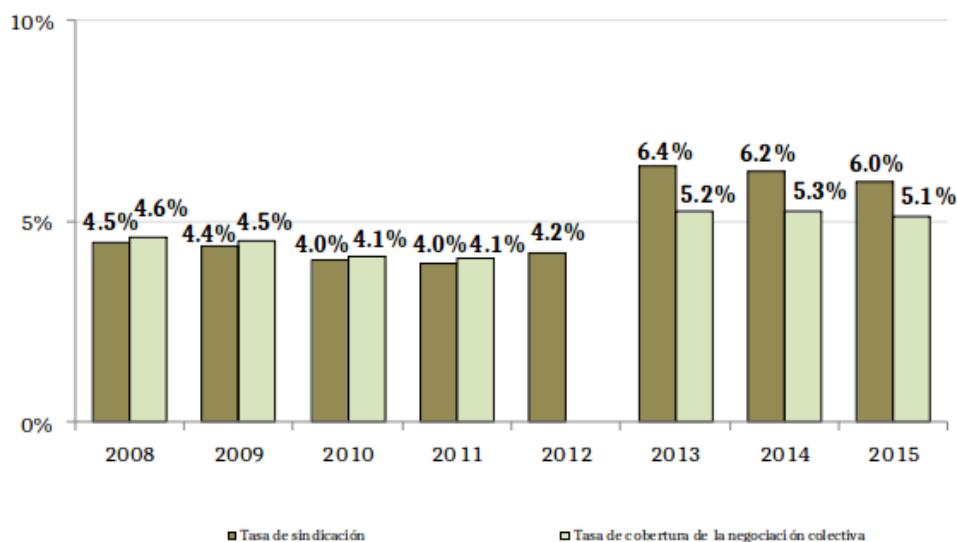


Fuente: INEI, ENAHO 2005 - 2015.
 Elaboración: Fernando Cuadros Luque

Finalmente, el tercer dato es la tasa de sindicación y de cobertura de la negociación colectiva. Estas tasas son notoriamente bajas: 6 % es la tasa de sindicación para el año 2015 y 5.1 % la de cobertura de la negociación colectiva en el mismo periodo. Sin una contraparte laboral fuerte (en número y en capacidad de negociación) la posibilidad que los empleadores cumplan espontáneamente sus obligaciones y que además se preocupen por mejorar la calidad de vida de sus trabajadores se ve sensiblemente afectada. Las bondades en el largo plazo de los sindicatos y las negociaciones colectivas parecen estar fuera de discusión. Pero cuando las relaciones laborales acusan las tasas de informalidad como las anotadas, la visión de corto plazo rechaza el sindicalismo pues ve como una amenaza los intereses empresariales. Lo cierto es que las bajas tasas de sindicación y de cobertura de la negociación colectiva son indicadoras de espacios donde prevalece la autoridad del empleador, lo cual contribuye a tener espacios poco transparentes en la configuración de las relaciones laborales. Esos espacios poco transparentes implican desconocimiento de la configuración de las relaciones laborales, de cumplimiento de las obligaciones laborales incluida la información sensible sobre seguridad y salud en el trabajo, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, además de la información económica, trib-

Figura 3: Tasa de sindicación

Perú: Evolución de las tasas de sindicación y cobertura de la negociación colectiva en el sector privado formal 2008 - 2015*



* Promedio mensual. No está disponible la información de negociación colectiva del año 2012.

Fuente: Planilla Electrónica / Oficina de Estadística, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

utaria y comercial de la empresa.

Así, los tres datos anotados aparecen como justificaciones para introducir en el proceso, herramientas de corrección que coadyuven a mejorar la información epistémica en las causas laborales. Sobre esas herramientas en concreto trata la sección 2 que expongo a continuación.

2. El principio de facilitación probatoria

2.1. El modelo de la teoría racionalista de la prueba como punto de partida

Es un lugar común en los distintos textos dedicados a la teoría general del proceso recordar la asunción monopólica del Estado de la “*actividad de dirimir conflictos y decidir controversias* (Couture, 1988, pág. 39).” Así, puede afirmarse que al haberse reservado en exclusiva, el Estado, la actividad de dirimir conflictos declarando derecho, la función jurisdiccional consistirá en satisfacer las pretensiones y resistencias propuestas por las partes en el proceso con tal fin instaurado, con justicia. El conflicto es resuelto declarando derecho pero no de cualquier modo, sino con justicia. Qué se deba entender por justicia o, más trascendente aun, qué es la justicia no

es un tema que corresponda ser abordado en este documento. Pero, por lo menos y para los fines de mi exposición, se puede aceptar que como condición una decisión justa es que esta se asiente sobre hechos verdaderos. Tampoco entraré a discutir sobre qué entender por hecho verdadero. En esta parte, simplemente asumiré como correcto el modelo de la teoría racionalista de la prueba según los planteamientos de Anderson, Schum y Twining (2015) y Ferrer Beltrán (2007).

Anderson, Schum y Twining (2015, pág. 116) señalan que el principio central de la tradición racionalista¹³ *“es que el objetivo primario del Derecho adjetivo (o procesal) consiste en lograr la “rectitud de la decisión” en la adjudicación, es decir, la aplicación correcta del Derecho a los hechos probados como verdaderos.”* Este principio conlleva tres consecuencias: que el proceso busca la verdad a través de medios racionales; que la búsqueda de la verdad es una prioridad para lograr la justicia, pero no siempre es insuperable; y que la búsqueda de la verdad es instrumental para el logro de la implementación del derecho sustantivo (Anderson, Schum y Twining, 2015, pág. 117).

La teoría racionalista de la prueba –como concreción de la tradición racionalista reseñada– va a significar, en consecuencia, la defensa de las siguientes premisas:

“(…): la epistemología es cognitivista en lugar de escéptica; la teoría de la verdad como correspondencia es generalmente preferida a una teoría de la verdad como coherencia; el modelo de toma de decisiones es visto como “racional”, en contraste con modelos “irracionales” tales como la lucha, la expurgación, o la ordalía; el modelo de razonamiento característico es la inducción; y la búsqueda de la verdad, como un medio para alcanzar la justicia en el Derecho, exige una elevada, aunque no necesariamente insuperable, prioridad como valor social (Anderson, Schum y Twining, 2015, pág. 117).”

Con mayor detalle Ferrer Beltrán presenta las tesis centrales de esta postura:

“a) la averiguación de la verdad como objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial, b) la aceptación del concepto de verdad como correspondencia, por ser éste el más adecuado para dar cuenta de las exigencias de la aplicación del derecho: aplicar la norma que prescribe una consecuencia jurídica para el caso en que se dé el hecho h requiere que se haya producido h y, por tanto, que los enunciados que se declaran probados en el proceso se correspondan con lo ocurrido en el mundo; c) el recurso a las metodologías y análisis propios de la epistemología general para la valoración de la prueba, por ser éstos los mejores

¹³Los autores hacen referencia a esta tradición en el *common law*, pero como se puede apreciar, la *adjudication* guarda relación con la *aplicación de derecho* del *civil law*.

instrumentos disponibles para maximizar las probabilidades de que la decisión adoptada sobre los hechos se corresponda con la verdad. Todo ello, claro, con la condición de que nos encontremos en el ámbito de la libre valoración de la prueba (2007), págs. 19 - 20”.

