

VIRTUALIDAD, INMEDIACIÓN Y ACTIVIDAD PROBATORIA: ¿TRES SON COMPAÑÍA O MULTITUD?

CÉSAR ABANTO REVILLA

Abogado y Maestro en Derecho de los Negocios por la Universidad de San Martín de Porres. Maestro en Derecho del Trabajo por la Universidad Internacional de La Rioja (España). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo.



I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Compartimos la opinión de Susskind (2019, p. 95), en el sentido que la incorporación de la tecnología en la administración de justicia debe partir de una premisa: **concebir a las Cortes no como un lugar, sino como un servicio.**

Pero dicho servicio debe brindar parámetros, principios, reglas y condiciones mínimas que sean aplicables y estén al alcance de ambas partes en y durante el proceso, pues de lo contrario, existirían márgenes y fisuras que dejarían en el aire ciertas sombras de afectación del acceso a la tutela judicial igualitaria y, con ello, vulnerarían el derecho a un debido proceso legal. No solo hay que parecerlo, sino serlo.

La tecnología y el Derecho se han cruzado en más de un oportunidad. En el 2015, por ejemplo, una startup de la Universidad de Toronto (Canadá) elaboró, sobre la base de la tecnología del superordenador “Watson” (IBM), un software jurídico llamado “Ross”, capaz de escuchar el lenguaje humano, rastrear más de 10 mil páginas por segundo y formular respuestas inmediatas, con un análisis incluye citas legales, sugiere teoría y jurisprudencia y ayuda en la preparación de los casos; además, por tratarse de una Inteligencia Artificial (IA), mientras más consultas recibe, más aprende, aumentando su eficacia. En el 2016, la firma Baker & Hostetler (Nueva York, EE.UU.) lo contrató para que formé parte de su Departamento de Gestión de Quiebras, junto a un equipo de 50 abogados. De hecho, a inicios del 2023 el primer abogado litigante (DoNotPay) estuvo a punto de hacer su debut en una Corte de los EE.UU., pero su participación no fue admitida por “práctica legal no autorizada”, al carecer de licencia y matrícula¹.

Una herramienta de tal naturaleza (con IA) era impensable hasta hace algunos años: en los ochentas aún se usaba máquinas de escribir mecánicas y las citas se escribían en fichas en las bibliotecas de las Facultades de Derecho. Entrando a los noventas las computadoras personales empezaron a dominar el

1 https://eldeber.com.bo/educacion-y-sociedad/abogados-impiden-presencia-en-tribunales-del-primero-abogado-robot-por-practica-no-autorizada_316073

mercado, lo que no fue ajeno al mundo jurídico, apareciendo softwares compilatorios de normas legales y precedentes jurisprudenciales, alertas de diligencias y de vencimiento de plazos procesales, entre otros. La informática se convirtió en parte del litigio.

Como ya hemos señalado (Abanto: 2020, p. 32), sería mezquino no reconocer todas las ventajas que la modernidad y la era digital nos han brindado, pero ello no puede (ni debe) llevarnos a pensar en la posibilidad que llegue el día que la administración de justicia sea reemplazada en su totalidad por la informática, pues -por avanzada o brillante que sea la IA- hay evaluaciones que solo pueden estar sustentadas en la experiencia que se construye como consecuencia de haber caminado los juzgados y absuelto (en directo) cientos de procesos, así como por haber vivido -y sentido- los pesares y alegrías de quienes han estado involucrados en un litigio, combinada -a la vez de enriquecida- en muchos casos, por el intercambio académico de la docencia.

Si un robot administrara justicia, seguro hubiera condenado por hurto a la mujer que en 1898 tomó -impulsada por el hambre- una hogaza de una panadería en Francia, y fuera absuelta por el Juez Magnaud, priorizando el derecho a la vida; decisión que nos recuerda al IV Mandamiento del Abogado, reseñado por el maestro uruguayo Eduardo Couture, que dice: tu deber es luchar por el derecho, pero el día en que encuentres un conflicto entre el derecho y la justicia, lucha por la justicia.

En sentido similar opina Nieva (2018, pp. 16-17), cuando señala que: “La inteligencia artificial es humana, porque la han hecho humanos, incluso aunque sea capaz de aprender de los datos que va recopilando. Pero la inteligencia artificial no dicta sentencias (...) solo ayuda a dictarlas. Quizá en un futuro nos interpelará si queremos realizar un fallo incompatible con sus algoritmos, pero siempre estará en nuestra mano no hacerlo, lo que nos obligará a motivar por qué, cosa que hará más completa la motivación”.

Por supuesto que hay etapas y procedimientos del proceso que pueden y deben estar sujetas a la informatización y digitalización, pero hay otras -en especial aquellas en las cuales se encuentra sobre la mesa la decisión respecto a bienes inherentes a un ser humano-, que deben permanecer dentro de una imperfecta (pero terrenal) decisión del ser humano, que ciertamente estará resguardada (de existir un error) por la posibilidad de ser revisada ante una instancia superior.

Autores como Reiling (2019: pp. 18-19), afirman que las Tecnologías de la Información (TI) deben apoyar principalmente en un lado del espectro de la administración de la justicia: el del procesamiento de datos. Desde su perspectiva: “... el rol de los tribunales es producir decisiones ejecutables, en otras palabras, proveer un título. La decisión ejecutable, entonces, es su producto. La primera pregunta que exploramos es, cómo estas decisiones ejecutables producidas por los tribunales son valiosas para los usuarios de los tribunales. Hay dos factores que tienen un gran efecto en los procesos de los tribunales: (i) La incertidumbre de los resultados; y, (ii) La relación entre las partes. El resultado es el contenido de la decisión”.

El problema se presenta en países como el Perú, donde los criterios jurisprudenciales son zigzagueantes; por tanto, no puede ser determinada una permanencia temporal de criterios jurídicos. Lo que hoy es blanco, mañana puede ser azul y pasado verde.