Esta referencia a la teoría racionalista de la prueba me permite amarrar el *Derecho* con los *hechos* porque los hechos relevantes en un proceso son los hechos descritos en la norma que resuelve el conflicto. La selección de la norma termina siendo, en consecuencia, un asunto central en la teoría racionalista de la prueba:

“En contextos jurídicos, la hipótesis [a ser probada] es establecida por el Derecho aplicable. En otras palabras, asumiendo que la regla aplicable está clara, la proposición a ser probada es una proposición que incluye cada uno de los hechos jurídicamente relevantes [“material facts”] que deben ser probados en orden a satisfacer las condiciones especificadas por la regla. (...) (Anderson, Schum y Twining, 2015, pág. 129).”

Esta referencia a la *hipótesis a ser probada establecida por el Derecho aplicable* permite distinguir dos momentos en la dinámica probatoria. Un primer momento, anterior a la adjudicación o aplicación de Derecho, en el cual la norma o regla de Derecho seleccionada (pretendida como aplicable) será, muy probablemente (en el segundo momento), la norma aplicada. La norma seleccionada plantea una hipótesis que tiene que ser probada. La hipótesis es la afirmación o proposición de la ocurrencia de un hecho y, como tal, puede resultar verdadera o falsa. En un segundo momento, son las pruebas –dicho latamente– las que determinan si la hipótesis es verdadera o falsa y si, en consecuencia, corresponde la aplicación de la norma seleccionada. Es en este momento donde cobra relevancia la valoración de la prueba, donde la exigencia probatoria podría ser más allá de toda duda razonable, o de prueba clara y convincente, o de prueba preponderante (Laudan, 2013, págs. 94 - 95). Si, por ejemplo, más allá de toda duda razonable los hechos de la hipótesis (las proposiciones fácticas) se reputan verdaderos, entonces, corresponderá *adjudicar* o *aplicar Derecho* según la norma del caso.

Esta constatación es importante porque, finalmente, describe el argumento probatorio como una cadena de razonamientos (González Lagier, 2005, págs. 54 - 55) que va de las pruebas a la hipótesis de incidencia normativa. Esto, visto desde el esquema de un argumento deductivo, determina, de un lado, la norma jurídica aplicable (y aplicada) como la premisa mayor; y de otro lado, la hipótesis o proposición fáctica como la premisa menor. Si gracias a las pruebas la premisa menor resulta verdadera, entonces, corresponderá la adjudicación o aplicación de Derecho pretendido (Anderson, Schum y Twining, 2015, págs. 94 - 95, 128 - 130).

Cuatro son las consecuencias que se pueden extraer del amarre entre *Derecho* y *hechos* que trae la teoría racionalista de la prueba. Primera, que la vinculación entre *Derecho* y *hecho* determina el objeto concreto de prueba (aquello que necesita ser *comprobado*¹⁴). Esto hace referencia al tema y a la necesidad de prueba. Segunda: sirve de medida o control de la relevancia de los medios de prueba, donde son relevantes aquellos medios que –guardando una conexión directa o indirecta (Anderson, Schum y Twining, 2015, pág. 97)– sirven para *comprobar* la hipótesis de incidencia normativa. Tercera: que en ese juego o propósito de comprobación, los medios de prueba contribuyen (en positivo o negativo) al grado de confirmación de la hipótesis a partir de su propia credibilidad o en conjunto con otro material probatorio. Y cuarta, que la fuerza probatoria de los medios de prueba es lo que finalmente determinará si se considera a la hipótesis o proposición fáctica como ocurrida en la realidad, es decir, si es verdadera o falsa.

Teniendo presente las consecuencias señaladas, a continuación, analizaré por qué resulta epistémicamente adecuado proponer herramientas de facilitación probatoria y, luego, discutiré las diferentes herramientas que se podrían considerar como expresiones del principio de facilitación probatoria.

2.2. ¿Por qué proponer herramientas de facilitación probatoria?

Como se expuso en la primera parte del presente documento se puede anotar, cuanto menos, dos razones que justifican compensar, facilitar o allanar la instancia probatoria a favor de la parte trabajadora. La primera razón sería la desigualdad material en que se encuentran los trabajadores frente a los empleadores. Esta permitiría implementar fines institucionales o de política pública de justicia sustantiva. Esto encontraría su mayor expresión tanto en el surgimiento del derecho del trabajo como del derecho procesal del trabajo. La igualdad por compensación es la herramienta que permite establecer la igualdad mediante la creación de una nueva desigualdad (Couture, 1979) que justifica, por ejemplo, los poderes oficiosos del juez.

La segunda razón se apoya en la epistemología. La desigualdad material provoca que el proceso laboral se enfrente en desventaja –por el lado del trabajador– desde su origen. Esta desventaja no propicia un debate equitativo y se aleja, por tanto, de reflejar la verdad de los hechos.

Ahora bien, la desigualdad material puede incidir en la concreción de las cuatro consecuencias anotadas en el punto precedente (determinación del objeto de prue-

¹⁴Utilizo la expresión *comprobar* con el propósito de enfatizar en esta fase la función de verificación (o comprobación) de la prueba.

ba, relevancia, credibilidad y fuerza probatoria). Si resulta cierto que la desigualdad material incide en alguna de las cuatro consecuencias anotadas, entonces, la introducción de un mecanismo de compensación se justifica en la necesidad, no meramente de establecer la igualdad, sino de conseguir y fomentar el descubrimiento de la verdad de los hechos sucedidos en torno al caso. Por ejemplo, la dificultad o imposibilidad de acceso a un medio probatorio en poder del empleador incide en la dificultad de probar uno de los hechos de la hipótesis fáctica. Pero también incide en la propia construcción debilitada o imperfecta de la demanda; y ello incidirá en la fuerza probatoria de la hipótesis al no disponerse de *todos* los medios de prueba que podrían estimarse suficientes. Frente a ello el sistema procesal tiene básicamente dos opciones: o es indiferente y de algún modo promueve el incumplimiento; o actúa como un motor epistémico (Laudan, 2013, pág. 23) que, a su vez, busca incentivar el cumplimiento normativo y la colaboración entre las partes (Vogt, 2017)¹⁵. La postura expresada en este documento es a favor de la segunda opción. Y en las páginas que siguen trataré de dar contenidos a las herramientas que servirían para cumplir tal fin.

2.3. Las herramientas de facilitación probatoria

¿Qué momentos o circunstancias justificarían el uso de herramientas de facilitación probatoria? En la lógica de compensación cabe facilitar la prueba cuando se presente una situación de dificultad probatoria, por considerar que la dificultad aleja al proceso de la búsqueda de la verdad. Para los fines metodológicos de la presente exposición se propone tres momentos o circunstancias de dificultad probatoria: 1. en el acceso al material probatorio; 2. en la valoración de la prueba; y 3. en la configuración sustantiva de los derechos laborales en general.

La dificultad en el acceso al material probatorio es un problema serio, frecuente y extendido. Las estadísticas mostradas en la sección 1 dan cuenta de ello: seis de cada diez trabajadores se encuentran fuera del circuito oficial de las relaciones laborales. Dicho de otra manera: seis de cada diez trabajadores no tiene medios de prueba oficiales de su vínculo laboral¹⁶. Este dato es aun más grave en el grupo de

¹⁵Thomas Vogt desarrolla el problema del acceso a la información que tienen las partes en el proceso civil y presenta dos modelos. El modelo de autosuficiencia (que podría ser, a su vez, extremo o moderado, y más próximo al *civil law*); y el modelo de contribución de información, próximo al *common law*. Respecto del modelo de autosuficiencia moderada dice: “*Las partes tienen derecho a acceder a fuentes de información en el poder del adversario, pero en la medida que sepa que existen y sean capaces de especificarlas; sin embargo, no se admiten deberes más exigentes, por ejemplo, deberes de aportar medios de prueba desfavorables de forma espontánea o, para ir más lejos, normas que otorguen facultades para una búsqueda abierta de información en la esfera de la contraparte. Con eso ya estamos entrando a otro modelo que es el modelo de contribución de información (Vogt, 2017), minuto 18:35 - 19:05.*”

¹⁶Por medios de prueba oficiales entiéndase boletas de pago, registro en planillas, contratos lab-

las microempresas –que es, además, el sector más vulnerable– donde la proporción de exclusión y de carencia de medios de prueba es de nueve de cada diez. En estos casos, cuando se afirma que la dificultad probatoria consiste en *no tener* los medios de prueba oficiales, lo que se quiere significar no es que el trabajador *no posea* dichos medios, sino que tales medios simplemente *no existen*. Este es, entonces, el mayor grado de dificultad probatoria.