Hay que innovar e incorporar la TI en la administración de justicia, pero comenzando con lo básico, que sería la implementación integral, a nivel nacional: del Expediente Judicial Electrónico (EJE), el Sistema de Notificaciones Electrónicas (SINOE), la carga de todos los procesos en la plataforma de Consulta de Expedientes Judiciales (CEJ) y la modernización de los Módulos Básicos de Justicia en todas las provincias y distritos judiciales del país, con herramientas (hardware y software) que les permitan aplicar de forma eficiente este nuevo Gobierno Digital Judicial, para luego pasar en una segunda etapa, con el uso de tecnologías más avanzadas como el blockchain y la IA, dirigidos a una mayor transparencia, seguridad y agilidad en los trámites procedimentales.

Estoy a favor de la virtualidad dentro de los procesos judiciales, pero en la medida que existan reglas claras y equitativas en y durante el desarrollo de la litis para las partes intervinientes; asimismo, ratifico que al momento de la decisión final (presente y futura) la última palabra debe de corresponder a un ser humano y no a un algoritmo, una computadora o un robot².

En este ensayo pretendemos dar una mirada crítica (constructiva) a la convivencia que se ha producido entre la virtualidad, la intermediación y la actividad

2 Como nos informa Corrales (2020, p. 5), en China y Estonia ya existen Tribunales en los cuales las partes pueden someterse voluntariamente a la decisión de un Juez Robot, sin perjuicio que la parte agraviada pueda recurrir en apelación a un Tribunal Superior de jueces humanos.

probatoria, y como ello se logra amalgamar (o no) dentro del proceso judicial laboral.

II. VIRTUALIZACIÓN: PODER JUDICIAL + COVID-19

Como recuerda Olivera (2020), por Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM se dispuso el Estado de Emergencia Nacional y, al mismo tiempo, se fueron emitiendo una serie de disposiciones a nivel del Poder Judicial que ordenaban suspender las actividades judiciales, entre otras medidas excepcionales. La primera, el 16 de marzo de 2020, fue emitida por el Consejo Ejecutivo, que a través de la Resolución Administrativa N.º 115-2020-CE-PJ dispuso la suspensión de las labores y plazos procesales, salvo en casos de extrema urgencia. Luego de esta, fueron emitidas las Resoluciones Administrativas N.º 117, N.º 118 y N.º 061-2020-CE-PJ, por las cuales se extendió dicha suspensión de forma consecutiva, a la par que se fueron implementando medidas complementarias.

Posteriormente, el 27 de abril de 2020 se emitió la Resolución Administrativa N.º 129-2020-CE-PJ, que aprobó las llamadas “Medidas de reactivación de los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial, posterior al levantamiento del aislamiento social obligatorio” (Protocolo). En términos generales, se estableció en plan secuencial de retorno (virtual y presencial) separado por fases:

- (i) Durante los primeros 7 días hábiles, los órganos jurisdiccionales tendrían la obligación de elaborar los siguientes planes:
 - Plan de medida de descarga procesal y programación de audiencias no realizadas y por realizar.
 - Plan de turnos y control de asistencia de personal, reduciendo la asistencia simultánea de personal a 50%.
 - Plan de ubicación del personal a su cargo para reducir el aforo.
- (ii) Una vez culminadas todas estas labores, recién se podría realizar la siguiente, a ejecutar en los 23 días hábiles posteriores (a partir del 18 de mayo de 2020):
 - Ingreso de las partes con sus abogados, en caso se haya programado una audiencia en este periodo.

- Presentación de escritos que tengan vencimiento, presentación de demandas con plazos prescriptorios o de caducidad, recursos, medidas cautelares y otros escritos que sean urgentes.
- Excepcionalmente, se podría disponer la entrega de depósitos judiciales de naturaleza laboral.

Estas medidas, que serían el preludeo al reinicio de las actividades jurisdiccionales, en la práctica se fueron dilatando, conforme el COVID-19 fue mostrando mayor incidencia de contagios y fallecidos, incluyendo personal del Poder Judicial; por ello, posteriores disposiciones se encaminaron a virtualizar la actividad jurisdiccional, para así tutelar la integridad y salud del personal, priorizando así:

- La realización de audiencias de forma virtual. Solamente por excepción, podrían ser presenciales. Asimismo, podrían llevarse a cabo audiencias los sábados.
- La comunicación de sentencias se llevará a cabo vía cédula de notificación y a la casilla electrónica. Es de uso obligatorio el SINOE para las partes.
- Las personas que ingresen al Poder Judicial deberán hacerlo portando una mascarilla quirúrgica o similar; se va a controlar la temperatura a todo el público que ingrese y se entregará gel antibacterial al ingreso. La salida y el ingreso serán por la misma puerta.
- Los jueces que se encuentren en el grupo de riesgo no podrán atender los locales del Poder Judicial, sino que prestarán servicios de forma remota.
- Las entrevistas con los jueces y/o magistrados será de forma virtual y deberá ser programada con anticipación.

En paralelo, se dictaron normas que permitían la prestación de servicios remotos y la celebración de audiencias a través de plataformas informáticas, como las siguientes:

- Resolución Corrida N.º 004-2020-CE-PJI, por la cual se permitía que los Jueces se apersonen a sus despachos para recoger los expedientes judiciales para avanzar su trabajo en sus domicilios.

- Resolución Administrativa N.º 123-2020-CE-PJ, por la cual se autorizó a los Jueces a utilizar la aplicación Google Hangout Meets para la comunicación entre las partes intervinientes en los procesos judiciales.

Se incidió en la utilización del EJE y la presentación de escritos por la Mesa de Partes Virtual (MPV). A nivel de la Corte Suprema, se habilitaron correos electrónicos para la realización de las audiencias virtuales, que se usan hasta hoy.

El objetivo era que los servicios judiciales operativos se desarrollen a través del uso de la TI, permitiendo a jueces y litigantes realizar sus actos sin una presencia física, pero sin que ello impida la actuación de las diligencias, el ingresos de los escritos y otras actuaciones que, en el pasado, eran ejecutadas de forma presencial (notificaciones de sentencia, lectura de expedientes, etc.). En la práctica, los juzgados utilizaron de forma adicional los mecanismos de comunicación general (celulares, WhatsApp, etc.) como apoyo para las coordinaciones con las partes, llevando a cabo incluso -en la mayoría de casos- actos de preparación previa a la audiencia, para verificar si ambas partes contaban con los implementos informáticos que permitan llevar a cabo las diligencias sin afectar su derecho de defensa y las garantías del debido proceso.

Para Cavani y Vergel (2020), antes de la pandemia el Poder Judicial ya contaba con problemas de organización administrativa, acostumbrados a un tipo de trabajo manual (aún se taladraban y cosían expedientes) y una implementación tecnológica a medio camino, que ante el COVID-19 tuvo que cerrar sus puertas y suspender los procesos de forma abrupta, con excepción de los casos tramitados bajo el EJE, que en términos comparativos eran un número muy menor respecto al total de los procesos judiciales a nivel nacional: 126 mil EJE versus 3 millones de expedientes físicos.

Ante dicha virtualización (forzada) de labores judiciales, se preguntaban: (i) si es que la realización de audiencias virtuales era compatible con la legislación procesal; y, (ii) qué aspectos se debería tomar en cuenta para la realización de audiencias virtuales.

En cuanto al primer punto (¿existe el derecho a una audiencia presencial?), en opinión que compartimos, los citados autores precisaban lo siguiente: “A pesar de que la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil de 1993 se elaboraron en una era pretecnológica (al menos en el Perú), en un contexto

como el actual, en que sencillamente no se puede salir de casa para asistir a las clásicas audiencias e informes orales, creemos que ninguna de sus normas otorga derecho a una audiencia presencial o, lo que es lo mismo, no hay norma que prohíba o que sea incompatible con la posibilidad de llevar a cabo audiencias virtuales. De hecho, desde el ámbito constitucional, la realización de audiencias virtuales no se encuentra prohibida, dado que estas ya se realizan en el ámbito penal así como en procedimientos ante la OCMA. Asimismo, el hecho que las audiencias y la actuación de medios probatorios deba realizarse ante el juez (art. V, CPC) y que este deba dirigirla personalmente (art. 202, CPC) no quiere decir que no pueda realizarse a través de un computador. De otro lado, podría pensarse que la norma que obliga a que la audiencia se realice en el local del juzgado es un obstáculo infranqueable (art. 203, que la limita a la audiencia de pruebas), pero aquí surgen tres alternativas:

- a) Que el juez efectivamente asista al local del juzgado y realice la videoconferencia desde allí.
- b) Que el juez consulte a las partes si es que están de acuerdo con la realización de una audiencia virtual, cada uno desde sus hogares, incluyéndole a él mismo.
- c) Interpretar extensivamente el primer párrafo del art. 205 -que permite la realización de la audiencia fuera del local del juzgado- entendiendo que la no comparecencia de los intervinientes y de las partes por causa del aislamiento social, e incluso por economía procesal, obedece a un “motivo atendible” a criterio del juez. Aquí, por tanto, la realización de la audiencia no sería propiamente en el domicilio de un específico sujeto procesal sino, dado que es una videoconferencia, ;rigurosamente no sería en el domicilio de ninguno de ellos!

Tampoco la publicidad constituye un obstáculo (art. 206). En el caso de la audiencia presencial, la publicidad se da abriendo las puertas del juzgado y registrando en video o audio (aunque para uso de los sujetos del proceso). En el caso de una audiencia virtual, su contenido bien podría ser divulgado en la página web del Poder Judicial. No vemos nada que prohíba esto. Siendo ello así, tampoco habría prohibición de que los jueces de órganos colegiados puedan comparecer, cada uno remotamente, desde sus hogares. Por supuesto, deberán “concurrir” a la audiencia (esto es, conectarse) los auxiliares jurisdiccionales que correspondan, como el especialista, el asistente de juez, el relator de sala, entre

otros. En suma, si bien las partes tienen derecho a una audiencia, porque así lo prevé la ley, **no tienen derecho a una audiencia presencial**”.

En cuanto a la operatividad de las audiencias, añaden que una objeción podría ser que el artículo 204 del Código Procesal Civil obliga a registrar en video o audio las audiencias de pruebas y, además, a entregar copia a las partes “dejando constancia” de dicha entrega; sin embargo, a través del SINOE se deja constancia de la correcta notificación a las partes, lo que bien puede hacerse con la entrega de las actas; además, las audiencias virtuales podrían ser grabadas, y esas grabaciones también ser enviadas a las partes.

Las dificultades operativas se dieron (y se siguen dando) -por ejemplo- en los casos de Audiencias de Prueba en que existan testigos o peritos o pruebas que requieran de actuaciones materialmente irrealizables por medios virtuales (como una inspección judicial). Fue un periodo de transición durante el cual vimos más sombras que luces en la virtualización, pero con todo y estos problemas, más perjudicial para el derecho de las partes hubiera sido la paralización de los procesos.

No podemos ignorar la brecha tecnológica que existe en nuestro país -y que siempre va a existir entre las partes-, pudiendo cuestionarse que sólo algunos sectores podrán ser beneficiados de las herramientas de mayor (y mejor) nivel, ante lo cual el Poder Judicial debería evaluar la implementación de Módulos de Apoyo al Usuario (como SUNAT) en todas sus sedes, en los que, con el apoyo del personal administrativo y el cumplimiento previo de los protocolos sanitarios, las partes (y sus abogados) que no cuenten con un computador en casa (u oficina) y/o con los conocimientos informáticos mínimos necesarios, puedan participar con iguales condiciones técnicas en las audiencias virtuales. Lo contrario, afectaría las garantías del debido proceso y la igualdad que tutela la Carta Magna.