Un paso atrás en el nivel de dificultad probatoria se encontraría el trabajador que no tiene medios de prueba oficiales, pero podría haber logrado acopiar algún medio probatorio no oficial: recibos a mano, cuadernos de labores, fotografías o algún testigo, por ejemplo. En una situación así, se salta al segundo problema anotado: el de la credibilidad y fortaleza de tales medios de prueba, es decir, el de la valoración. Sobre ello me referiré más adelante.

Dos pasos atrás en el nivel de dificultad probatoria se encontraría aquel trabajador respecto de quien existen medios de prueba oficiales, pero él no los posee. Quien los tiene en su poder es el empleador. En este caso, no es solo que el empleador los tenga en su poder, sino que, además, es él quien los produce, elabora o realiza. Es decisión del empleador la forma y oportunidad de producción o elaboración de estos documentos; los modos de conservación; e incluso, la decisión de transferir esta información a los trabajadores, ya sea porque una norma le impone la obligación de entregar una copia de esa información (p. ej. las boletas de pago y los contratos a plazo fijo) –la cual podría incumplir, o porque decide hacerlo espontáneamente. En este nivel de dificultad probatoria la solución o enfrentamiento al problema guarda relación con la regulación que el sistema procesal dispensa –o debiere dispensar– a las reglas de colaboración entre las partes, a la exhibición de documentos, a las conductas de las partes en el desarrollo del proceso, a la conservación de documentos, a las facultades officiosas del juez, entre otras. También aquí la dificultad presentada permite saltar al segundo momento: el de la valoración, donde, por ejemplo, la conducta de las partes podría ser el sustento de una inferencia probatoria a favor de la acreditación del derecho en disputa.

Un caso especial de dificultad probatoria lo genera la regla de conservación de información laboral hasta una antigüedad de cinco años, luego de los cuales se permite al empleador deshacerse de los documentos de cumplimiento de las obligaciones laborales¹⁷. Bajo una lógica de simplificación, de un lado, la norma autoriza el uso de tecnologías de la digitalización para la sustitución de documentos físicos, pero, de otro lado, delimita la obligación de conservación de los documentos y constancias de pago de las obligaciones laborales económicas solamente hasta cinco años de

orales escritos y eventualmente registrados ante la autoridad competente. A ello podría agregarse las constancias de pago bancarizadas.

¹⁷Esta norma es el artículo 3.4 del Decreto Legislativo 1310 (del 30 de diciembre de 2016).

spués de efectuado el pago. El impacto en la búsqueda de la verdad es extremo. Destruir la información laboral –contratos de trabajo, boletas de pago, marcaciones de ingreso y salida, registros de asistencia, de movimiento de personal, autorizaciones de vacaciones, convenios de compensación de horas extras, de compensación de días feriados, constancias de depósito en bancos, cheques de pago, liquidaciones de beneficios sociales, liquidaciones de utilidades, actuaciones de la inspección del trabajo, evaluaciones y calificaciones, etcétera– es colocar al trabajador en el nivel de mayor grado de dificultad probatoria: el de inexistencia de los medios de prueba oficiales. La autorización a la destrucción de la información laboral es claramente una medida contraepistémica sustentada en un aparente sobre costo en la conservación de documentos. Esta postura olvida, sin embargo, que toda empresa tiene y necesita tener una memoria, y que las tecnologías actuales permiten la conservación de grandes cantidades de documentos sin costos extremos. O que incluso la información más relevante –como las constancias de pago– podría ser transferida a un ente estatal o particular, a un sindicato o incluso al propio trabajador. Desde una perspectiva epistémica no se justifica la destrucción de información en tanto existen otras medidas alternativas menos gravosas a la pérdida de memoria. La situación que provoca la destrucción de información impacta también en los otros dos momentos de dificultad anotados: en el de la valoración y en el cumplimiento de la carga probatoria del pago que está en hombros del empleador; pero también en la configuración sustantiva de los derechos laborales en tanto enfrenta, de un lado, el aligeramiento de los costos al empleador y, del otro lado, la necesidad de cumplimiento de los derechos laborales. Una medida como la descrita impacta negativamente en el cumplimiento de los derechos de uno de los sectores de la población más vulnerables. Curiosamente termina siendo una norma que pretende silenciar los derechos laborales, pero que puede terminar en contra del empleador porque este, por una regla de carga de la prueba muy rancia, es quien soporta la carga de probar el pago de sus obligaciones, claro está, superado el serio problema de probar la relación laboral y sus contornos en un contexto donde se ha destruido la información laboral. La regla de la conservación de documentos laborales es una que, desde el proyecto normativo de la epistemología jurídica de Laudan (2013, pág. 23) debería ser eliminada.

El tercer momento de dificultad propuesto guarda relación con la configuración sustantiva de los derechos laborales en general. Este es un componente normativo que introduce tanto valores epistémicos como extraepistémicos. Cabe advertir que los valores extraepistémicos no son necesariamente, ni tienen que serlo, contraepistémicos. Por ejemplo, la presunción de laboralidad –reputar la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, a partir de la prueba de la prestación de un servicio– recoge el dato estadístico de la existencia de una tasa general alta

(6 de 10), y en algunos sectores muy alta (9 de 10), de ocultamiento de verdaderas relaciones de trabajo. De otro lado, contribuye a dinamizar –a hacer más eficiente– la actuación probatoria al atribuir al demandado la carga probatoria de la negación del vínculo laboral. En este punto es también importante hacer notar el papel que podrían cumplir ciertas directivas o principios - directivas como, por ejemplo: el fomento de la negociación colectiva,¹⁸ o la protección especial “*a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.*”¹⁹”

Respecto de cada uno de los momentos de dificultad probatoria podría proponerse, consecuentemente, una o más herramientas de facilitación. Sin embargo, las distintas herramientas, por sus efectos, resultan siendo, con mayor o menor intensidad, transversales a los tres momentos propuestos. Y esto es así porque las mismas inciden en aquellas cuatro consecuencias anotadas (sobre los medios de prueba) que surgen del amarre entre *Derecho* y *hechos*: determinación del objeto de prueba, relevancia, credibilidad y fuerza probatoria .

En consecuencia, a continuación presentaré y discutiré las diferentes herramientas que se podrían considerar expresiones del principio de facilitación probatoria, sin circunscribirlas a un momento o situación en particular.

2.3.1. El informalismo procesal o privilegio del fondo sobre la forma

El artículo III del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo peruana, Ley 29497 del 15 de enero de 2010, anuncia los fundamentos sobre los que asienta el proceso laboral:

“En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.”

Uno de los fundamentos centrales del proceso laboral peruano, en clave de compensación de la desigualdad, es el *privilegio del fondo sobre la forma*. No es que las

¹⁸El artículo 28° de la Constitución dispone: “*El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. (...)*”

¹⁹Así el artículo 23° de la Constitución: “*El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. (...)*”

formas no importen, sino que ellas importan en tanto protejan un derecho fundamental. Lo que se quiere resaltar es que las formas no son trascendentales en sí mismas, sino que las formas tienen un valor instrumental a las finalidades del proceso. Uno de esos fines institucionales del proceso es la búsqueda de la verdad. En consecuencia, el proceso debería adaptarse al logro de la búsqueda de la verdad. En tanto la búsqueda de la verdad importa, se justifica, de un lado, que el juez introduzca –en los casos de dificultad en el acceso al material probatorio– medidas para mejorar la calidad epistémica de las pruebas; y de otro lado, que las formas procesales resulten adaptadas a dicho propósito. Esto podría significar –en los contextos de dificultad en el acceso al material probatorio–, en concreto:

1. Que se permita la formulación de demandas sin incluir una liquidación precisa o detallada de los derechos reclamados, sino solo la indicación de las pautas generales de determinación del derecho, así como un ofrecimiento abierto o general de los medios de prueba.
2. Que se permita, en el ofrecimiento de los medios probatorios, la inclusión del pedido de exhibición de documentos en poder del empleador y, adicionalmente, que se considere las consecuencias del silencio o la negativa a la exhibición.
3. Que se permita la reformulación o precisión de la demanda una vez exhibidos los medios probatorios o, eventualmente, ante el silencio o negativa a la exhibición. Esto encuentra justificación en el hecho que la formulación de la demanda, sin contar con la información suficiente, genera una situación de desventaja que se refleja en la presentación de una demanda con fundamentos de hecho y de Derecho menguados.
4. Que se distribuya, antes de la actuación probatoria, la carga de la producción o presentación de los medios de prueba en atención a la parte que los produce o posee; disponiéndose las consecuencias de la falta de colaboración, la negativa o el silencio.

Estas conductas aparecen entonces como la consecuencia de haber aplicado el principio de facilitación probatoria en los contextos de dificultad en el acceso al material probatorio contribuyendo, de esa manera, a mejorar la calidad epistémica de la información necesaria para la adjudicación o aplicación de Derecho.

Cabe advertir que la propuesta reseñada adquiere mayor justificación cuando se advierte que, a diferencia de los sistemas del *common law*, no existe en el *civil law* un momento en el que las partes accedan al material probatorio de la contraparte (como el *disclosure* o el *discovery*), ni que las partes se sientan comprometidas a mostrar las manos antes del juicio²⁰.

²⁰Esta referencia corresponde a Posner (1999, pág. 1504).

2.3.2. La prueba de oficio

En la sección 1 me he referido también a la prueba de oficio. Allí señalé que las actuaciones de oficio –y la prueba de oficio en concreto– pueden justificarse siguiendo los dos proyectos propuestos por Laudan para el estudio de la epistemología jurídica: el descriptivo y el normativo (Laudan, 2013, pág. 23).

La prueba de oficio en el proceso laboral, desde el plano descriptivo, nos remite a un modelo restrictivo. Podría decirse que la desvinculación admitida –la aceptabilidad o tolerancia al principio inquisitivo, o dicho directamente, a la prueba de oficio– es de intensidad baja o subóptima. Esto sería así porque la norma procesal admite la prueba de oficio pero solo excepcionalmente.²¹ Aun cuando no precisa qué debe entenderse por su uso excepcional, la norma procesal civil, de discutible aplicación supletoria, sí lo hace, y de allí que quepa ratificar la intensidad baja señalada. Con mayor detalle esta segunda norma²² precisa que la prueba de oficio necesariamente debe estar vinculada a una “*f fuente de prueba [que] haya sido citada por las partes en el proceso*”, cuidando el juez de “*no reemplazar a las partes en su carga probatoria*”. Se refleja así en el modelo una preocupación por potenciar el principio dispositivo y, a su vez, una enorme desconfianza en los espacios que el inquisitivo podría abrir.

De otro lado, es verdad también que los jueces suelen tener en la práctica un manejo más relajado del criterio de la excepcionalidad de la prueba de oficio, ya sea que apunte en la dirección del demandante o demandado, sea trabajador o empleador y ello es, sin duda, un favorecimiento a los valores epistémicos del proceso.

Este favorecimiento a los valores epistémicos se suelen producir, sobre todo, ante la constatación de la negativa del empleador a proporcionar a sus trabajadores, documentación o información relacionada. Una realidad frecuente de los trabajadores es que toda o parte de la información laboral que les vincula con el empleador está oculta y en poder del empleador. No solo se trata que el empleador confecciona y redacta los contratos o las boletas de pago –además, por cierto, de ser él quien pague o cumpla con sus prestaciones– sino que no suele compartirlos o trasladarlos al trabajador, siendo también él quien los guarda y custodia. Sin olvidar, además, de otro conjunto de información empresarial que no está vinculada directamente a un trabajador, pero que incide en las relaciones laborales en su conjunto. Por ejemplo, los documentos contables y financieros, el balance anual, el estado de ganancias y pérdidas, los tributos pagados a la autoridad nacional sobre los cuales se calculan ciertos derechos laborales como la participación en las utilidades, los planes de expansión empresarial, los documentos de planificación de recursos humanos, los movimientos bancarios, los beneficios laborales reconocidos a otros trabajadores, y

²¹Así lo dispone el artículo 22 de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT).

²²Esta norma es el artículo 194° del Código Procesal Civil.

un largo etcétera.

Ante una realidad así que no solo es dificultad de acceso sino negación y hasta falta o ausencia de información (que sin embargo debería existir) –en una realidad donde no existe el *discovery* del *common law*– el escenario no solo es de dificultad probatoria (o directamente falta completa de medios de prueba relevantes) sino también de dificultad en el propio planteamiento de las pretensiones ante la carencia de información relevante que muestre las manos de lo que las partes tienen. Por ello que, desde el plano normativo, para mejorar la calidad epistémica del proceso laboral debería eliminarse el carácter excepcional de la prueba de oficio y el juez debería gozar de facultades de prueba suficientes para ordenar la exhibición de los documentos relevantes para la causa, sea que tengan directa relación con las pretensiones planteadas por el trabajador o que, sin tenerla, permitan completar la información necesaria (y relevante) para resolver el caso lo más próximo a la verdad de los hechos. Dicho esto sin olvidar – lo expondré más adelante– que la conducta desplegada en juicio, en estos contextos, justifica la presunción en contra de los intereses de la parte que vulnera las reglas de la buena fe y del deber de colaboración en el proceso.