Soltau (2020), concluyó que el principal obstáculo para el traslado permanente de buena parte de las audiencias a un entorno virtual, antes que tecnológico, es cultural, y que para que esto no pase de ser una anécdota de los tiempos del COVID-19, los abogados litigantes van a tener que salir de su zona de confort, para hacer cosas que nunca han hecho, en especial, tres de ellas:

(i) Colaborar con y confiar en la contraparte:

Lo que dicho autor propone, no es una confianza a ciegas en la contraparte, sino el diálogo transparente sobre preocupaciones como las

mencionadas, la fijación conjunta de reglas para atenderlas y, en última instancia, la confianza en que el Juez va a hacer su trabajo si alguien se aparta de lo acordado.

(ii) Ser empáticos

Nos entrenan para defender nuestro punto de vista, no para enriquecerlo con los puntos de vista de los demás. Preguntamos para ratificar que estamos en lo correcto, no para conectar con las experiencias de otras personas. A su ojos, esto no nos llevará a ningún lado, en la transición de lo físico a lo virtual.

(iii) Cuestionar lo que conocen y a lo que están acostumbrados

El Poder Judicial no ha hecho la transición a lo virtual, ni siquiera de manera parcial, a pesar de que la tecnología básica está a su disposición hace más de 15 años. Sale la burocracia física e ingresa la burocracia digital.

En el Derecho siempre existe más de un punto de vista a favor y/o en contra de las diversas instituciones que se pongan a debate, pero en este caso, creo que vamos a terminar resolviendo este tema poniendo a prueba y estirando hasta el máximo la flexibilidad del principio de flexibilidad, por el cual se prioriza el fondo sobre la forma.

III. NUEVO PROCESO LABORAL 2.0: ¿RESPETA LA INMEDIACIÓN?

Resultó irónico que la emergencia sanitaria, con impacto en todos los ámbitos del país (económico, social, laboral y, también, judicial), se dio en el año que la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), cumplía 10 años de su promulgación.

Para Huerta (2020), como consecuencia de ese dramático entorno social, era legítimo formularse algunas preguntas:

- ¿El proceso laboral actual podía aplicarse sin más?
- ¿No sería acaso necesario formular ajustes de emergencia al proceso?
- ¿Podría afectarse algunos aspectos del proceso, relacionados con sus principios basilares?
- ¿Hasta qué punto podría atenuarse la intermediación, la concentración y, sobre todo, la oralidad?

A su entender, nuestro proceso laboral es dual: algunas actuaciones son escritas y otras orales. La demanda, el admisorio, la contestación, la sentencia, la apelación, la sentencia de vista y la resolución expedida en casación, son escritos; la conciliación, la audiencia de juzgamiento y la audiencia única son orales, concentradas, escenario en el cual, hay una mayor intermediación del juez con las partes y las pruebas a través de la comunicación oral. Son estas etapas las que resultaron incompatibles con las reglas del distanciamiento social, pero la justicia laboral no podía detenerse, pues responde a otro drama social de atención urgente, siendo razonable que el proceso laboral -de modo temporal- sufra una alteración en su estructura, potenciando lo escrito frente a lo oral, permitiendo que las causas continúen desarrollándose.

Según Valera (2020), la justicia no debe vivir de espaldas a la tecnología, pero existen una serie de problemas que podrían llevar a que este sueño -de una virtualización del proceso judicial laboral- se convierta en una pesadilla, pues según el INEI, a diciembre del 2019 solo el 38.8% de la población tiene acceso a computadora con internet; el 6.1% tiene internet en su casa, en el trabajo y/o en el celular; y, el 7.3% cuenta con una suscripción de banda ancha. Ello, genera la siguiente problemática:

- La barrera del justiciable en el acceso a internet, que no le permitiría el uso de las TI para una correcta utilización del Google Hangouts Meet y participar en cualquier diligencia programada por los diferentes juzgados laborales.
- La incorporación de habilidades tecnológicas con las que no cuentan todas las partes intervinientes en las audiencias limita el ejercicio del principio de oralidad e intermediación: las partes, abogados y terceros no actuarán “cara a cara” con el Juez, que no apreciará en forma directa, su conducta, gestos y otros aspectos que son visibles en una audiencia presencial.
- La realización de audiencias virtuales es una imposición social en tiempos de pandemia; sin embargo, debían priorizarse los procesos que tenían audiencias y/o sentencias programadas para su actuación antes del 16 de marzo de 2020.

Para dicho autor, la realización de audiencias virtuales es compatible con los principios del proceso laboral, en la medida que existan cambios estructurales en la NLPT, en aras de cautelar la tutela jurisdiccional efectiva. Existiría

compatibilidad relativa cuando las partes deciden libremente someterse a reglas de juego intraproceso, dictadas por el Juez en resolución inimpugnable, o las que señale el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Estas reglas pueden tener cierta flexibilidad, no necesariamente compatibles con la norma procesal; sin embargo, si se ejecutan -una vez aceptadas por las partes- no podría alegarse indefensión procesal o una nulidad, pues existiría convalidación. Sus propuestas específicas -vinculadas con lo probatorio- eran las siguientes: “Las limitaciones a los principios del proceso laboral son, de manera enunciativa y no limitativa, las siguientes:

(...)