Esta idea se ve reforzada cuando se lee, en el artículo III del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, que “*Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Impiden y sancionan la conducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros.*”

2.3.3. La adopción del estándar probatorio de la preponderancia de las pruebas (más probable que sí)

Algunas de las dificultades en la valoración de los medios de prueba (credibilidad y fuerza probatoria) se han expuesto precedentemente y muestran que las dificultades son expansivas, que impregnan el proceso todo. La dificultad en el acceso al material probatorio impacta en la búsqueda de la verdad porque, evidentemente, aleja al proceso de esta finalidad. Si la búsqueda de la verdad es un fin institucional del proceso y la verdad es una condición de la justicia (Taruffo, 2008)²³, las reglas procesales deberían favorecer la búsqueda de la verdad. Esto significa que la dificultad de acceso al material probatorio aumenta las posibilidades de error. Un error que, además, se traduce en mayores absoluciones falsas. Es decir, la dificultad de

²³Sobre este punto Taruffo explica: “*Por lo tanto, la verdad no es un objetivo final en sí mismo ni una mera consecuencia colateral o efecto secundario del proceso civil: es sólo una condición necesaria para una decisión apropiada, legítima y justa. Dado que el proceso judicial tiene por objeto hacer justicia y no sólo resolver conflictos, o –rectius– está orientado a resolver conflictos por medio de una solución justa, no podemos hacer a un lado la verdad, como una condición de justicia, en la decisión de los casos* (Taruffo, 2008, pág. 23).”

acceso provoca un desbalance en el reparto ordinario del nivel de suficiencia probatoria. Es decir, con mayor frecuencia no se logrará descubrir la verdad y los pronunciamientos, las decisiones, serán –con mayor frecuencia– falsas. Pero ese error, no es un error ordinariamente compartido o neutro, sino que habrá –producto del desbalance– un mayor número de decisiones falsas que serán absoluciones falsas. El número de demandas declaradas infundadas aumenta, ya no por la inevitable posibilidad del error ordinario, sino, en razón de la dificultad en el acceso al material probatorio. En consecuencia, si la dificultad de acceso al material probatorio provoca que los errores sean mayormente absoluciones falsas, entonces, una manera de corregir dicho desbalance (adicional al error ordinario) será disminuir el umbral de suficiencia probatoria.

Esta idea es resaltada por Hamer (2014) cuando sostiene que en los casos de carencia de información es preferible enfocarse en la frecuencia de los casos de error, antes que en el costo del error:

“So in civil cases, the aim is to equalize the rates of error against the plaintiff and defendants. And in criminal cases, there should be, perhaps, 10 times as many mistaken acquittals as wrongful convictions. In general, it appears more sensible to aim for the lowest overall cost of error, regardless of the relative error rates, but there are situations where this shift in focus may be warranted. Some offences and civil claims may generate systemic proof difficulties for the prosecution or plaintiff. In such classes of case, the errors may be imbalanced in the defendant’s favour. The argument is that the difficulties in enforcing the laws require that attention be redirected from error costs to error rates. The principles governing burdens and standards should be adjusted so as to achieve a greater balance in error rates (Hamer, 2014, pág. 235).”

El punto a partir del cual, entonces, el juez debería estimar acreditada la ocurrencia de un hecho bien podría corresponder al umbral de la preponderancia de las pruebas (PDLP) antes que al de la prueba clara y convincente (PCyC) (Laudan, 2013, págs. 94 - 95).²⁴ De este modo se lograría ajustar el desbalance provocado por

²⁴Laudan, refiriéndose al sistema de justicia norteamericano, recoge solo tres estándares de prueba: el más grave, representado en términos probabilísticos entre 0.9 y 0.95 o más alto y aplicable a los casos penales, corresponde al de más allá de toda duda razonable (BARD: beyond a reasonable doubt). Luego, el estándar de las pruebas claras y convincentes (PCyC) que en términos probabilísticos se ubicaría en un punto cercano al 0.75. Y finalmente, la preponderancia de las pruebas (PDLP) que se ubicaría entre el 0.5 y menor a 0.75 (Laudan, 2013, págs. 94 - 95). Por su parte, Cohen (1977) sostiene que en la ley inglesa y de los EE.UU. hay al menos dos patrones de prueba, aunque también en los tribunales de los EE.UU. se invoca un tercer patrón. Agrega Cohen: *“En un pleito civil se requiere a menudo, o normalmente, que el demandante, para ganar, pruebe los hechos de su causa según la “preponderancia de la evidencia” o “el balance de probabilidad”. En una causa criminal la acusación demuestra la culpabilidad del acusado sólo si prueba su causa con un grado de probabilidad*

la dificultad de acceso al material probatorio.

2.3.4. La distribución de la carga de la prueba: producción y distribución.

La carga de la prueba (*burden of proof*) tiene dos componentes: la carga de suministrar, ofrecer, producir, aportar medios y argumentos de prueba (*burden of production*) y la carga de *lograr la prueba*, de persuadir, de superar el umbral de suficiencia probatoria (el que fuese) que permita afirmar la verdad (mejor, probabilidad) de la proposición fáctica que sustenta la posición deducida en juicio de la parte (*burden of persuasion*) (Posner, 1999; Kaplow, 2012; McBaine, 1944; Cohen, 1977; Hamer, 2014; Rosenberg, 1956).

El problema que se presenta respecto de ambos componentes tiene que ver con la pregunta sobre cómo se distribuye la carga de la prueba entre las partes.

La distribución de la carga de la persuasión (es decir, quién pierde el caso si no se supera el umbral de suficiencia probatoria) es –como se vio previamente– la primera consecuencia del amarre entre *Derecho y hechos*. Es la regla o las reglas de Derecho aplicables al caso las que determinan, de un lado, los hechos relevantes de la causa (la hipótesis de incidencia normativa) y, consecuentemente, en qué posición –de demandante o demandado– se encuentran dichos hechos en relación con la pretensión o defensa deducida en juicio. De ordinario, los hechos relevantes con relación a la posición deducida en juicio son solo los del demandante, por lo que, de ordinario, solo él soporta la carga de la persuasión.

Hay situaciones, sin embargo, en las cuales los hechos relevantes de la causa –es decir, los hechos más simples en los que se descompone la hipótesis fáctica– ingresan al proceso con la carga de persuasión satisfecha. Es decir, respecto de esos hechos, ya no hay necesidad de desplegar actividad probatoria. No hay necesidad de *comprobarlos* porque cabe asumirlos como ciertos por el juez. Es el caso de los hechos

idad lo suficientemente cercano a la certeza como para que la conclusión pueda ponerse “más allá de toda duda razonable”. (...) Ciertamente la norma, hoy día, consiste en que para determinar cuestiones de hecho se requiere de la acusación un grado de probabilidad alto y absoluto en las causas criminales, mientras que el grado de evidencia requerido para ganar un pleito civil es, con frecuencia, o normalmente, relativo al grado de evidencia ofrecido por la parte perdedora (Cohen, 1977, pág. 278)”. Así, “las tres formulaciones comúnmente utilizadas “prueba con base en la preponderancia de evidencia”, “prueba por evidencia clara, contundente y convincente” y “prueba más allá de toda duda razonable”, deberían ser interpretadas, respectivamente, como requerimiento de la prueba de que una proposición es probablemente verdadera (esto es, más probablemente verdadera que falsa), de que es con alta probabilidad verdadera, y de que es casi ciertamente verdadera (Cohen, 1977, pág. 300)”. McBaine también recoge los estándares de “(a) prueba con base en la preponderancia de evidencia – preponderance of the evidence”, “(b) prueba por evidencia clara, contundente y convincente - clear and convincing evidence” y “(c) prueba más allá de toda duda razonable - proof beyond a reasonable doubt”, sobre los cuales dice: “The only sound and defensible hypotheses are that the trier, or triers, of facts can find what (a) probably has happened, or (b) what highly probably has happened, or (c) what almost certainly has happened. No other hypotheses are defensible or can be justified by experience and knowledge McBaine (1944, págs. 246 - 247).”

admitidos, los hechos presumidos por ley, los hechos notorios y los hechos materia de cosa juzgada.²⁵ Estos hechos podrían permanecer como ciertos a lo largo de todo el proceso, o eventualmente, podrían resultar negados como consecuencia de la carga de la persuasión del demandado. Esto es más patente en el caso de las presunciones legales *iuris tantum*. De un lado, todo lo expuesto simplifica la actividad probatoria y facilita la acreditación de los hechos; y de otro lado, compromete consideraciones extraepistémicas como la eficiencia del proceso y la colaboración de las partes; sin que, necesariamente, haya una afectación al valor epistémico del proceso.

2.3.5. La llamada inversión de la carga de la prueba y la presunción de inocencia en los casos de impugnación de sanciones

Hay también otras situaciones en las que, de inicio, la carga de la persuasión está compartida entre trabajador - demandante y empleador - demandado: es el caso de la impugnación del despido donde el empleador - demandado tiene la carga de la prueba de la falta grave imputada habilitante del despido. Esta es, tal vez, la expresión más tangible del principio de facilitación probatoria. El trabajador - demandante no soporta ninguna carga vinculada al despido. Él no tiene que probar que no cometió la falta grave, sino que corresponde al empleador demostrar en el juicio que la falta grave es verdadera, de lo contrario, quien gana el juicio será el trabajador.

Sobre esta figura cabe hacer dos comentarios adicionales. De un lado, la carga de la prueba de la falta grave en hombros del empleador ha sido ampliamente sustentada en la llamada doctrina de la *inversión de la carga de la prueba*; sin embargo, aparece como explicación alternativa recurrir a la figura de las llamadas *verdades interinas* o *verdad provisional* (*Interimswahrheiten*) elaborada por la doctrina alemana. Bajo esta figura –se dice– el legislador “*sin otra suposición previa, cambia por completo el tema y la carga de la prueba, de modo que la parte se libra de la prueba y la carga correspondiente pasa a su adversario* (Rosenberg, 1956, pág. 187)”.

Rosenberg presenta los fundamentos de las verdades interinas del siguiente modo:

“Cuando se trata de elementos difícilmente probables [entiéndase: de prueba difícil] pero que se encuentran en la gran mayoría de los casos, el legislador prescinde de convertirlos en presupuestos del fundamento del derecho; más bien vinculada a la falta excepcional de esos elementos el efecto de que ella impide el nacimiento del derecho. Se separa esas circunstancias difícilmente probables y que raras veces faltan del estado de

²⁵En ese sentido se presenta el artículo 46.1 de la NLPT cuando señala que el juez, al inicio de la actuación probatoria, enuncia los hechos que no necesitan de actuación probatoria.

cosas "ideal", el que comprende todos los elementos considerados importantes por el legislador para la producción del efecto jurídico, y se hace depender el nacimiento del derecho, del estado de cosas "práctico" que no comprende aquellas circunstancias porque, por regla general, se encuentran presentes. Cuando una vez, por excepción, no es éste el caso, se impide el nacimiento del derecho; la carga de la prueba respecto de esta falta incumbe al adversario. En tales casos, la circunstancia en cuestión no es, por lo tanto, un presupuesto del nacimiento del derecho sino que se la ha eliminado completa y definitivamente del estado de cosas adoptado como base por la norma-regla (Rosenberg, 1956, págs. 187 - 188)"

Los fundamentos que dan pie a las *verdades interinas* son los mismos que sirven de sustento a las presunciones-principio propuestas por Aguiló (1999); (2006). Así: *"(...), en las normas de presunción que propongo llamar presunciones - principio, el deber de aceptar la verdad procesal en que consiste el contenido de la norma de presunción no está sometida a más condiciones que las que derivan de su propio contenido, es decir, la obligación no depende de la prueba de ningún hecho base (Aguiló Regla, 2006, pág. 23)."*

Esta constatación me remite al segundo comentario: la llamada *inversión de la carga de la prueba* en el caso de la prueba de la falta grave es una verdad interina o una presunción - principio que se conecta o funde, en última instancia, con la presunción de inocencia.

Así, una tercera explicación a la llamada inversión de la carga de la prueba en los casos de despido es que, al tratarse de una impugnación de una sanción, quien tiene la posición de inocente antes y después del despido es el trabajador. El hecho que el trabajador impugne el despido no le coloca la carga de la prueba de su inocencia, sino que únicamente pone en sede judicial la revisión de la medida sancionadora decidida por el empleador. Cuando el empleador sanciona actúa jurisdicción. Y es esa decisión la que se impugna para revisarla. De ahí que la carga de la prueba se atribuya al empleador para demostrar, en juicio, la falta grave imputada. En el proceso de impugnación el trabajador conserva su posición de acusado y, por consiguiente, de inocente hasta que no se pruebe, más allá de toda duda razonable que es culpable de la falta grave imputada. Solo así está completo el principio de facilitación probatoria a favor del trabajador.

2.3.6. Las inferencias probatorias por inconducta procesal

Se ha visto que la dificultad de acceso al material probatorio pone al trabajador en seria desventaja que afecta las posibilidades de la búsqueda de la verdad. La situación de dificultad, por una parte, no altera la carga de la persuasión; pero, por

otra parte, podría incidir en la carga de la producción. El modelo de contribución de información o incluso el modelo de autosuficiencia moderada (Vogt, 2017) podrían constituir medidas adecuadas para superar el problema. O también, la prueba de oficio podría, en última instancia, procurar traer al proceso información útil.

Sin perjuicio de lo dicho, y asumiendo que la carga de la producción haya sido atribuida a quien posee la información, el siguiente problema se presenta ante el silencio, renuencia o negativa a exhibir la información solicitada.

Una posición a favor de justificar el silencio, renuencia o negativa podría fundarse en el derecho a la intimidad, la privacidad, el secreto. También podría venir en auxilio el principio *nemo tenetur se detegere* (o *nemo tenetur se ipsum accusare*) que avala a no producir prueba contra uno mismo. Incluso, podría argüirse la aplicación del principio de presunción de inocencia. El Tribunal Constitucional peruano (STC 05104-2008-PA/TC) y parte de la doctrina (Gozaíni, 2006) sostienen que el principio de presunción de inocencia no aplica en causas civiles (laborales) sino solo en el ámbito penal y en los procesos sancionatorios.

La opción legislativa en el modelo laboral peruano se distancia del *nemo tenetur*. La norma procesal impone a las partes, sus representantes, abogados y terceros los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe²⁶.

Pero lo relevante es analizar la consecuencia del silencio, renuencia o negación a la exhibición de información. El artículo 29° de la NLPT permite extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, de modo especial o grave, cuando obstaculiza la actividad probatoria. Son expresiones de esa obstaculización: no cumplir con las exhibiciones ordenadas, negar la existencia de documentación propia de la actividad jurídica o económica, impedir o negar el acceso al material probatorio al juez, a los peritos o a los comisionados judiciales, se niegue a declarar o responda evasivamente.

Cuál sea la extensión o profundidad de las particulares conclusiones en contra de los intereses de las partes es una cuestión que puede resolverse según se estime que dichas inferencias son presunciones simples o judiciales capaces de afirmar presuntivamente un hecho relevante de la causa, o si solo permite analizar la aceptabilidad de otras pruebas (Taruffo, 2005, pág. 486). En cualquier caso, la mecánica u operatividad de la presunción simple la resume Taruffo del siguiente modo: “*la presunción resulta de una inferencia formulada por el juez, que llega a una conclusión sobre el hecho a probar (el “hecho ignorado”) partiendo de un hecho ya conocido o probado (“el hecho conocido”), que sirve de premisa para un razonamiento, a menudo basado en máximas de experiencia* (Taruffo, 2005, pág. 471).”

Habiendo considerado el serio problema que produce la dificultad en el acceso al

²⁶Revísese el artículo III del Título Preliminar de la ley procesal laboral citada anteriormente.

material probatorio cabe sostener que la NLPT autoriza al juez no solo a analizar la conducta obstruccionista en relación a la aceptabilidad de las otras pruebas, sino también a poder inferir sobre los propios hechos necesitados de prueba²⁷.