- b. Las limitaciones al interrogatorio de los testigos o las partes que no cuenten con los medios tecnológicos o plataformas digitales, o por desconocimiento no puedan manipular o utilizar los mismos.
- c. El mecanismo de sustentación interactivo de la sustentación de un informe pericial se encontrará limitado. Por ejemplo, al sustentar una pericia médica que tenga dentro de las documentales la explicación de tomografías o rayos x, etc.
- d. La posibilidad de practicar una inspección judicial implicaría la suspensión de la audiencia virtual, por lo que su uso sería muy limitado.
- e. La oralización de la prueba documental indicando los folios sería otro de los problemas, pues no existe a la fecha implementación del EJE (en todo el país), y será el Juez el único que tenga en su poder y de manera física el expediente, sin la posibilidad de que las partes puedan revisarlo en la audiencia o solicitarlo para tenerlo a la vista durante el reconocimiento de algún documento en la actuación probatoria y/o el interrogatorio a las partes y testigos.
- f. Las limitaciones que tendrá el Juez para ejercer la facultad de prueba de oficio con el objeto de privilegiar el valor justicia y principio de veracidad será una realidad constante, máxime si la realización de pruebas de oficio muchas veces se derivan de las develaciones espontáneas que realizan las partes o terceros (testigos, por ejemplo) en la audiencia misma.
- g. La dificultad para ofrecer prueba documental compleja o extensa al plantear cuestiones probatorias o medios de prueba extemporáneos o extraordinarios en el acto de la audiencia. Por ejemplo, presentar un expediente de SUNAFIL que se ha generado con posterioridad a la demanda o, la presentación de una historia clínica para probar una enfermedad profesional o accidente de trabajo.

(...)

- i. La presencia de la parte o testigo hostil en la audiencia virtual al rendir sus declaraciones dificultará conocer la verdad de los hechos. Por ejemplo,

si tales sujetos sienten amenazados sus intereses podrían estar leyendo respuestas por otro medio tecnológico, o anotaciones escritas que han realizado previamente al interrogatorio del juez o los abogados de la contraparte. Se pierde la mística de la intermediación con la cual se pueden observar los gestos, expresiones y sinceridad de la respuesta."

Balarezo (2020) considera que caben dudas razonables respecto de estas medidas adoptadas por el Poder Judicial, especialmente sobre su coherencia con los principios, derechos y normas procesales, consagrados en nuestro ordenamiento, que resume en las siguientes interrogantes:

1. ¿Puede haber una violación al principio de intermediación, pues durante el curso intermedio del protocolo las partes no podían entrevistarse directamente con el Juez?
2. ¿Existe una violación al principio de publicidad, pues las audiencias, al ser virtuales, sólo contarán con la presencia de las partes convocadas en la plataforma informática correspondiente?
3. ¿Las resoluciones infringen el artículo 203 del Código Procesal Civil, que establece que a las audiencias deben concurrir las partes personalmente?
4. ¿El derecho al debido proceso o la tutela judicial efectiva son afectados en algún sentido?

Consideramos que sus dudas son absueltas desde la doctrina contemporánea, con el llamado **principio de audiencia**, que según Priori y Alfaro (2018, p. 46) se delimitará a dos concepciones: la primera, denominada formal, según la cual se concibe que las partes son libres de adoptar las estrategias que mejor consideren: el juez no se involucra y es solo un mero espectador del duelo; la segunda, denominada sustancial, que se formula desde una visión contemporánea del proceso e implica concebirlo través de una participación efectiva y real. En conclusión, este principio debe velar para que las partes tengan -en todo momento- la oportunidad de desenvolverse de manera plena y sin limitaciones injustificadas, para lo cual es necesario que participen en aportar hechos y pruebas, para la formación y elaboración de la decisión del juez.

En lo laboral, Corrales (2020, pp. 3-4) precisa que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su 32 periodo de sesiones del 27 de junio de 2016, acordó adoptar (numeral 5) el llamado "derecho humano de acceso a internet", que se fundamenta en los principios generales de acceso, pluralismo,

no discriminación y privacidad, que han llevado en su desarrollo a la aparición de la “e-justicia”. Para dicho autor, el “e-proceso” se construye sobre la base de los principios siguientes:

- a) **Conectividad.** Toda persona tiene derecho al acceso a la justicia virtual, y al suministro por el Estado de los medios informáticos que le garanticen la accesibilidad a la comunicación, participación y el ejercicio de los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso en soporte electrónico.
- b) Concentración procesal digital.
- c) Economía y celeridad en el uso del Internet.
- d) **Intermedialidad.** Interacción y registro de varios medios de audio y vídeo informáticos, en la formación del expediente judicial electrónico.
- e) **Autenticidad.** Los medios utilizados para la realización de las audiencias virtuales y actuaciones judiciales deben garantizar la identidad de las partes intervinientes, el derecho de defensa y fidelidad de los documentos escaneados, y de la reproducción de lo registrado en audio y vídeo.
- f) **Instantaneidad.** El sistema informático debe permitir, en tiempo real, la simultaneidad de la publicidad y actuaciones procesales en línea.
- g) Seguridad en la preservación de datos sensibles y reserva (ciberseguridad).
- h) Transparencia tecnológica y de difusión pública en redes sociales.
- i) **Extraterritorialidad.** Implica superar la obligatoriedad del radio urbano, ya que no será necesario domiciliar en ciudad determinada para producir actuaciones procesales o participar en la audiencia virtual, ampliando así las competencias a nivel nacional de los órganos jurisdiccionales.
- j) **Interoperabilidad.** La integración de los sistemas informáticos de las distintas instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras, a fin de facilitar las operaciones en línea desde varias plataformas en internet, intercambio de información instantánea, en el marco del Gobierno Digital y convenios internacionales.

En definitiva, concluye (2020, p. 24) que el impacto de la desmaterialización de los procesos laborales regidos por la NLPT, a la luz de los nuevos

principios anunciados, será el ingreso acelerado de la justicia a la era digital, con el uso de las audiencias virtuales, el trabajo remoto de sus operadores (teledespacho judicial) y los Estudios Jurídicos Virtuales, lo que implicará modificaciones sustanciales al ordenamiento procesal y desarrollará las bases para pasar a la fase superior: la “e-justicia 3.0”.

Para el suscrito, algunas de las medidas que se tomaron, como la presentación previa de las contestaciones y la notificación virtual de las sentencias a la Casilla Electrónica, requerían reformas expresas a la NLPT (artículos 43.3 y 47, respectivamente), pero la realidad era que esperar tales modificaciones legales hubiera implicado contravenir el Principio de Celeridad, pero especialmente el Principio Tuitivo (protector), inherente al Derecho Laboral en sí, por lo que, de forma excepcional (y temporal), debía aplicarse el Principio de Flexibilidad, privilegiando el fondo sobre la forma: como decía Couture, el proceso no es una “misa jurídica” ajena a las necesidades de la realidad cambiante.

En sentido similar se pronunció Toledo (2020), quien llegó a señalar lo siguiente: “...se ha superado en la judicatura ese criterio formalista de que el escrito de contestación debe ser entregado al demandante una vez fracasada la conciliación, que incluso algunos consideran un fetichismo legal, por lo que debería modificarse la NLPT para que haya un paso previo de entrega del escrito de contestación, para que el demandante tome conocimiento. Así, una suerte de lo que sucede en el proceso abreviado laboral, que se presenta tal escrito antes de la conciliación...y se puede correr traslado al demandante. **Nosotros consideramos que, no hay ningún impedimento legal, y no es necesaria una modificación legislativa.** Hay que destacar la función del juez director del proceso: si no existe ninguna afectación al derecho de las partes, entonces, es posible que el juez tome decisiones, precisamente, con el objeto de la entrega de la contestación antes de la conciliación, lo que le permitirá proponer fórmulas conciliatorias atractivas a las partes. En consecuencia, **es necesario, sobretodo en la presente circunstancia, que el juez pueda adoptar un conjunto de decisiones**”.

Si bien en algunos países se cuestionó la validez, la legalidad y la constitucionalidad de las audiencias virtuales, como Colombia³ y España⁴, consideramos,

3 La Corte Constitucional, con una votación de 5 a 4, declaró inconstitucional el artículo 12 del Decreto Presidencial N° 491 del 28 de marzo de 2020, que permitía a otras ramas del Poder Público, incluido el Congreso, ejercer sus competencias (y diligencias) de manera virtual por la pandemia. Si bien esta decisión se enfocó más en el ámbito administrativo, se cree que en un futuro el criterio podría afectar también a las audiencias judiciales virtuales.

4 Si bien referido a un fallo del Tribunal Supremo del 2005, referido a cuestionamientos sobre limi-

a partir de lo señalado en los puntos precedentes, que el marco flexible previsto -que priorizó los derechos sustantivos laborales en un estado de emergencia temporal generado por el COVID-19 (caso fortuito o fuerza mayor)- fue razonable e indispensable.

Los artículos I (del Título Preliminar) y 24 de la NLPT reconocen, respectivamente, que el proceso laboral se inspira, entre otros, en el principio de inmediación, y que el Juez guía su actuación probatoria también con vista a dicho principio, lo que implica una interacción directa del juzgador en las actuaciones procesales, de tal forma que ello le permita y facilite formar una decisión lo más cercano posible a la verdad material. De lo revisado hasta este punto, no encontramos razón suficiente para concluir que la virtualización de la justicia haya afectado (o afecte) dicho principio procesal.

En sentido similar, Lama (2020, pp. 11-12) afirma que el principio de inmediación, que inspira a la oralidad, aplicaría siempre y cuando las partes y el Juez se encuentren uno frente al otro y presentes en un mismo lugar, a efectos de asegurar la interacción personal entre ellos, y que en consecuencia se afectaría el derecho de defensa y al de un debido proceso; sin embargo, tales argumentos no resultan atendibles, pues **lo que interesa en la oralidad es el diálogo**, es decir, la comunicación simultánea o en tiempo real o al mismo tiempo. Hay oralidad (e inmediación) cuando uno habla y el otro escucha, cuando el diálogo unilateral se convierte en bilateral: que cada uno participe, tanto escuchando como hablando. Con ello, queda establecido que mientras que en la audiencia -aunque sea virtual- se asegure una comunicación directa y en tiempo real, de modo que pueda darse un diálogo e interacción entre las partes y entre estas y el juez, no se afecta el derecho de defensa, ni el de un debido proceso, ni el principio de inmediación procesal.

IV. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN TIEMPOS DE VIRTUALIDAD

Como señala Taruffo (2008, pp. 15-16), medio de prueba es cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa: la solución de la controversia se alcanza cuando el tribunal establece dicha verdad. La verdad no se encuentra “recurriendo a la adivinación, echándolo

tación de derechos del procesado en un caso penal, se considera que las observaciones a la ausencia de garantía del principio de inmediatez (en cuanto a la actuación de la prueba), podría extenderse también a las audiencias judiciales virtuales.

a suertes, leyendo las hojas de té, mediante un duelo o por algún otro medio irracional o incontrolable (como los juicios de Dios o algunas ordalías medievales), sino sobre la base de los medios de prueba, que han de ser apropiadamente ofrecidos, admitidos y presentados”.

En línea punteada a dicha definición, el artículo 188 del Código Procesal Civil precisa que los medios probatorios tienen “por finalidad” acreditar los hechos expuestos por las partes, (y) producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos (para) fundamentar sus decisiones.

Esta función se vuelve particularmente relevante, cuando lo que está en discusión son derechos sociales como los laborales (o los de seguridad social), llevando a algunos autores (por todos, Paredes: 1997, p. 69) a sostener que “el procedimiento lógico de corregir las desigualdades creando otras desigualdades, es decir, una “igualdad por compensación”, es el nuevo contenido del principio de igualdad ante el proceso, nacido a la luz del Derecho Procesal Laboral (...) que adquiere su real magnitud a partir de su encuadre constitucional a raíz del efectivo “acceso a la justicia” como un derecho fundamental inherente a la persona humana”.

No compartimos dicha lectura de la aplicación de los principios del Derecho Laboral en su vinculación con el proceso, pues entendemos que dicha igualdad debe ser resuelta o reclamada en la etapa de conflicto a nivel de la relación sustantiva y no cuando esta se ya transforme en un litigio (relación procesal), pues desde nuestra perspectiva, uno de los valores inalterables es el de la igualdad de las partes, que no puede pretender ser equilibrado “por compensación”.

Entrando ya en el cuestionamiento o debate respecto de la posibilidad que exista una eventual inconsistencia estructural procesal en la interacción que se produce entre la actividad probatoria, la virtualidad y la inmediatez -respecto de la cual, la segunda parte de la duda ya ha sido resuelta en los puntos precedentes (la virtualidad no afecta la inmediatez)-, reconocemos como válida la preocupación en cuanto a la actuación virtual de ciertos medios de prueba, como la declaración de testigos o la participación de los peritos, que en un entorno físico domiciliario ajeno y lejano a la vista y atención del juzgador, puede verse manipulado con la intervención de terceros en la ubicación física en que se encuentren dichos actores (testigos y/o peritos), que bien los guíen, dicten o dirección sus respuestas, viciando el contenido de la prueba misma y, de esa manera, afectando la futura decisión del Juez.

Durante la época de pandemia, algunos jueces tenían por sana costumbre solicitar a la parte interviniente (testigo y/o perito) girar en 360 grados la laptop utilizada para la diligencia o, de ser un ordenador fijo (CPU), usar un celular que muestre que el lugar de realización de su declaración se encontraba vacío, sin más presencia que la del propio declarante. Esto ciertamente no es una garantía absoluta, pues un tercero se puede ocultar debajo de la mesa o el testigo o perito tener a la mano (pegado en la pared) las hojas con las indicaciones de lo que debe decir o hacer, pero si vamos a ver todas esas posibilidades, en las declaraciones presenciales tampoco es imposible que testigos y/o peritos lleguen con un libreto aprendido. Al final del día, la sanidad de los medios de prueba dependerá en gran medida de la buena fe procesal de las partes y de quienes brindan su declaración, existiendo en todo caso apremios (incluso de tipo delictivo: Código Penal, artículos 371 y 409) ante supuestos de falsedad.

Por tanto, considero que es mejor contar con la mayor cantidad de medios de prueba para la formación de la decisión judicial, aunque después (o en el mismo acto de su actuación) se tenga que realizar una labor de tamizaje de la calidad de los mismos.

En ese mismo sentido, Ferrer (2021, p. 22) sostiene que el momento de formación del acervo probatorio inicia con la proposición y admisión de la prueba y continúa con la práctica (actuación) de la misma: “cuanto más rico sea el conjunto de elementos de juicio del que dispongamos para tomar una decisión, mayor probabilidad de acierto”. Desde un punto de vista epistemológico, tenemos que diseñar el proceso de tal forma que se maximicen las posibilidades de que ingresen solo las pruebas relevantes: en este primer momento deberemos central las estrategias procesales dirigidas a la minimización de los errores.

Para el suscrito, un tema más preocupante que la alteración o manipulación de ciertos medios probatorios en un entorno de virtualización judicial es el uso indebido de las herramientas que nos traen hoy mismo innovaciones, como la más avanzada IA: hace poco se presentó la nueva versión del Chat GPT 4.0⁵, que incluye el uso de mandos de voz y una mejora impresionante de la recepción y percepción de dicha plataforma, de modo tal que es sensible a acciones y reacciones humanas, pudiendo responder en consonancia con las mismas, de forma tal que -en un futuro cercano- nada podría impedir que estemos en apariencia

5 <https://www.eleconomista.es/tecnologia/noticias/12823302/05/24/nuevo-drama-en-openai-disuelven-al-equipo-que-controlaba-el-riesgo-de-una-inteligencia-artificial-superpeligrosa.html>

ante un testigo y/o perito, cuando en realidad es una imagen o representación gráfica de una persona.

En efecto, como han sostenido Duffoó y el suscrito (2023, p. 101), el uso de IA en el proceso requiere que se establezcan sistemas meticulosos de protección de datos y privacidad, debiendo ser regulado dicho aspecto para no afectar a las partes. De igual forma, se requiere contar con una reforma legal en nuestro ordenamiento a fin definir el ámbito de aplicación de la IA en el Poder Judicial y regular los escenarios éticos y legales que se podrían presentar como la responsabilidad en caso de errores de la IA o la posibilidad de tomar decisiones automatizadas sin intervención humana.

El debate sobre este último aspecto recién está empezando.

V. CONCLUSIONES

Finalizamos este ensayo, tomando las palabras de Susskind (2020), recogidas en un trabajo publicado en “The Practice”, de la Universidad de Harvard: “Nuestros sistemas judiciales enfrentan actualmente tres desafíos importantes. Dos de estos surgen directamente del virus y, por lo tanto, son nuevos; mientras que el tercero, es de larga data.

- El **primer** desafío es mantener un nivel de servicio suficiente mientras nuestros tribunales tradicionales están cerrados. El alcance de este desafío no está claro y varía en todo el mundo. Una visión optimista es que hemos superado lo peor y ya se está restableciendo el servicio normal. Una visión más realista es que el virus, de una forma u otra, nos affligirá durante muchos más meses y posiblemente años. El problema más importante aquí es que aún no tenemos métodos alternativos para manejar algunos tipos de audiencias judiciales, como las relacionadas con delitos graves.
- El **segundo** desafío surge del primero. Esta es la acumulación de casos atrasados que se suman mientras los tribunales no pueden manejar su carga normal. Los sistemas de justicia que se considera que están haciendo frente a la crisis están eliminando alrededor de un tercio de su rendimiento normal. Los aplazamientos y los retrasos se están acumulando a un ritmo alarmante.
- El **tercer** desafío, el de larga data, surge de una verdad alarmante: que incluso en los sistemas de justicia que consideramos los más

avanzados, la resolución de disputas en los tribunales públicos generalmente toma demasiado tiempo, cuesta demasiado y el proceso es ininteligible para todos. En términos más generales, lo llamamos el problema del “acceso a la justicia”. Podemos optar por culpar a la reducción generalizada de la financiación legal pública, podemos argumentar que la maquinaria judicial y judicial actual es desproporcionada en muchos casos, podemos afirmar que a veces los abogados son el problema porque pueden inflamar las disputas, podemos lamentar la poca información está disponible para ayudarnos incluso a comprender el dilema, podemos condenar el sistema por ser anticuado y arcano, y más. Pero sea cual sea la explicación que se prefiera, la realidad es que la mayoría de la gente no puede permitirse hacer valer sus derechos legales en los tribunales públicos. A nivel mundial, las estadísticas son claras. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, solo el 46 por ciento de los seres humanos viven bajo la protección de la ley.”

De lo revisado en los puntos precedentes, podemos concluir que la realización de las audiencias judiciales virtuales bajo la NLPT, a través del uso de la plataforma Google Hangouts Meet, así como el uso de las herramientas informáticas y de comunicación complementarias (celulares, laptop, plataformas como WhatsApp o similares), resultan compatibles con los principios rectores del Derecho Laboral y el Derecho Procesal, pero deberían ser materia de una futura reforma legislativa en la cual se analice los alcances e impacto de las nuevas tecnologías (como la IA), para evitar cualquier tipo de manipulación o adulteración de la actividad y medios probatorios.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, C. (2020). Nuevo proceso laboral virtual: ¿Modelo para armar o para desarmar? En: Revista Soluciones Laborales N° 152. Lima: Gaceta Jurídica.
- Balarezo, L. (2020). ¿La virtualidad como un agresor a los principios procesales? Un análisis sobre la implementación de protocolos virtuales para el avance de los procesos. <https://ius360.com/publico/procesal/la-virtualidad-como-un-agresor-a-los-principios-procesales-un-analisis-sobre-la-implementacion-de-protocolos-virtuales-para-el-avance-de-los-procesos-lidia-balarezo-contreras/>
- Cavani, R. y Vergel, A. (2020). ¿Audiencias Judiciales Virtuales? <https://laley.pe/art/9543/audiencias-judiciales-virtuales>

- Corrales, R. (2020). El advenimiento de la e-justicia laboral 2.0. En: Revista Derecho y Cambio Social N° 61. <https://www.derechoycambiosocial.com/>
- Duffoó, D. y Abanto, C. (2023). El futuro es hoy: el derecho procesal laboral y la necesaria implementación de la Inteligencia Artificial. En: Revista Laborem N° 28. Lima: SPDTSS.
- Ferrer, J. (2021). Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.
- Huerta, H. (2020). Proceso Oral y Pandemia. <https://actualidadlaboral.com/proceso-oral-y-pandemia/>
- Lama, H. (2020). Oralidad, intermediación y audiencias virtuales. En: Comentarios sobre la Oralidad Civil. Lima: Gaceta Jurídica, 5-11
- Memenza, V. (2020). La crisis de la Nueva Ley Procesal del Trabajo en tiempos de pandemia. <https://actualidadlaboral.com/la-crisis-de-la-nueva-ley-procesal-del-trabajo-en-tiempos-de-pandemia/>
- Nieva, J. (2018). Inteligencia Artificial y Proceso Judicial. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.
- Paredes, P. (1997). Prueba y presunciones en el proceso laboral. Lima: ARA Editores.
- Olivera, M. (2020). Los efectos del COVID-19 en los procesos judiciales laborales. <https://www.damma.com.pe/los-efectos-del-covid-19-en-los-procesos-judiciales-laborales/>
- Priori, G. y Alfaro, L. (2018). El Principio de Audiencia y su efecto democratizador en la aplicación del Iura Novit Curia. En: Reforma del Proceso Civil. Lima: Fondo Editorial PUCP, 45-46.
- Reiling, D. (2019). Comprendiendo las tecnologías de la información para la resolución de conflictos. En: Revista Sistemas Judiciales N° 16. Buenos Aires: CEJA, 18-29.
- Rincón, L. (2019). Situación actual y perspectivas de las relaciones entre Derecho, Justicia y Tecnología. En: Tecnologías al servicio de la Justicia y el Derecho. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 15-24
- Soltau, S. (2020). Abogados litigantes y audiencias virtuales. <https://www.linkedin.com/pulse/abogados-litigantes-y-audiencias-virtuales-sebastian-soltau-salazar/>
- Susskind, R. (2019). Online Courts and the future of Justice. Londres: Oxford University Press.
- Susskind, R. (2020). The future of courts. <https://thepractice.law.harvard.edu/article/the-future-of-courts/>
- Taruffo, M. (2008). La prueba. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.

- Toledo, O. (2020). Audiencias Virtuales y Proceso Laboral remoto. Conferencia Virtual del 1 de mayo de 2020, organizada por GEOSE. https://www.youtube.com/watch?v=r_xwbai7QoI&t=2896s
- Valera, C. (2020). Entre la economía colaborativa y la justicia digital: Bondades y limitaciones de las audiencias virtuales en el proceso laboral. <https://laley.pe/art/9847/entre-la-economia-colaborativa-y-la-justicia-digital-bondades-y-limitaciones-de-las-audiencias-virtuales-en-el-proceso-laboral>