2.3.7. Las presunciones legales

De las presunciones legales me interesa resaltar dos aspectos: primero, su capacidad para incidir en el *thema probandum* y en la distribución de la carga de la prueba; y segundo, su función de regla (legal) en la decisión sobre los hechos o, dicho de otra manera, su papel normativo en la *valoración* de la prueba²⁸.

Las presunciones legales tienen un esquema operativo similar al de las presunciones simples que suele llevar a confundirlas, pero que conviene mantener separadas (Taruffo, 2005, pág. 471), (Matida, 2016, pág. 112). Son dos cosas muy distintas. La similitud operativa se presenta porque de un hecho conocido o base (a), se afirma un hecho desconocido (b), a partir del establecimiento de un enlace (c) que los conecta y justifica. En el caso de las presunciones simples, como se vio precedentemente, este es el resultado de la inferencia formulado por el juez y como tal sirve para justificar la verdad (mejor, la probabilidad) de alguno de los hechos necesitados de prueba. La presunción simple constituye parte del razonamiento dirigido a afirmar la verdad de la proposición fáctica (de algunos de sus elementos o hechos simples) de la causa.

Sobre las presunciones legales existe cierta confusión que conviene aclarar. Si la atención se pone en la refutabilidad o la derrotabilidad del hecho constituido (Aguiló Regla, 2006, pág. 30) se puede afirmar que existen dos tipos de presunciones. Las presunciones *iuris tantum* o presunciones en sentido estricto (Aguiló Regla, 1999); y las verdades interinas o presunciones aparentes (Aguiló Regla, 1999) que admiten un hecho sin exigir la prueba de algún hecho base. En ambas, lo común es la posibilidad de decidir el caso negando el hecho constituido (o presumido por ley) cuando este es derrotado o refutado por la prueba en contrario. Una consecuencia de esta manera de enfocar el tema es que las llamadas presunciones *iure et de iure* – que no admiten prueba en contrario– no serían propiamente normas de presunción, sino, normas *basadas* en una presunción teórica cuyo propósito es negar todo rastro de razonamiento presuntivo en el destinatario de la norma (Aguiló Regla, 2006, págs. 28 - 30).

²⁷Taruffo, por el contrario, sostiene que la conducta obstruccionista solo permite extraer inferencias probatorias sobre la aceptabilidad de otras pruebas, aunque, de ese modo, resultan “*útiles para valorar las pruebas que versan sobre los hechos de la causa*” (Taruffo, 2005, pág. 486).”

²⁸Utilizo acá la referencia a la valoración de la prueba no en el sentido que las presunciones sirvan como elementos para valorar el material probatorio, sino como elementos que se han de tomar en consideración en la tarea más amplia de decisión de la causa (que implica haber valorado el material probatorio).

Sin embargo, si la atención se pone en que las presunciones constituyen hechos al margen de prueba alguna, entonces, se puede afirmar que existen tres tipos de presunciones: las presunciones *iuris tantum*, las *iure et de iure* y las verdades interinas o presunciones aparentes.

Siguiendo la propuesta de Aguiló Regla (1999); (2006) para incorporar a las verdades interinas en el mundo de las presunciones cabe definir a las presunciones *iuris tantum* como *presunciones-regla*²⁹, entendiendo por tales aquellas en las que “la obligación del juez de asumir una verdad procesal (de dar un hecho por probado, el hecho presunto) está sometida a una condición, cual es la prueba del hecho base (Aguiló Regla, 2006, pág. 23).” Por otra parte, las verdades interinas serían normas de presunción-principio donde “el deber de aceptar la verdad procesal en que consiste el contenido de la norma de presunción no está sometida a más condiciones que las que derivan de su propio contenido, es decir, la obligación no depende de la prueba de ningún hecho base (Aguiló Regla, 2006, pág. 23).”

Como se aprecia de las definiciones dadas las presunciones legales, a diferencia de las simples, no aportan prueba de la verdad del hecho presumido, sino que, sin prueba, ordenan al juez a considerar el hecho presumido entre las premisas de justificación de la adjudicación o aplicación de Derecho. No hay, por lo tanto, propiamente, valoración del material probatorio ni *prueba* afirmativa o corroborativa del hecho presumido por ley. Lo que hay es una regla legal (Dei Vecchi, 2014, pág. 245) que le dice al juez qué hecho debe considerar (Thayer, 1898, pág. 317) o tiene el deber de aceptar (Mendonca, 1998, pág. 89) como parte de la premisa menor de su decisión.

En ese sentido, parece tener razón Gama Leyva (2011) cuando en su tesis doctoral concluye que las normas de presunción –todas ellas, presunciones-regla (*iuris tantum* e *iure et de iure*) y presunciones-principio– son normas puramente constitutivas³⁰.

La importancia de esta conclusión es que las presunciones legales se constituyen, en consecuencia, en reglas legales de prueba. Es la norma la que ordena al juez cómo resolver. Esto significa que la decisión responde a un valor. Valor con el cual podríamos no estar de acuerdo, pero nuestra discrepancia sería no con el resultado de la decisión judicial, sino con el sistema jurídico mismo³¹.

²⁹Si bien Aguiló niega que las presunciones *iure et de iure* sean presunciones –porque, dice, una norma de presunción impone una verdad en el proceso vencible, mientras que, por el contrario, las presunciones *iure et de iure* sustraen la cuestión objeto de las mismas del ámbito de la verdad material (Aguiló Regla, 2006, pág. 31)– su estructura normativa es similar al de las *iuris tantum* –ambas *constituyen* hechos–, por lo tanto, podría afirmarse que las presunciones *iure et de iure* calzan también bajo la noción de presunciones-regla.

³⁰Parte del texto de la tesis doctoral puede leerse en Atienza (2013, págs. 312 - 314).

³¹Una regla de prueba interesante para discutir, que refleja el conjunto de valores de una época, lo constituye el artículo 1781 del Código Civil napoleónico de 1804. Podría discutir si esta consti-

Cómo inciden las presunciones legales en el proceso guarda relación con el tipo de presunciones. Así, en el caso de las presunciones-regla *iuris tantum* su impacto se concreta en aligerar la carga de producción al cambiar el *thema* de prueba por uno que se reputa de mayor facilidad probatoria: se cambia la prueba del hecho presunto, por la prueba del hecho base. Pero la carga de persuasión se mantiene. La facilidad probatoria es, entonces, una facilidad en la producción de los medios de prueba.

En el caso de las presunciones-principio la incidencia es mayor. No se trata ahora de un aligeramiento de la producción de las pruebas, sino que, de inicio, se elimina la carga de la prueba del proponente, apareciendo en hombros de la contraparte, la carga de la prueba, de la producción y de la persuasión, de otro hecho que, de hacerlo, se traduce en la derrota de la posición del proponente. Este es el caso de la llamada inversión de la carga de la prueba al cual hice referencia anteriormente.

Por último, en el caso de las presunciones-regla *iure et de iure* se trata simplemente de normas constitutivas que no alteran ninguna carga de la prueba.

Como se puede apreciar, tras las reglas de presunción existe una función instrumental de superación de situaciones de *impasse*, sobre todo en contexto de dificultad probatoria (Mendonca, 1998, págs. 94 - 95) que generan asimetrías institucionales (Matida, 2016, pág. 123). Pero también, como lo resalta Aguiló Regla (1999) existe una función garantista, de tutela de bienes o valores jurídicos, que va más allá de su función instrumental.

2.3.8. Los hechos institucionales y el *in dubio pro operario*

Habiendo afirmado que las presunciones son normas puramente constitutivas y que, por consiguiente, recogen valores institucionales ¿qué pasa entonces con los normas puramente constitutivas que, eventualmente, constituyen hechos institucionales? Preguntado de otra manera: ¿los hechos institucionales responden, entonces, a una escala axiológica antes que meramente descriptiva de un hecho que, además, no es natural?

Una de las presunciones legales más importantes en el sistema laboral peruano es la presunción de laboralidad contenida en el artículo 23.2 de la NLPT: “23.2 *Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.*” Si esa presunción no ex-

tuye una presunción-regla *iuris tantum* o *iure et de iure* o, tal vez, una presunción-principio. Pero indudablemente es una regla legal de prueba. Contraepistémica, sin duda; pero llena de valor y fines institucionales: “1781. *Le maître est cru sur son affirmation, Pour la quotité des gages; Pour le paiement du salaire de l'année échue; Et pour les à-comptes donnés pour l'année courante.*” El texto puede traducirse del siguiente modo: Al dueño se le cree por su dicho, en cuanto a la cuota de los salarios; en cuando al pago del salario del año vencido; y en cuanto a lo que diga haber dado a cuenta por el año corriente.

istiese, el trabajador tendría que probar 1. la prestación personal de servicios, 2. una remuneración, y 3. la subordinación. ¿Cómo se tendría que probar la subordinación? ¿Cuánta prueba sería suficiente para estimar que la subordinación era una característica presente en el referido vínculo laboral? ¿Cuán intensamente subordinado tendría que aparecer para que el juez justifique la verdad de la subordinación? Con estas preguntas lo que quiero significar es que, a diferencia de los hechos naturales –p. ej. haber estado de visita en Girona en junio de 2017– los hechos institucionales no solo requieren de un apoyo epistémico, sino sobre todo, de un juicio axiológico que hace calzar el dato epistémico en el conjunto que describe el hecho institucional. Esta labor, en tanto labor valorativa, tendría que realizarse dando contenido a las reglas de Derecho y, especialmente, a los principios y directrices: como la presunción de inocencia, o también, el fomento de la negociación colectiva, o la tutela especial dispensada a la madre, al menor de edad y la persona con discapacidad, o a la adecuada protección frente al despido arbitrario, o haciendo homenaje al principio del *in dubio pro operario* en el sentido de favorecer la constitución de los hechos institucionales como, por ejemplo, la subordinación.

2.4. El principio de facilitación probatoria (conclusión)

Como se propuso al inicio del presente documento, el propósito ha sido revisar las diferentes herramientas que pueden servir como expresión de facilitación probatoria en un contexto de desigualdad material, donde la dificultad en el acceso al material probatorio afecta el valor epistémico del proceso. Junto con los valores epistémicos, sin embargo, existen otros extraepistémicos que no necesariamente son contraepistémicos pero que, más bien, incorporan valores y bienes institucionales no solo en clave instrumental de superación de las asimetrías, sino también, y tal vez sobre todo, en clave de garantía de los derechos sustantivos.

Referencias

Aguiló Regla, Josep (1997), Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho 6.

Aguiló Regla, Josep (1999), Nota sobre "presunciones" de Daniel Mendonca. Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho 22.

Aguiló Regla, Josep (2006), Presunciones, verdad y normas procesales. Isegoría: Revista de filosofía moral y política 35.

- Anderson, Terence, Schum, David y Twining, William (2015)**, Análisis de la prueba. trad. por Carbonell, Flavia and Agüero, Claudio Madrid: Marcial Pons.
- Atienza, Manuel (2013)**, Curso de argumentación jurídica. Madrid: Editorial Trotta.
- Atienza, Manuel (2015)**, Razonamiento jurídico. en: **González Lagier, Daniel, director**: Conceptos básicos del derecho. Madrid: Marcial Pons.
- Cappelletti, Mauro (1973)**, El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas. trad. por Sentis Melendo, Santiago Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Cappelletti, Mauro (2006)**, El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas. Lima: ARA Editores.
- Cohen, L. Jonathan (1977)**, El concepto de probabilidad en pruebas judiciales. Teorema: Revista Internacional de Filosofía 7:3/4.
- Couture, Eduardo (1979)**, Estudios de derecho procesal civil. Volumen I, Tercera edición. Buenos Aires: Depalma.
- Couture, Eduardo (1988)**, Fundamentos del derecho procesal civil. Tercera edición. Buenos Aires: Depalma.
- Cuadros Luque, Fernando (2016)**, La informalidad laboral en el Perú y propuestas para su reducción. Trabajo & Desarrollo 13.
- Cuadros Luque, Fernando (2017)**, Situación del mercado de trabajo y políticas de empleo. Lima.
- Dei Vecchi, Diego (2014)**, Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo. Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho 37.
- Ferrer Beltrán, Jordi (2007)**, La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons.
- Gama Leyva, Raimundo (2011)**, Las presunciones en el Derecho y la argumentación. Tesis doctoral Universidad de Alicante, Alicante.
- González Lagier, Daniel (2005)**, Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo (2002)**, Problemas actuales del Derecho Procesal: garantismo vs. activismo judicial. Santiago de Querétaro: Fundap.

- Gozáini, Osvaldo Alfredo (2006)**, La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil. *Revista Latinoamericana de Derecho* 1:6.
- Hamer, David (2014)**, Presumptions, standards and burdens: managing the cost of error. *Law, Probability and Risk* 13.
- Kaplow, Louis (2012)**, Burden of proof. *The Yale Law Journal* 121.
- Laudan, Larry (2013)**, Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica. trad. por Vázquez, Carmen and Aguilera García, Edgar Madrid: Marcial Pons.
- Matida, Janaina (2016)**, Presunciones: entre compromisos epistémicos y asimetrías institucionales. en: **Villanueva, Rocío, Marciani, Betzabé y Lastres, Pamela, directores**: Ensayos sobre prueba, argumentación y justicia. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- McBaine, J.P. (1944)**, Burden of proof: degrees of belief. *California Law Review* 32:3.
- Mendonca, Daniel (1998)**, Presunciones. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* 21.
- Nieva Fenoll, Jordi (2014)**, El mal nombre del principio inquisitivo. *Justicia: Revista de derecho procesal* 1.
- Nieva Fenoll, Jordi (2017)**, La actuación de oficio del Juez Nacional Europeo. *Diario La Ley (Estudios doctrinales)* 9000.
- Posner, Richard A. (1999)**, An economic approach to the law of evidence. *Stanford Law Review* 51.
- Posner, Richard A. (2010)**, El rol del juez en el siglo XXI. *Thémis. Revista de derecho* 58.
- Rosenberg, Leo (1956)**, La carga de la prueba. trad. por Krotoschin, Ernesto Buenos Aires: Ed. Ejea.
- Sandel, Michael J. (2009)**, Justice: what's the right thing to do? Primera edición. New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Sen, Amartya (2009)**, The idea of justice. Primera edición. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Taruffo, Michele (2005)**, La prueba de los hechos. trad. por Ferrer Beltrán, Jordi Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta.

Taruffo, Michele (2008), La prueba. trad. por Manríquez, Laura and Ferrer Beltrán, Jordi Madrid: Marcial Pons.

Thayer, James Bradley (1898), A preliminary treatise on evidence at the common law. Boston: Little, Brown and Company.

Vogt, Thomas (2017), Deberes de esclarecimiento de las partes en el proceso civil desde una óptica comparada. Càtedra de Cultura Jurídica - Universitat de Girona (URL: <http://hdl.handle.net/10256.1/5006>).

Vázquez, Carmen (2013), A modo de presentación. en: **ídem, director**: Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons.