



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL  
TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

“FACILITACIÓN PROBATORIA EN EL  
PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.  
ANÁLISIS DE LA PRUEBA DE INDICIOS”

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES

Fernando Pino Henríquez  
Profesor Guía: Claudio Palavecino Cáceres

Santiago de Chile  
2018



## ÍNDICE

RESUMEN .....	1
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I	
CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PRUEBA JUDICIAL.....	5
1. Concepciones de la Prueba .....	5
1.1. La verdad como condición necesaria de justicia.....	6
1.2. Objetivismo crítico y verdad como correspondencia.....	7
1.3. Otra vez la verdad: un replanteamiento .....	10
1.4. La verdad ... ¿según quién?.....	12
2. Valoración de la Prueba .....	16
2.1. Sistema de prueba legal o tasada.....	17
2.2. Sistema de íntima convicción.....	18
2.3. La Sana Crítica.....	19
3. Estándares Probatorios.....	22
3.1. De la certeza moral a la duda razonable.....	24
3.2. ¿Probabilidad prevaleciente o íntima convicción?.....	25
4. Los Indicios.....	27
4.1. Los indicios y su relación con la prueba indiciaria.....	27
4.2. Naturaleza jurídica y requisitos de los indicios .....	29
4.2.1. Naturaleza de los indicios.....	29
4.2.2. Requisitos de los indicios .....	30
4.3. El razonamiento como excusa de diferenciación.....	31
4.4. Las razones contra la diferenciación .....	33
4.4.1. Argumentos jurídicos.....	33

4.4.2. Argumentos epistémicos.....	33
4.4.3. Argumentos lógicos.....	35
4.5. A modo de conclusión .....	36
5. Las Presunciones.....	36
5.1. ¿Es presumible o debe presumirse? .....	38
5.2. Las normas de presunción.....	40
5.2.1. Presunciones <i>iuris tantum</i> : entre reglas y principios.....	42
5.2.2. Presunciones <i>iure et de iure</i> : normas basadas en una presunción .....	45
5.3. Las presunciones <i>hominis</i> .....	46
5.4. Presunciones jurisprudenciales .....	47
5.5. Algunas conclusiones .....	48
6. La Carga de la Prueba .....	48
6.1. Carga objetiva y subjetiva: el “deber” de aportar prueba .....	49
6.2. Las cargas probatorias dinámicas.....	52
6.3. Los problemas de las cargas probatorias dinámicas .....	54
CAPÍTULO II	
LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL.....	57
1. Consideraciones Previas: la “Nueva” Justicia Laboral.....	57
1.1. El juez como rector del procedimiento .....	58
1.2. Inmediación y oralidad.....	59
1.3. Estructura de la justicia laboral y el modelo de audiencias .....	60
1.3.1. La audiencia preparatoria.....	61
1.3.2. La audiencia de juicio.....	61
2. Las Facultades Probatorias del Juez .....	62
2.1. Valoración de la prueba en el proceso laboral.....	63
2.2. ¿El estándar de prueba laboral?.....	65
2.3. (Algunos) poderes probatorios del juez en el proceso laboral .....	66
3. Controles y Limitaciones a Los Poderes Probatorios del Juez .....	71
3.1. Procedencia del recurso de nulidad laboral.....	72
3.2. ¿Es posible la revisión de los hechos? .....	74

## CAPÍTULO III

### TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y FACILITACIÓN PROBATORIA..... 81

1. El Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.....	81
1.1. Ámbito de aplicación y derechos protegidos .....	82
1.2. Características y reglas especiales .....	84
1.2.1. Contenido de la denuncia .....	84
1.2.2. Legitimación activa .....	85
1.2.3. Suspensión de los efectos del acto vulneratorio .....	86
1.2.4. Contenido de la sentencia.....	87
1.3. La prueba en el procedimiento de tutela .....	88
1.3.1. La facilitación probatoria .....	89
1.3.2. ¿Es necesaria una regla de facilitación probatoria?.....	90
1.3.3. Diversas interpretaciones sobre la prueba indiciaria .....	91
2. El Caso Español: la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .....	92
2.1. El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas .....	93
2.1.1. Ámbito de aplicación.....	93
2.1.2. Contenido de la demanda .....	94
2.1.3. Legitimación procesal .....	94
2.1.4 Medidas cautelares .....	95
2.1.5 La prueba de la vulneración .....	96
2.2. Prueba de indicios o principio de prueba .....	97
2.2.1. Conceptualización del principio de prueba .....	97
2.2.2. Principio de prueba, presunciones, probabilidad y verosimilitud .....	99
3. La prueba de indicios en el procedimiento de tutela laboral .....	103
3.1. La prueba indiciaria como alteración a la carga de la prueba .....	103
3.1.1. ¿Qué son los indicios?.....	104
3.1.2. Naturaleza y funcionamiento de la prueba de indicios.....	105
3.1.3. Oportunidad de la prueba de indicios .....	108
3.1.4. Consecuencias .....	109
3.2. La prueba de indicios como carga probatoria dinámica.....	110
3.3. La prueba de indicios como estándar de prueba disminuido .....	112
4. Análisis Jurisprudencial de la Prueba de Indicios.....	115

4.1. ¿Qué son los indicios?.....	116
4.2. Funcionamiento de la prueba indiciaria .....	116
4.3. Naturaleza de la prueba indiciaria.....	119
5. La prueba de indicios como presunción .....	122
5.1. ¿Qué son los indicios?.....	123
5.2. Naturaleza de la prueba indiciaria.....	124
5.2.1. La vulneración... ¿es presumible o debe presumirse? .....	124
5.2.2. Estructura de la presunción .....	125
5.2.3. El hecho base de la presunción.....	127
5.3. Funcionamiento de la prueba indiciaria .....	127
5.3.1. Contenido de la denuncia y determinación del objeto del juicio .....	128
5.3.2. ¿Qué se debe probar? .....	130
5.3.3. Oportunidad.....	131
 CAPÍTULO IV	
CONCLUSIONES.....	132
 BIBLIOGRAFÍA	
1. Doctrina .....	138
2. Jurisprudencia .....	145

## **RESUMEN**

En esta tesis analizaremos la regla de facilitación probatoria del procedimiento de tutela laboral, usualmente conocida como prueba indiciaria. Se ha dicho que esta regla tiene como finalidad modificar la carga de la prueba a favor del denunciante, que importaría un estándar probatorio disminuido o que se trataría de una presunción. Para analizar tal cuestión, examinaremos algunas instituciones relevantes relacionadas a la prueba judicial y también a la prueba en el procedimiento de tutela laboral.

En el primer capítulo, se analizarán diversas instituciones relacionada a la prueba de los hechos dentro del proceso judicial. Revisaremos, a grandes rasgos, concepciones acerca de la verdad de los enunciados probatorios, los sistemas de valoración de la prueba, los estándares de prueba, los indicios y su relación con la prueba indirecta, las presunciones y la regla de carga de la prueba.

En el segundo capítulo, realizaremos algunas aplicaciones concretas al proceso laboral a partir de lo sostenido en el capítulo anterior. Revisaremos las principales características de este proceso, la valoración de la prueba, el estándar de prueba laboral y algunos poderes probatorios del juez.

En el tercer capítulo, nos centraremos en el procedimiento de tutela laboral y el mecanismo de facilitación probatoria. Revisaremos algunas generalidades del procedimiento, la justificación de la regla de facilitación probatoria, las distintas interpretaciones realizadas por la doctrina en la materia, la recepción de la norma por parte de la jurisprudencia y, finalmente, cómo –a nuestro juicio– debe entenderse la norma.

## INTRODUCCIÓN

Con la publicación de la LEY N.º 20.087, que modificó el LIBRO V del CÓDIGO DEL TRABAJO (CDT), se inició una completa reestructuración de la justicia laboral. En general, la reforma trajo consigo no solo una nueva estructura para la justicia laboral, sino que también cobraron fuerza ciertos conceptos que: o no habían tenido un tratamiento detenido hasta el momento, o resultaban del todo novedosos para esta rama del derecho. En este contexto, una de las grandes novedades fue la introducción del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores.

Transcurridos varios años desde su publicación y posterior implementación, aún existe discusión en torno a algunos conceptos e instituciones que forman parte de la nueva justicia laboral. En este sentido, existen cuestiones que aún no se encuentran del todo zanjadas o siguen siendo objeto de polémicas, por ejemplo: i) la forma en que opera la sana crítica; ii) cuál el estándar de prueba en materia laboral; iii) la suspensión provisoria de los efectos del acto vulneratorio en materia de tutela; iv) el carácter extremadamente sumario del procedimiento monitorio; o v) la naturaleza de la regla del ARTÍCULO 493 CDT.

Respecto a la sana crítica existe cierto consenso en torno a su formulación general, sin embargo, esto no trae consigo formas concretas de aplicación. Es decir, cómo se materializan en el proceso las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científico. También hay dudas respecto a cuál es el estándar de prueba en el procedimiento de tutela; hay quienes señalan que, justamente a propósito del ART. 493 del CDT, podría establecerse un estándar probatorio diferenciado (Gamonal Contreras, “Prueba indiciaria” 78).

En cuanto a la regla de facilitación probatoria la cuestión es aún más difusa, esto ocurre por diversos motivos. Por una parte, existe confusión en cuanto a qué son los indicios, ¿son

prueba o algo distinto? Tampoco hay consenso en relación al momento y la forma en que opera la regla; hay quienes señalan que se trataría de una regla de juicio que opera al momento de pronunciarse la sentencia (Ugarte Cataldo, “Tutela laboral” 221–22), lo que ha criticado por otros autores que estiman que dicha fórmula vulneraría el debido proceso. Se ha dicho, también, si acaso la prueba directa (en este caso, de la vulneración) tendría un mayor valor o peso que la prueba indiciaria. Finalmente, y quizá donde más se centra la discusión, es si acaso esta regla altera de alguna forma la carga de la prueba a favor del denunciante de la vulneración, cuestión que tiene bastante resonancia; aunque dicha formulación, como veremos posteriormente, es también blanco de críticas.

En relación a lo expuesto en el párrafo anterior debemos hacer dos prevenciones. En primer lugar, no creemos que se trate tanto de una guerra sin cuartel respecto a cuál interpretación debiese ser la correcta, sino más bien que hay aspectos de esta institución a los que no se les ha prestado suficiente atención; cuestión que puede llevar a conclusiones demasiado novedosas. En segundo lugar, podemos rescatar que existe consenso en algo: la regla del ART. 493 CDT tiene como finalidad facilitar la prueba de la vulneración para el denunciante.

El problema que surge entonces es que si bien se trata de una regla establecida para favorecer a la parte denunciante, en la medida que no haya mayor claridad en la forma que se aplica, la ventaja puede diluirse ante los diversos criterios que puedan adoptarse. Esta diversidad de opiniones resulta, en algunos casos, no solo en una desventaja al denunciante sino que podría vulnerar el debido proceso. Creemos que una correcta interpretación de la norma debiese respetar la finalidad de la misma, pero también ser coherente con los derechos de las partes.

Para avanzar en este asunto creemos necesario dar algunos pasos hacia atrás. Puesto que buena parte de esta problemática tiene que ver con algunos aspectos poco claros (o no compartidos) a propósito de la concepción misma de la prueba judicial y el lugar que debiese o no ocupar la prueba de indicios.

Así, en este trabajo analizaremos diversas instituciones y conceptos como: sistemas de valoración, estándares probatorios, indicios (y su relación con la prueba directa); presunciones y carga de la prueba. También abordaremos ciertas cuestiones a propósito de la actual justicia laboral como sus características, su estructura y las razones que justifican la regla de facilitación probatoria.

Luego, realizaremos algunos comentarios sobre la modalidad de tutela contemplada en el procedimiento laboral español, poniendo énfasis en los mecanismos de facilitación probatorios puestos en favor del denunciante.

Una vez establecido lo anterior, será necesario determinar la aplicación concreta de la prueba indiciaria al procedimiento de tutela laboral. Para ello expondremos los principales planteamientos expuestos por la doctrina nacional en torno a la prueba indiciaria del ART. 493 CDT y también la forma en que ello ha sido recibido por la jurisprudencia.

Finalmente expondremos la forma en que –a nuestro juicio– se debe interpretar y aplicar la regla: como una presunción. También señalaremos las consecuencias que se derivan de tal cuestión.

# **CAPÍTULO I**

## **CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PRUEBA JUDICIAL**

La regla del ART. 493 CdT ha dado lugar a interpretaciones bastante diversas y que abarcan prácticamente la totalidad de mecanismos de facilitación probatoria. Es por ello que, en el presente capítulo, nos ocuparemos de desarrollar ciertos elementos que se encuentran íntimamente ligados a la prueba indiciaria y de los que podemos derivar cuestiones relevantes. En primer lugar, estableceremos una concepción de la prueba que sea acorde a los fines de los actuales procedimientos laborales. En segundo lugar, nos detendremos en los sistemas de valoración de la prueba y los estándares probatorios. En tercer lugar, nos referiremos a la prueba de indicios, su relación con la prueba directa y las presunciones. Finalmente, realizaremos algunos comentarios acerca de la carga de la prueba.

### **1. CONCEPCIONES DE LA PRUEBA**

Si partimos desde la idea de que el proceso, en general, tiene por finalidad la solución de controversias de carácter jurídico, bien podríamos olvidar que el conflicto existente entre los distintos actores no va a surgir de la sola divergencia en la calificación jurídica del asunto; ya que cada una de las partes tendrá su propia visión acerca de lo que efectivamente ocurrió. En ese sentido, para la correcta resolución del conflicto será necesario resolver la incertidumbre respecto a la verdad o falsedad de los enunciados probatorios en que se funda la pretensión (Taruffo, “Algunas consideraciones” 30). De otra forma, no hay subsunción posible.

En este contexto, la pregunta sobre qué entendemos por prueba se hace relevante. Puede resultar demasiado obvio sostener que la prueba tiene por objeto ofrecer al juez los elementos necesarios para establecer si un enunciado se encuentra probado o no (Taruffo,

“Algunas consideraciones” 30–31). Sin embargo, concordamos con Michele Taruffo cuando señala que, por la calidad de premisa que tiene dicha afirmación, para determinar la naturaleza de la prueba debemos dilucidar las concepciones que existen en torno a esta (“Algunas consideraciones” 31).

Se ha señalado que una concepción de la prueba se encuentra necesariamente relacionada a la naturaleza, posibilidades y límites del conocimiento empírico (Gascón Abellán, “Concepciones” 44). Es decir, que la prueba judicial tiene un fuerte vínculo con la epistemología (Taruffo, *La Prueba* 25). Entonces, para sostener una concepción sobre la prueba será necesario preguntarnos por la relación existente entre prueba y verdad; estableciendo, a grandes rasgos, cómo entendemos la verdad y el lugar que ocupa dentro del proceso.

### 1.1. LA VERDAD COMO CONDICIÓN NECESARIA DE JUSTICIA

Taruffo sostiene que el proceso debe estar encaminado a la resolución del conflicto (Taruffo, *Artículos y conferencias* 96), aunque no cualquier solución es aceptable. En este sentido, para Taruffo existen tres condiciones, o presupuestos, que permitirán medir el grado de justicia de la decisión adoptada por el juez, estas son (Taruffo, “Algunas consideraciones” 28–29; Ureña Carazo 284): i) un proceso justo (debido proceso); ii) la correcta aplicación de la ley; y iii) una determinación verdadera de los hechos. Podemos estar de acuerdo en que respecto a las dos primeras condiciones no existe mayor polémica. Sin embargo, la cuestión de la verdad es algo un poco más difícil de establecer. De cualquier forma, a pesar de sus detractores, en nuestra opinión, revestir al proceso y su resolución de estos parámetros de justicia –formal– es lo mínimo que se le puede exigir al derecho en una sociedad democrática (Reyes Molina 324; Taruffo, *Simplemente* 109–14).

Entonces, cabe determinar qué entendemos por verdad. El problema es que, como sostiene Taruffo, la verdad es siempre relativa (en un sentido no esencial) ya que el determinar verdades absolutas es una cuestión más propia de la teología y la metafísica que del derecho o

cualquier otra ciencia (“Algunos comentarios” 85). Sin embargo, sería errado sostener que Taruffo abogue por un relativismo; más bien al contrario, se sitúa en lo que se denomina realismo crítico, o también llamado *innocent realism* (en profundidad Haack, “Realismos”). Bajo esta perspectiva, es posible reconocer que el mundo real existe, pero que de él se pueden dar infinitas descripciones verdaderas, cuestión que no obstaría que la verdad pueda ser reportable (Taruffo, “Algunas consideraciones” 41). Por lo demás, Taruffo ha declarado adherir a la teoría de la verdad como correspondencia, aunque teniendo en cuenta las limitaciones del conocimiento (*Simplemente* 94–95).

Teniendo presente cuál es la finalidad del proceso, así como esta primera aproximación a la verdad, cabe preguntarnos cómo concebimos la prueba judicial. Para Taruffo, lo que sigue de su posición epistémica es que la prueba debe entenderse bajo una concepción cognoscitiva, o sea, como instrumento de conocimiento (“Algunas consideraciones” 31–32). En contrapartida al cognoscitivismo, se encontraría la concepción persuasiva de la prueba, la cual entiende a la prueba como un instrumento de persuasión (“Algunas consideraciones” 31). La importancia de distinguir estas dos concepciones es que ambas mantienen un grado de relación entre prueba y verdad.

Por una parte, en el cognoscitivismo no habría una identificación conceptual entre el hecho probado y el hecho verdadero. Esto es consecuencia no solo de las limitaciones propias del conocimiento, sino además, por las limitaciones propias del proceso (Taruffo, “Algunas consideraciones” 37); ello permitiría explicar por qué un hecho probado puede ser falso. Por otra parte, para la concepción persuasiva esto no es problemático, ya que la única verdad sería aquella que se establece en el proceso; por lo que entre el hecho probado y el hecho verdadero habría una relación de identidad.

## 1.2. OBJETIVISMO CRÍTICO Y VERDAD COMO CORRESPONDENCIA

A pesar de no mostrar grandes diferencias con la posición expuesta en el apartado anterior, el planteamiento de Marina Gascón posee algunos elementos que debemos

considerar.

En primer lugar, si Taruffo había sostenido que la finalidad del proceso es la resolución del conflicto a través de un resultado justo, para Gascón la situación cambia ligeramente de perspectiva. Ello ocurre en tanto su planteamiento se encuentra más enfocado a la finalidad de la prueba, la cual sería la averiguación de la verdad. En tal sentido, si bien en el marco del proceso existen otros valores, estos pueden ser un obstáculo para la finalidad de la prueba (Gascón Abellán, “Sobre la” 128).

En segundo lugar, como Taruffo, Gascón también adhiere a la idea de verdad como correspondencia de la realidad. Aunque con un matiz, pues ella sostiene que su posición epistémica es el objetivismo crítico:

*objetivismo* porque entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente; *crítico* porque toma en serio las tesis sobre las limitaciones del conocimiento. O sea, se trata de una epistemología que mantiene que existen hechos independientes que podemos conocer aunque el conocimiento alcanzado sea siempre imperfecto o relativo (“Concepciones” 44)

En tercer lugar, a partir de las limitaciones del conocimiento podemos establecer otra cuestión: la concepción de la prueba. Así, para Gascón –al igual que Taruffo–, la prueba debe ser entendida como un instrumento de conocimiento. Es decir, el proceso probatorio es una actividad que tiene como fin la averiguación de la verdad de los enunciados probatorios. Sin embargo, tanto por su carácter inductivo como por limitaciones institucionales es una fuente de conocimiento solo probable (Gascón Abellán, “Concepciones” 44).

Debemos remarcar, en todo caso, que el carácter imperfecto de la prueba judicial radica tanto en cuestiones institucionales como epistémicas. Por una parte, dejar claro que la prueba judicial no es una actividad libre; sino que se desenvuelve en un –a veces más, a veces menos– estricto sistema de reglas y cauces institucionales que no solo la limitan, sino que en ocasiones impiden la búsqueda de la verdad. Por otra parte, el razonamiento probatorio se construye en

base a inferencias de carácter inductivo, las cuales a su vez encuentran su fundamento en leyes probabilísticas o incluso por inferencias basadas en generalidades sin demasiado fundamento o sencillamente prejuicios (Gascón Abellán, “Sobre la” 128). Lo anterior se refleja en la idea que el resultado de la prueba puede no corresponderse a la verdad. Es por ello que el resultado de la prueba –de un enunciado– solo puede referirse en términos de probabilidad o, más bien, que “... la prueba concluye en una hipótesis, un enunciado que aceptamos como verdadero aunque no sabemos si lo es o no, y que el grado de probabilidad suministrará un buen criterio para su justificación” (“Sobre la” 128).

En cuarto lugar, respecto a la relación entre el hecho probado y el hecho verdadero, Gascón sostiene que el cognoscitivismo no identifica ambos términos. Así, que un enunciado fáctico sea verdadero significa que los hechos que describe han existido en un mundo independiente; y que un enunciado fáctico esté probado significa que su verdad ha sido confirmada por las pruebas disponibles (Gascón Abellán, “Concepciones” 46).

Otra cuestión relevante es aquella posición que Gascón denomina constructivismo. Debemos dejar claro que esta no es una posición defendida por ella sino que la presenta en oposición al objetivismo crítico. Así, señala que el constructivismo se caracteriza por entender “... que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor: es decir, que la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto” (“Concepciones” 45). A partir de ello concluye que, para esta posición, no tendría sentido entender la verdad como correspondencia puesto que el proceso tendría otras finalidades prácticas<sup>1</sup>:

.... si el objetivo del proceso es dar una solución práctica al conflicto, no será necesario que la prueba se oriente a averiguar la verdad de los hechos litigiosos: bastará con obtener un ‘resultado formal’ que sea operativo. Es mas, podría incluso pensarse que la comprobación de la verdad es un obstáculo para la rápida solución de la controversia (Gascón Abellán, “Concepciones” 45)

---

1 Para Gascón, la adopción de una epistemología constructivista en el proceso se manifiesta en aquellas propuestas que postergan la averiguación de la verdad en favor de otras finalidades del proceso.

Gascón sostiene que del constructivismo se deriva la concepción persuasiva de la prueba. Para esta concepción la prueba no es un instrumento de conocimiento, sino que es un instrumento de persuasión (“Concepciones” 45). Entonces, a diferencia del cognoscitivismo, que separa el concepto de verdadero y probado, se sostiene que para la concepción persuasiva la verdad de los hechos no sería relevante, identificando al enunciado verdadero con el probado (“Concepciones” 46).

### 1.3. OTRA VEZ LA VERDAD: UN REPLANTEAMIENTO

Antes de continuar, es importante realizar algunas acotaciones.

En primer lugar, aquello que Gascón denomina objetivismo crítico no es algo radicalmente distinto al realismo crítico de Taruffo. Creemos que esta distinta denominación podría tener como base una confusión conceptual. Pues se hace equivalente la objetividad del conocimiento con el objetivismo: sin embargo, que el conocimiento sea objetivo quiere decir que la verdad o falsedad del enunciado fáctico es una cuestión determinada por la realidad (Taruffo, *Simplemente* 94–95). Lo anterior presupone, en todo caso, tanto la existencia de esta realidad como la posibilidad de conocerla; ambos puntos comprendidos por el realismo crítico postulado por Taruffo. La cuestión, entonces, es que no existe diferencia entre el realismo crítico y el objetivismo crítico expuesto por Gascón.

En segundo lugar, debemos remarcar que tanto para Gascón como para Taruffo, la discusión en torno a la verdad parece estar zanjada. Es así que bajo este pensamiento, la verdad (o lo verdadero) es una cuestión independiente del conocimiento humano –en el sentido de su configuración–, por lo que bastaría con encontrarla. Esto ocurriría también en el contexto procesal que, bajo este enfoque, se encamina al descubrimiento de la verdad. Sin embargo, ponemos en duda la posibilidad de descubrir la realidad independiente al conocimiento humano y, en tal sentido, se debería también cuestionar que el proceso pueda ser el medio para descubrirla.

Como ya había señalado Taruffo, la existencia de verdades independientes al conocimiento humano, absolutas e incontrovertibles es un asunto que tiene más relación con la metafísica o la teología que con un contexto de conocimiento empírico y racional (“Algunas consideraciones” 85). Dicha cuestión no solo atañe al proceso, sino que a todo contexto de descubrimiento. Nos parece, entonces, forzado aceptar una teoría correspondentista de la verdad, puesto que si no podemos conocer verdades independientes, no será posible evaluar la correspondencia del enunciado probado con la realidad.

No creemos que las acotaciones expuestas sean suficientes para descartar el realismo crítico expuesto por Taruffo y Gascón, aunque sí mantenemos fuertes reparos con el correspondentismo. En esta línea, y en una versión más tenue, se ha sostenido que la verdad podría entenderse:

... no como concordancia entre la oración expresada y el estado de cosas real, sino como la relación entre proposiciones de distintos niveles, esto es, como la relación entre una proposición lingüística referida al objeto y una proposición metalingüística: el enunciado ‘la nieve es blanca’ es verdadero si y solo si la nieve es blanca. La cuestión de lo que signifique realmente que la nieve sea blanca puede quedar abierta sin respuesta, puesto que no presupone la existencia del estado de cosas real aludido por la proposición lingüística que se refiere al objeto (Manson 241)

A nuestro parecer, esta versión coherentista de la verdad puede resultar compatible con el realismo crítico. Siempre que entendiéramos a la verdad como correlato de la realidad cognoscible (Pintore 281).

De cualquier manera, esta versión de la verdad como coherencia semántica tampoco resulta del todo satisfactoria. Como aclaración, no comulgamos con la idea que, ante las limitantes al conocimiento objetivo, la verdad –como uno de los fines del proceso– carezca de sentido (Bilbao Bonomelli 110–11); pero nos parece que si la verdad no es absoluta, tampoco puede ser objetiva. El problema que subyace a nuestro juicio es el siguiente: si el resultado de un proceso de descubrimiento (en este caso el proceso judicial) se corresponde con una verdad parcial y objetiva, deberíamos preguntarnos hasta qué punto el hecho probado no se identifica

con el hecho verdadero. Es más, a partir de esto podríamos afirmar que la única diferencia entre aquello que fue probado y aquello que es verdadero viene dado por las limitaciones propias del contexto procesal, no por razones epistémicas.

Antes de continuar, debemos aclarar dos cosas. Primero, seguimos estando de acuerdo con Taruffo en que la determinación verdadera de los hechos ocupa un lugar importante en la correcta resolución del conflicto. Segundo, creemos que una concepción racional de la prueba exige separar los conceptos de verdadero y probado y que, por tanto, se hace necesaria una concepción cognoscitivista (que entienda la prueba como instrumento de conocimiento).

#### 1.4. LA VERDAD ... ¿SEGÚN QUIÉN?

Creemos que la deficiencia del correspondentismo se grafica cuando se responde quién debe decidir si un hecho probado es verdadero o no. Podríamos sostener, con rapidez, que esta decisión está a cargo del juez.

En este sentido, si retomamos la concepción persuasiva de la prueba esto no reviste ningún problema, puesto que el hecho probado se identifica con el hecho verdadero. Sin embargo, ello no es tan simple para el cognoscitvismo. Ya que si es el mismo sujeto quien determina (a través de diversas reglas y métodos) que un hecho se encuentra probado y que la decisión es justa, en la medida que la determinación de los hechos sea verdadera; lo que resulta es que la sentencia contendrá hechos verdaderos<sup>2</sup>. Dicho de otro modo: la importancia que una concepción correspondentista le da a los hechos probados dentro del proceso, tiene como base que quien la emite lo expresa como resultado de una constatación objetiva de la realidad (Cáceres Nieto 127). En tal sentido, existiría identificación entre prueba y verdad toda vez que los enunciados probatorios contenidos en la resolución tendrían una función descriptiva del mundo independiente (Dei Vecchi, "Acerca de" 237-61).

Si lo que pretendemos es seguir una concepción racional de la prueba, deberíamos

---

<sup>2</sup> Por mucho que el juez sea internamente consciente de que verdadero y probado tengan una relación dada solo en términos de probabilidad

resolver como formular una concepción de verdad: i) que tome en serio las limitaciones del conocimiento; y ii) que permita diferenciar al hecho verdadero del hecho probado.

Como punto de partida, creemos que la crítica que hace Gascón hacia el constructivismo es infundada (en tanto de este se deriva una concepción persuasiva de la prueba) al menos en parte. Nos parece que este tipo de confusiones vienen dadas en tanto aquello que se considera concepciones jurídicas establecidas, no son más que la aplicación parcial en el derecho de una teoría más general proveniente de otra área y que, sin embargo, se estiman lo suficientemente abarcativas sin serlo (Cáceres Nieto 114). En tal sentido, y como señala Enrique Cáceres, no se debería hablar con tanta liviandad de constructivismo, sino que de “constructivismos”: cada uno con diferentes énfasis y matices (114–16). Es por esta razón que sostenemos que la crítica es parcialmente infundada.

Dicho lo anterior, y a pesar de que el término constructivismo no tiene una definición o significación unívoca, creemos acertado el planteamiento que realiza Cáceres en tanto podríamos caracterizarlo bajo las siguientes premisas: i) existe un mundo independiente; ii) el conocimiento no es copia fiel de la realidad, sino que es una construcción humana; y iii) que dicha construcción se realiza a partir de esquemas de pensamiento que la persona posee (118). Debemos remarcar que tales esquemas de pensamiento se construyen social e históricamente, por lo que sería errado suponer que el conocimiento se trate de una cuestión puramente individual y relativa (Teubner 547–48). Ahora bien, no siendo objetivo de este trabajo zanjar esta discusión, nos parece suficiente esta perspectiva propuesta para resolver el primer problema mencionado.

En cuanto a la necesaria distinción entre verdadero y probado, creemos que no hay realmente buenas razones para sostener que solo sería posible a partir del realismo. Es decir, distinguir entre verdadero y probado no se reduce a la posibilidad de determinar la verdad o falsedad del enunciado en contraste a un mundo independiente (no cognoscible).

Entonces, si el conocimiento no es una copia fiel de la realidad, sino que una

construcción humana. El problema de que un sujeto individual –en este caso el juez– sea capaz de establecer qué es lo verdadero, parece evidente.

En este sentido, un enunciado probado tiene semejanza con aquello que se conoce como proposiciones expostfáticas: o sea, aquellas proposiciones que se emiten hacia al pasado y que se refieren a un hecho que se supone ya ha acontecido (Cáceres Nieto 124). Este tipo de proposiciones se diferencian de las proposiciones observacionales en tanto “... el sujeto cognoscente [el juez] no se encuentra frente a un evento o un objeto del mundo; por tanto, no puede hacer una construcción perceptiva sobre la cual hacer una construcción de la realidad de segundo nivel<sup>3</sup>, acerca de la cual emitir un enunciado” (124–25). La importancia de la distinción radica en que si acaso tiene sentido preguntarse si las proposiciones expostfáticas pueden ser o no consideradas como verdaderas en el caso del derecho. En tal sentido, Cáceres sostiene que solo resulta procedente cuestionar si estas se encuentran o no probadas, no si son o no verdaderas; dicha distinción permite explicar aquellas situaciones en que un hecho resulte probado aunque no necesariamente sea verdadero (125). De cualquier forma, más allá de la utilidad que pueda presentar, somos de la idea que tal distinción no resulta suficiente para explicar la necesidad de distinguir entre el hecho verdadero y el hecho probado.

Al inicio de este apartado, nos preguntábamos a quién correspondía determinar que un enunciado probado era verdadero. Sostuvimos que tal labor recae en el juez, ya sea por la supuesta objetividad del conocimiento o por la mera identificación entre tales conceptos. A partir de ahí sostuvimos que una concepción correspondentista de la verdad también termina por identificar al hecho verdadero con el hecho probado, pues el enunciado probatorio tendría fuerza descriptiva (Teubner 577). Es decir, que la proposición será falsa o verdadera según hayan elementos de juicio suficientes en favor del enunciado fáctico (Dei Vecchi, “Acerca de” 239). Sin embargo, estamos de acuerdo con Diego Dei Vecchi cuando sostiene que:

lo que los jueces realmente hacen cuando declaran los ‘hechos probados’ es

---

3 Este segundo nivel de realidad se refiere a la idea de la construcción perceptiva atencional. (Cáceres Nieto 119–22)

determinar valorativamente el límite de suficiencia epistémico para la decisión de que se trata. Esa determinación, *i.e.* el juicio de suficiencia axiológica de las razones teóricas para la decisión, sólo podrá estar justificado por razones prácticas<sup>4</sup> (Dei Vecchi, “Acerca de” 253)

La pregunta, que sigue abierta, tiene relación con la determinación de verdad que tiene el enunciado probado. Algo que no hemos abordado es que, como señala Gascón: un requisito fundamental de la sentencia es la adecuada fundamentación de los hechos, lo que se traduce en que esta debe ser intersubjetivamente controlable, siendo ello condición de racionalidad (“Concepciones” 44). Entonces, si es el juez quién determina el límite de suficiencia epistémico; y si, para dar por establecido el hecho, realiza un examen que cumpla con todo criterio que la racionalidad exija, ¿por qué sería necesario que deba fundamentar a un nivel tan exhaustivo su decisión? La respuesta (para nosotros) es que los enunciados contenidos en la sentencia solo se refieren al grado de confirmación de la prueba disponible y no la verdad o falsedad de tales enunciados. Por lo tanto, no bastaría con que el juez dé por probado un enunciado para que este sea verdadero (Coloma Correa, “Bases” 84–89).

Con lo anterior no debemos dejarnos caer en la caricatura de que todos debamos aceptar un hecho como verdadero para considerarlo como tal; tampoco abogamos por la idea de que la verdad se trate de una cuestión puramente consensual. Lo que queremos afirmar es que si la sentencia debe ser intersubjetivamente controlable es justamente porque para que el enunciado probatorio pueda ser considerado como verdadero deben existir justificaciones válidas para considerarlo como tal (Ruiz Sanz 487). En dichos términos, la verdad del enunciado probado es una cuestión que escapa a la decisión judicial (en sentido de un juicio particular) y debe darse en términos de aceptabilidad intersubjetiva. Nos parece que una aproximación de este tipo permite, como consecuencia intrínseca, explicar de mejor manera la necesidad justificación de la sentencia así como la posibilidad de impugnación de los hechos contenidos en ella.

---

4 Por lo demás, entendemos que cuando se refiere a razones prácticas para determinar la suficiencia de la decisión, lo que quiere decir es que no son razones epistémicas; o sea, que no tienen que ver con la verdad o falsedad del enunciado. Por ejemplo: en materia penal podría sostenerse que una persona será inocente en caso que no se haya probado su culpabilidad, ello es una cuestión distinta a si es verdad que esa persona sea inocente o culpable.

Finalmente, vale la pena recordar que la búsqueda de la verdad no es la única finalidad del proceso. En tal sentido, es claro que existen diversas razones para sostener que el resultado del juicio (o de la prueba) deba ser considerado como verdadero más allá del grado de aceptabilidad epistémico que derive del enunciado probatorio. Un buen ejemplo de ello es el efecto de cosa juzgada (Teubner 558).

## 2. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Dentro del proceso, como paso previo a que el tribunal pueda determinar si un enunciado está probado, será necesario evaluar y asignar peso probatorio tanto a los elementos de juicio como al conjunto de elementos con que se cuenta para tomar dicha determinación (Dei Vecchi, “Acerca de” 244). Es por ello que, antes de referirnos al estándar de prueba, nos ocuparemos de los sistemas de valoración de la prueba.

Entendemos los sistemas de valoración de la prueba como un conjunto de reglas u orientaciones que tienen por finalidad guiar al tribunal en su tarea de construir inferencias a partir de los distintos elementos de juicio, y que también permiten asignar mayor o menor fuerza a estos últimos (Coloma Correa, “Realmente” 756).

Como ya hemos señalado, para lograr los fines del proceso se hace necesaria una concepción racional de la prueba, a partir de ello resulta que su valoración también deberá cumplir dicho criterio. En tal sentido, como señala Gascón:

si valorar consiste en evaluar si puede o no darse por probado un hecho controvertido, valorar libre y racionalmente consiste, más precisamente, en evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describe a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera (“Sobre la” 128–29)

Antes de continuar nos parece necesario realizar algunas prevenciones: i) todo sistema de valoración es legal, en tanto son establecidos en la ley y se traducen en criterios

normativos, los cuales pueden ser más o menos estrictos (Dei Vecchi, “Acerca de” 245); ii) cuando nos referimos a los sistemas de valoración de la prueba, solo hacemos alusión a la valoración de los elementos de juicio ya conformados, no a los criterios que determinan la inclusión o exclusión de los elementos van a formar parte del proceso; y iii) que existen limitaciones respecto al conocimiento, situación que no le es ajena al derecho y que se representa, además, en una suerte de debilidad disciplinaria (Coloma Correa, “La caída” 208–11)<sup>5</sup>.

Dicho lo anterior, expondremos brevemente los sistemas de valoración y su grado de ajuste a una teoría racional de la prueba. Para ello utilizaremos la distinción tradicional entre: sistema de prueba legal o tasada, íntima convicción y sana crítica.

## 2.1. SISTEMA DE PRUEBA LEGAL O TASADA

Habíamos dicho que, en el fondo, todo sistema de valoración es legal. Sin embargo, lo que nos ocupa aquí no se refiere al carácter normativo del sistema; sino a que la asignación del peso probatorio es establecida en la ley. Gascón sostiene que este sistema supone “... la consagración jurídica de reglas de valoración que indican al juez cuándo (y en qué medida) debe darse por probado un hecho, con independencia de su convicción” (“Concepciones” 48).

Podríamos sostener que un sistema de prueba legal no excluye –necesariamente– la posibilidad de entender la prueba como instrumento de conocimiento (o sea, adoptar una concepción cognoscitivista). Sin embargo, en tanto la determinación de suficiencia del enunciado probatorio se establece legalmente, esta va a producir resultados no controvertibles. Así, no interesará que el enunciado probado pueda (o no) reunir las condiciones que justifiquen la aceptación del enunciado como verdadero; sino que bastará reunir los requisitos fijados en la ley. Esta forma de entender la prueba, que Gascón denomina cognoscitismo acrítico (“Concepciones” 47–48), obviaría una cuestión fundamental desde una perspectiva

---

5 Además de esta situación, Rodrigo Coloma sostiene que la dogmática jurídica, a diferencia de otras áreas del conocimiento, tiende a asentarse mayormente en el prestigio de sus autores más que en la utilización de teorías validadas.

racional: la distinción entre verdadero y probado.

Al identificar aquello que está probado con aquello que es verdadero, la decisión del juez no tendrá que ser mayormente justificada, puesto que el resultado es incuestionable. No queremos decir que, en este caso, estemos frente a sentencias puramente resolutivas, sino que las consideraciones tomadas por el juez se limitarán a determinar si se cumplen o no los requisitos establecidos por la ley para dar por probado un hecho (Dei Vecchi, “Acerca de” 245).

Finalmente, en un sistema de prueba legal o tasada, la pregunta por el estándar probatorio no tienen mayor sentido. Establecer los criterios que permitan determinar que un enunciado se encuentra suficientemente probado no es funcional, puesto que solo es necesario que se verifiquen los requisitos legales.

## 2.2. SISTEMA DE ÍNTIMA CONVICCIÓN

En este caso, a diferencia del sistema de prueba legal o tasada, prevalecerán los estados subjetivos de convicción del juez para tener por probado un enunciado. Es decir, basta que el juez se sienta convencido o seguro para tener por probado el hecho (Dei Vecchi, “Acerca de” 246).

Una cuestión problemática que presenta este sistema radica en que la ausencia del estado subjetivo del juez implicaría la ausencia de prueba; sin embargo, no creemos que dicho estado subjetivo deba prevalecer ante la presencia de material probatorio que, en condiciones similares, sí podría ser considerado suficiente. Lo anterior puede suceder en tanto este sistema descansaría en dos presupuestos (Stein 249): i) que los jueces son capaces de actuar racionalmente cuando valoran los hechos basados en las pruebas; y ii) que la relevancia y el peso de la prueba pueden ser determinados por los jueces sin apelar a preferencias de valor.

Si bien tales supuestos no son suficientes para concebir una valoración como racional,

ello aparece más problemático en el sistema de íntima convicción (puesto que al sobreponerse la creencia: la racionalidad se convierte en ilusión). La superación de tales supuestos parecería venir de la mano del establecimiento de reglas que, por una parte, permitan la libertad de prueba y, por otra, permitan el control sobre dicha actividad. De cualquier forma, vale prevenir, que no se trata realmente de un conflicto entre la epistemología y los valores que el derecho pretende proteger; sino más bien puramente de un conflicto entre valores, toda vez que la averiguación de la verdad también es un valor para el Derecho (Ferrer Beltrán, “La prueba es libertad” 9–14).

En cuanto a la decisión y su relación con el estándar de prueba. Este tipo de sistema no prescinde necesariamente de la utilización de estándares probatorios, los cuales pueden ser establecidos por el legislador disponiendo cuál estado de convicción sería necesario (Dei Vecchi, “Acerca de” 246). Sin embargo, a pesar de que –en apariencia– exista un estándar de prueba, este sistema prescinde de dar razones epistémicas en favor del enunciado probatorio. Dicha cuestión manifiesta su carácter absolutamente subjetivo e irracional, bastando que el juez logre un momento místico que será capaz de suplantar a las pruebas o permitir su evaluación discrecional e indiscutible (Dei Vecchi, “Acerca de” 246; Gascón Abellán, “Concepciones” 48).

### 2.3. LA SANA CRÍTICA

Continuando con el esquema propuesto, se suele caracterizar a la sana crítica como un método de apreciación de la prueba donde el juez valora conforme a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados (Leguisamón 103). Además, este sistema está recogido expresamente en el CÓDIGO DEL TRABAJO, el cual establece:

ART. 456. El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o

antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.

Entonces, ¿qué es la sana crítica? El problema aquí es que difícilmente podría ser definida sin llegar a la redundancia. Suele decirse que, en realidad, la sana crítica no tiene una definición exacta, sino que se intuye (Leguisamón 105). Sin embargo, ello no resuelve nada.

De cualquier forma, la sana crítica es el sistema que más aceptación genera desde una perspectiva racional. Pues es el espacio donde se tienden puentes no solo desde el derecho y la epistemología, sino que también se nutre desde otras áreas –superando así la debilidad disciplinaria que antes mencionábamos– abriendo puertas a expertos de diversas disciplinas para aprovecharnos de sus resultados dentro del proceso; cuestión que no ocurre en ninguno de los otros dos sistemas mencionados (Coloma Correa, “La caída” 211–12).

Ciertamente no es este el lugar para zanjar la caracterización de la sana crítica. Sin embargo, debemos señalar que esta suerte de indeterminación no es razón suficiente para proclamar su fracaso y menos su irracionalidad. En tal sentido, nos parece útil partir caracterizando qué no es la sana crítica y cuál es su contenido mínimo.

Entonces, ¿qué no es sana crítica? Para responder tal pregunta recogeremos lo expuesto por Rodrigo Coloma, para quien no es sana crítica (“Realmente” 763–64): i) un sistema en que existan reglas que determinen pormenorizadamente las conclusiones a las que el juez debe arribar; ii) un sistema en el que la determinación de los hechos se abandona a la íntima convicción de los jueces; y iii) tampoco lo sería un sistema en que haya absoluta libertad para establecer un hecho como probado.

Como contrapartida a este planteamiento, el mismo autor señala cuál es el contenido mínimo de la sana crítica (“Realmente” 764–65), siendo aquel un sistema: i) en que se reconocen espacios de discrecionalidad para los jueces, aunque excluyendo reglas de carácter exclusivamente permisivas; ii) donde existen algunas restricciones a las conclusiones a las que puede llegar el juez a partir de los elementos de prueba, es decir, donde existan mecanismos de

validación de enunciados que puedan ser derrotables; y iii) donde existan límites a la subjetividad judicial, lo cual supone que el juez se haga cargo de todos los elementos de juicio y la forma en que a partir de ellos arriba a determinada conclusión.

Creemos que lo expuesto es suficiente, para los efectos de este trabajo, para caracterizar este sistema (al menos en los términos que han sido caracterizados los sistemas anteriores). De cualquier forma, sería pertinente realizar algunas prevenciones, ya no sobre el sistema de sana crítica, sino más bien ligadas a los mecanismos de validación que son usados con mayor frecuencia.

En primer lugar, al referirnos a las reglas de la lógica; el contenido mínimo viene dado por entenderlas como formas de razonamiento válidas ya sea deductiva, abductiva o –al menos– inductivamente. Ello guarda importancia en tanto se busca evitar que a partir de razonamientos verdaderos<sup>6</sup> se llegue a conclusiones falsas<sup>7</sup> (Hernández Marín 137).

En segundo lugar, respecto a las máximas de la experiencia; se dice que estas responden a “... una tendencia a articular una noción de generalización de sentido común –con el objetivo de adscribirle un estatus epistémico menos vago– haciendo referencia a la ‘experiencia’ que debe servirle de sustento” (Taruffo, *Artículos y conferencias* 159). Así, y como señala Taruffo, se parte de la idea que la experiencia permitiría el establecimiento de máximas, las cuales se obtienen a partir de un gran número de casos particulares (*Artículos y conferencias* 160). El problema que tiene esta noción tiene que ver con la confusión existente entre generalidad y generalizaciones (que se basan a su vez en prejuicios y estereotipos). En tal sentido muchas veces las máximas no son generales, además que difícilmente se podría anunciar cuándo ha surgido o no una nueva máxima (*Artículos y conferencias* 160).

Finalmente, un sistema de sana crítica racional no puede verse completo sin que el proceso y resultado de la valoración se exteriorice. Esto es fundamental, puesto que de otra

---

6 Es decir, enunciados fácticos que han reunido las condiciones necesarias para ser establecidos como probados y cuyas condiciones justifican, en términos de aceptabilidad, ser considerados como verdaderos.

7 Es decir, que no hayan razones que justifiquen aceptar el enunciado como verdadero.

forma el modelo de sana crítica no deja de ser un “mantra” que se repite hasta el cansancio (Vázquez-Rojas 580). Dicho de otra forma: el juez debe explicitar la forma en que valoró la prueba, cuáles fueron sus razonamientos lógicos, qué máximas de la experiencia utiliza, cómo se entrelaza con el conocimiento científico integrado al proceso y cómo, todo lo anterior, le permite establecer el peso y valor de todos los elementos de juicio (Coloma Correa, “Realmente” 764).

En este punto debemos ser claros, si no se exterioriza el proceso de valoración del conjunto de elementos de juicio y simplemente se confía en que el juez, internamente, utilice las reglas de la sana crítica, en el sentido de invocar las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y conocimiento científico: estaríamos simplemente ante un giro semántico de la íntima convicción, no debiendo ser considerado un sistema de sana crítica racional.

### 3. ESTÁNDARES PROBATORIOS

¿Qué es un estándar de prueba? Gascón los define como “... los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho, o sea, los criterios que indican cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe” (“Sobre la” 128). Por su parte, para Larry Laudan los estándares de prueba tienen como función indicar al investigador (no solo en el contexto judicial) cuándo es aceptable considerar que algo está probado, es decir: “... cuando la relación entre la prueba y las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los fines pretendidos” (Laudan, “Por qué” 104)

Ahora bien, fijar un estándar de prueba no es simplemente establecer los criterios que permitan dar por probada (o no) una hipótesis. Como ya hemos señalado, determinar el límite de suficiencia epistémico para establecer que un hecho está probado importa necesariamente un juicio de suficiencia axiológico (Dei Vecchi, “Acerca de” 253). Si consideramos, además, que el resultado del razonamiento probatorio debe ser adoptado en términos de probabilidad, podemos concluir que la adopción del estándar de prueba no es una cuestión puramente epistémica (Laudan, “Por qué” 96–97). En este sentido, el estándar de prueba tiene la función de distribuir los posibles errores en la decisión judicial y, por ello, puede sostenerse que la

adopción de un estándar de prueba se trata de una decisión valorativa; puesto que hay errores que serían más aceptables que otros (Taruffo, “Tres observaciones” 117; Gascón Abellán, “Sobre la” 129–30).

Los errores a los que hacemos referencia suelen ser de dos tipos. El primer tipo de error es el falso positivo, el cual consiste en aceptar como verdadero algo que no lo es. El otro tipo de error es el falso negativo, que consiste en no aceptar como verdadero algo que sí lo era (Accatino Scagliotti 487). De lo que trata esta distribución de error no es tanto sobre si el hecho que fue aceptado o descartado era (o no) verdadero, sino más bien que un estándar probatorio particularmente exigente hará más difícil para una de las partes que su versión de los hechos se dé por probada.

Esta decisión valorativa tiene como base la importancia que se le entregue a la protección de los intereses de las partes involucradas. De esta forma, si los intereses o derechos afectados de las partes reciben la misma protección, basta con el establecimiento de un estándar de prueba mínimo sujeto a criterios racionales. Este mínimo racional suele traducirse en la regla de “más probable que no” y se identifica con la idea de posibilidad preponderante o prevaleciente. Según este estándar, la hipótesis del hecho será aceptable cuando esta sea más probable que cualquier otra hipótesis alternativa sobre el hecho y que, también, dicha hipótesis sea más probable que la no ocurrencia del mismo (Gascón Abellán, “Sobre la” 130).

Cuando los intereses de una parte reciben mayor protección que los de la otra, el estándar de prueba será más exigente. Este tipo de estándar es el que típicamente se utiliza en materia penal bajo la nomenclatura de “más allá de toda duda razonable”. Se podría sostener que, fuera del ámbito penal, también puede utilizarse un estándar más exigente, que se suele denominar como probabilidad cualificada<sup>8</sup> (Larroucau Torres 790–92). En cualquier caso, no es del todo claro a qué criterios debe recurrir el juez para dar por cumplida esta mayor exigencia.

---

8 Que de cualquier forma no tendría el mismo nivel de exigencia que el estándar de prueba penal.

Finalmente, también podría ocurrir que los intereses de una de las partes reciba menor protección que los intereses de la contraria. En tal caso, el estándar de prueba será menos exigente y se situará por debajo de la probabilidad preponderante. Sin embargo, un estándar de este tipo trae aparejado una situación problemática: ello ocurre en la medida que se da por probada una hipótesis incluso si la contraria o su no ocurrencia son más probables (Accatino Scagliotti 486–87; Gascón Abellán, “Sobre la” 131). Debemos señalar que, a nuestro parecer, un estándar de este tipo solo puede ser justificado por criterios normativos expresos (Gascón Abellán, “Concepciones” 53; “Sobre la” 130). A continuación pasaremos a exponer en, forma sucinta, ciertos aspectos de los estándares probatorios de común uso en nuestro ordenamiento.

### 3.1. DE LA CERTEZA MORAL A LA DUDA RAZONABLE

El estándar de “más allá de toda duda razonable” es típicamente utilizado en materia penal. Creemos que resulta útil partir en este campo y no en el estándar probatorio civil por dos razones: i) porque el estándar de más allá de toda duda razonable goza de cierto grado de popularidad dentro de nuestra literatura jurídica; y ii) porque tiene recepción normativa. Así, en el CÓDIGO PROCESAL PENAL (CPP) se establece que:

ART. 340. Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

Dicho lo anterior, lo primero que debemos señalar es que este estándar se caracteriza por su mayor exigencia para dar por probada la hipótesis condenatoria. Esto se refleja en que el juez solo podrá condenar a una persona si, a la luz de los elementos de juicio, no surgiera

ninguna duda que pudiera justificarse racionalmente<sup>9</sup>. Así, parece sencillo utilizar un estándar de este tipo considerando los bienes jurídicos que hay en juego: el problema es que no es tan sencillo.

Como señala Daniela Accatino, a propósito de la evolución del estándar de prueba penal y la posterior implementación de este estándar en Chile, existe una lectura subjetivista del estándar que termina suprimiendo su fuerza normativa (497). Pues será suficiente la prueba que el tribunal crea suficiente. Ahora bien, este no es un problema aislado de nuestro ordenamiento.

La cuestión que queremos poner de manifiesto tiene que ver con si acaso es posible presentar una lectura objetiva de este estándar. Como ha señalado Laudan, creemos que ello no es posible (“Por qué” 100), puesto que detrás de la duda razonable no existen criterios respecto a que es aquello que debe contar como una prueba de la culpabilidad (“Por qué” 103; “Réplica” 154). En el mismo sentido dice que:

... el sistema lo único que les dice a los juzgadores de los hechos es lo siguiente: al final del juicio, piense detenidamente acerca de la evidencia; observe cuál es el nivel de confianza que ha alcanzado acerca de la culpabilidad del acusado; y, si usted está realmente seguro de que él cometió el crimen, entonces debe condenarlo; si, por el contrario, usted está algo menos que profundamente persuadido, absuélvalo (Laudan, “Por qué” 104)<sup>10</sup>

Lo que queremos rescatar, más que formular un estándar de prueba penal, es la necesidad de establecer estándares de prueba objetivos. Estos deben permitir tanto el establecimiento de criterios racionales para la adopción de la decisión (Laudan, “Réplica” 154), así como que estén sujetos a exteriorización y control (Accatino Scagliotti 502–09; Ferrer Beltrán, “La prueba es libertad” 18–19; Gascón Abellán, “Sobre la” 129–30; Igartua Salaverría 150; Laudan, “Por qué” 104–10).

---

9 Tal cuestión puede resultar problemática cuando el asunto no se resuelve por unanimidad del tribunal, pues negaría la racionalidad del voto de minoría (Accatino Scagliotti 500).

10 Para Laudan esto es una parodia de un sistema de prueba (“Por qué” 104).

### 3.2. ¿PROBABILIDAD PREVALECIENTE O ÍNTIMA CONVICCIÓN?

Nos habíamos referido al sistema de íntima convicción a propósito de los sistemas de valoración. Sin embargo, dicho sistema presenta otra cara: toda vez que si la valoración de la prueba se hace prescindiendo de exteriorización y control, la determinación de suficiencia que permite dar un hecho por probado no podría ser distinta.

También habíamos sostenido que el estándar de “duda razonable” goza de ciertos grados de popularidad dentro de la literatura jurídica, y dicha afirmación trae aparejada ciertas consecuencias. En tal sentido, Jorge Larrocau señala que en ciertas materias, como por ejemplo, en casos de responsabilidad, los jueces civiles hacen uso del estándar de íntima convicción. Lo problemático de este asunto no es solo que se propician los falsos negativos, sino que traslada el reparto de riesgos del derecho penal fuera de su marco de justificación (786–88).

De cualquier forma sostenemos que, a falta de criterios normativos (que en nuestro ordenamiento civil se pueden ver reflejado en la prueba legal), la decisión que debe tomar el juez debe fundarse en un estándar de probabilidad prevalente (Ferrer Beltrán, “La prueba es libertad” 7–8; Taruffo, *Artículos y conferencias* 103). Sin embargo, a pesar de lo que ya hemos señalado, el criterio de asignación de probabilidad a la ocurrencia de un hecho y su medición frente a la probabilidad de su no ocurrencia, resulta vago si el estándar no es objetivo. Es más, la falta de determinación objetiva, al menos en los términos antes señalados, dejaría en manos del juez, y fuera de toda forma de control, la decisión final del asunto controvertido (Ferrer Beltrán, “Los poderes” 158–60).

Existen diversas alternativas que proponen un estándar de prueba objetivo con niveles de exigencia propios de la racionalidad, sin ser particularmente exigentes. Por ejemplo, Jordi Ferrer se muestra a favor de la utilización, en determinados contextos, del esquema de la inferencia de la mejor explicación, aunque con ciertas prevenciones, estas son (“La prueba de la causalidad” 226–30): i) que el estándar sea intersubjetivamente controlable; y ii) que se

incorpore un requisito de completitud del peso probatorio, ya que eso evitaría que se tenga que declarar como probada una hipótesis con escaso valor probatorio. Una versión similar también es seguida por Larrocau (798–803). Otra alternativa es la que propone Gascón, quien plantea la utilización de esquemas de confirmación (“Sobre la” 133–38). También podríamos mencionar la propuesta de Laudan, aunque ella va en la línea de un estándar penal, siendo por tanto más exigente (“Por qué” 107–10).

Sin duda que el establecimiento de estándares de prueba racionales y controlables es uno de los desafíos actuales del derecho procesal. Este desafío toma urgencia en lo que refiere al control de la decisión; puesto que su ausencia implica dotar al juez de poderes probatorios demasiado amplios (Ferrer Beltrán, “Los poderes” 160–61).

#### 4. LOS INDICIOS

Como hemos señalado al iniciar este trabajo, una de las grandes dificultades de la nueva justicia laboral tiene que ver con la llamada prueba de indicios contenida en el ART. 493 CDT, la cual establece que:

ART. 493. Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

En relación a lo anterior, el objeto de esta sección es conceptualizar los indicios y plantear su relación con la prueba indirecta. Luego, expondremos razones para sostener porque no se justifica distinguir funcionalmente entre prueba directa e indirecta.

##### 4.1. LOS INDICIOS Y SU RELACIÓN CON LA PRUEBA INDICIARIA

Iniciaremos señalando que indicio es “... cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar” (Taruffo, *La Prueba* 480; en sentido similar Donaires

Sánchez 117; y Rosas Yataco 291).

Cuando nos referimos a prueba indiciaria, presunciones, prueba de indicios, prueba circunstancial, inferencias indiciarias, etc.; nos estamos refiriendo a lo mismo, a prueba indirecta (Leguisamón 45–46). Dicho lo anterior, es claro que no debemos confundir a los indicios con las presunciones (o prueba indiciaria) ya que los indicios son el presupuesto lógico de la presunción; mientras que la presunción es el resultado de un raciocinio que permite establecer la ocurrencia de otro hecho (69).

Entonces, ¿qué es la prueba indirecta? Para responder tal pregunta, seguiremos a Carlos de Miranda, quien sostiene que habrían al menos tres lecturas al respecto (76–79). Una primera lectura indica que la prueba indirecta sería aquella en la que no se produce contacto personal y directo entre el juzgador y la realidad, sino que alguien o algo se interpone entre el juzgador y el *factoprobandum* (Miranda Vázquez 76). Una segunda lectura plantea que la prueba indirecta sería aquella que no tiene por objeto un hecho que forma parte del supuesto de hecho de la norma en disputa, sino que busca probar un hecho secundario (77). La tercera lectura plantea que la prueba indirecta es aquella en que la información que se proporciona al juez no guarda un vínculo directo con el hecho pero que permite establecer un vínculo racional asociativo con él (78–79).

Respecto a estas lecturas hay algunas cosas que vale la pena mencionar. En primer lugar, nos parece que poner el acento en la percepción del juez, a través del contacto directo con la prueba, es vago y poco atendible. Es vago pues se basa en algo tan genérico como la percepción del juez, y es poco atendible en tanto no sería cierto que el juez tenga una percepción directa (Taruffo, *La Prueba* 454), cuestión que solo podría suceder, por ejemplo, mediante la inspección personal.

En segundo lugar, no nos parece suficiente afirmar que la prueba indirecta es la que no tiene por objeto el hecho que forma parte de la controversia. Pues no explicaría los criterios que permitan a la prueba indirecta formar parte de los elementos de juicio; ya que no hace

referencia a algún grado de correlación significativo.

Así, y en conformidad con la tercera lectura planteada, sostendremos que la prueba es indirecta en la medida que ofrezca elementos de confirmación de la hipótesis sobre el hecho a probar y que tal confirmación es alcanzada mediante un paso lógico de un hecho a otro (Taruffo, *La Prueba* 256).

## 4.2. NATURALEZA JURÍDICA Y REQUISITOS DE LOS INDICIOS

Podemos sostener que los indicios podrían ser tratados como hechos, sin embargo, es necesario realizar un análisis más acabado tanto en lo referido a su naturaleza, como respecto a si presentan requisitos para su confirmación y, en caso afirmativo, cuáles serían estos.

### 4.2.1. NATURALEZA DE LOS INDICIOS

En este punto, nos parece acertado el tratamiento que realiza Héctor Leguisamón, quien se pregunta cuál es la naturaleza de los indicios, analizando si se tratan de: i) objeto de prueba; ii) argumentos de prueba; iii) fuentes de deducción; iv) medio de prueba; o v) fuentes de presunciones. El autor sostiene que se trataría de la última opción, ya que es a partir de los indicios que se obtienen las conclusiones necesarias para aplicar el razonamiento presuntivo, constituyendo su fuente (81). Expondremos, brevemente, algunas de las razones por las que se descartan las otras opciones.

En primer lugar, se sostiene que los indicios no son objeto de prueba puesto que no todos deben ser probados (Leguisamón 76). Ciertamente los indicios, en su calidad de hechos, sí pueden ser objeto de prueba; sin embargo, también pueden ser indicios los hechos no controvertidos. Negar a los hechos no controvertidos su carácter de indicios implicaría negar la existencia de los primeros, eliminando así su efecto jurídico (73–74).

En segundo lugar, los indicios no serían argumentos de prueba, puesto que entenderlos

como resultado de las pruebas aportadas al proceso generaría confusión, ya que se centra solo en los hechos materia de prueba y, es preciso acotar, que hay hechos indiciarios que no lo son (Leguisamón 76–77).

En tercer lugar, entender los indicios como fuente de deducción debe descartarse puesto que el razonamiento que utiliza el juez para darlos por establecidos no es solo deductivo (Leguisamón 77).

Finalmente, los indicios tampoco serían medio de prueba. Si los indicios son hechos, es contradictorio que puedan ser medios de prueba; no pueden ser ofrecidos como prueba, no pueden ser ordenados ni producidos, tampoco precluiría la oportunidad para presentarlos (Leguisamón 79). Si aceptásemos que son un medio de prueba, estaríamos sosteniendo que la prueba se debe probar. Finalmente, se sostiene que si realmente fueran medios de prueba, los requisitos de los indicios no tendrían sentido (81).

#### 4.2.2. REQUISITOS DE LOS INDICIOS

En cuanto a los requisitos de los indicios, Leguisamón sostiene que la doctrina ha elaborado una serie de requisitos que, si bien no se trata de un catálogo único, pueden reducirse a cinco (Leguisamón 83–97): i) deben ser probados; ii) número; iii) gravedad; iv) precisión; y v) concordancia. Estos requisitos parecen no distar realmente de lo establecido en el ART. 1712 del CÓDIGO CIVIL (CC):

ART. 1712. Las presunciones son legales o judiciales.

Las legales se reglan por el artículo 47.

Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes.

El problema es que mientras Leguisamón se refiere a los indicios, el ART. 1712 CC se refiere a las presunciones. Se sostiene que si la presunción es el resultado del razonamiento, la exigencia que se hace al juez no debería mostrar diferencias significativas en cuanto a la valoración de los demás elementos de juicio; por lo tanto, no sería adecuado sostener que las presunciones deban ser graves, precisas y concordantes, sino más bien los hechos indicativos

lo serían (Leguisamón 92–93). Esta confusión deviene del tratamiento indistinto que recibe el concepto de presunción como actividad y como resultado (Gama Leyva 66), por lo que sostener que dichos requisitos no se corresponden al hecho presumido sino al hecho indicativo no altera realmente el sentido de la norma.

Volviendo a los requisitos, creemos que no debería haber mayor discusión en cuanto a la gravedad, precisión y concordancia, en la medida que ellos son criterios que sugieren al juez la forma de valorar los hechos indicativos. Ello no es más que un mandato de valoración racional de dichos elementos (en mayor profundidad Taruffo, *La Prueba* 472–78).

En cuanto al número, sostenemos que no debe entenderse como requisito puesto que bien podría darse por establecida la presunción a partir de un hecho indicativo suficientemente grave (Leguisamón 93–94). Por lo demás, esta posibilidad se encuentra explícita en nuestra legislación. Así, como se establece en el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL:

ART. 426 (428), Las presunciones como medios probatorios, se regirán por las disposiciones del artículo 1712 del Código Civil.

Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.

Quizás el único requisito que puede ameritar un comentario adicional sea el que deban ser probados. En tal sentido, es evidente que se refiere a los indicios y no a las presunciones, puesto que el hecho presumido es el resultado de un razonamiento, siendo así un hecho probado. La cuestión recae, entonces, si los indicios deben ser probados. Ante esto, responderemos que sí, aunque no siempre. Solo los hechos controvertidos deben ser probados y los hechos indicativos bien podrían no ser controvertidos, lo que no implica que no formen parte del conjunto de elementos de juicio (Leguisamón 95–97). Así, para dar funcionalidad a este requisito, habría que sostener que las presunciones deben estar fundadas ya sea en hechos probados o en hechos exentos de prueba (96).

### 4.3. EL RAZONAMIENTO COMO EXCUSA DE DIFERENCIACIÓN

Tradicionalmente, se ha sostenido que la prueba directa tiene una cierta superioridad respecto a la prueba indirecta (relegándola a un papel secundario). Tanto es así, que se ha llegado a sostener que ante la existencia de prueba directa sobre un hecho, no debe admitirse prueba indirecta (Miranda Vázquez 74). A pesar de que no existe un cuerpo doctrinario que sistematice y defina esta idea, no por ello dejan de ser habituales las diferencias a la hora de tratar a la prueba directa e indirecta. La cuestión es que la idea de la superioridad de la prueba directa no tiene solo implicancias teóricas, sino que importan graves vulneraciones al debido proceso (75). En este apartado presentaremos los principales postulados de la que se ha denominado como doctrina de la hipoevaluación de la prueba indiciaria (DHPI).

La DHPI plantea que la prueba directa es superior, puesto que tiene mayor fuerza de convicción e inspira más confianza que la prueba indiciaria. Ello se sustentaría en que la prueba directa se presenta de inmediato ante el juez, no siendo necesario razonar sobre ella (Miranda Vázquez 80). La inmediación tiene, aquí, especial relevancia, puesto que al no mediar inferencias –se sostiene– no hay riesgo de incurrir en errores lógicos. Con la prueba indirecta ocurriría lo contrario, pues al ser estrictamente racional, es inevitable la posibilidad de adoptar una decisión errónea (80).

Si la prueba directa es superior, parece correcto sostener que en caso de existir prueba de este tipo no sería necesaria la prueba indirecta; esta solo debería ser utilizada cuando no se haya podido probar directamente. En este sentido, un ejemplo es lo expuesto por José Luis Ugarte, quien señala que la prueba indiciaria del ART. 493 CDT no será necesaria cuando el trabajador haya podido probar directamente (“Tutela laboral” 222). Incluso, señala Miranda, hay quienes sostienen que para usar prueba indiciaria debería probarse que no se está en posición de utilizar prueba directa (81); obviamente, esa prueba solo podría ser directa.

A propósito de la motivación de la decisión, los partidarios de la DHPI sostienen que la prueba indirecta debe ser fundada con mayor precisión que si se tratase de prueba directa

(Miranda Vázquez 81–82); ello supondría una suerte de presunción de veracidad.

A partir de estos argumentos, lo único que podríamos concluir es que la prueba indirecta debe ser excluida. Sin embargo, resulta paradójico que esta doctrina igualmente acepte la prueba indirecta en ciertas circunstancias; como un mal menor, a pesar de todos los males que se le atribuyen (Miranda Vázquez 81).

#### 4.4. LAS RAZONES CONTRA LA DIFERENCIACIÓN

En este apartado expondremos diversas razones para sostener no solo que la DHPI es errada, sino que permitan sostener la equiparación funcional entre la prueba directa e indirecta. Para ello, continuaremos con el esquema propuesto por Miranda, y agruparemos los argumentos en tres categorías<sup>11</sup>.

##### 4.4.1. ARGUMENTOS JURÍDICOS

a) La DHPI no solamente carece de fundamento legal para sostener el menor valor probatorio de la prueba indiciaria sino que, de seguir tal distinción, se vulneraría el principio de legalidad (Miranda Vázquez 82). Ello pues no cabe distinguir cuando la ley no lo hace.

b) Si para utilizar prueba indiciaria, es necesario probar la indisponibilidad de la prueba directa respectiva al hecho; estaríamos ante una prueba diabólica que quitaría toda la operatividad a la prueba indirecta (Miranda Vázquez 82). Dicha cuestión limitaría el derecho a la prueba (Taruffo, *Artículos y conferencias* 79) y, por tanto, vulneraría el debido proceso.

c) El empleo de presunciones no implica bajo ningún aspecto que se altere, invierta o traspase la carga de la prueba a la contraparte<sup>12</sup>. Pues cuando un hecho está (o se presume)

---

11 Carlos de Miranda plantea un cuarto grupo, que serían argumentos históricos (92–94). Sin embargo, para efectos de este trabajo, nos parece suficiente con mencionar los argumentos: jurídicos, epistémicos y lógicos.

12 Como analizaremos posteriormente, en general las presunciones no alteran la carga de la prueba. Sin embargo, bajo en algunos casos ello si podría ocurrir.

probado, no va a ser necesario aplicar la regla de la carga de la prueba.

#### 4.4.2. ARGUMENTOS EPISTÉMICOS

a) La DHPI se funda en un error conceptual, puesto que hace equivalentes métodos probatorios sustancialmente distintos (Miranda Vázquez 78–79). Recordemos que la labor del juez pasa por establecer razones que permitan justificar la decisión adoptada y, que tales razones tienen que ver con las informaciones que obtiene desde fuera del proceso.

Por una parte, dicha información puede provenir de la contemplación directa y personal de la realidad (en un sentido de percepción atencional). En tal caso, dicha contemplación tendría un correlato directo con la proposición fáctica en disputa y permitiría al juez extraer un enunciado descriptivo de la realidad. Por otra parte, podría también obtener tal información a partir de otras personas o instrumentos en los que se ha “estampado” la realidad –como sucede con los testigos–. En tal situación, la extracción del enunciado descriptivo tampoco se vería mediada puesto que se corresponden a la proposición fáctica en disputa. Estos métodos probatorios –perceptivo y representativo– engloban la idea de prueba directa (Miranda Vázquez 78–79).

La información que obtiene el juez de la realidad podría ser ajena a la proposición fáctica controvertida (siendo indiferente, en tal caso, que dicha información provenga de la apreciación personal o representativa), sin embargo, le permite establecer una asociación de ideas que permite obtener información sobre dicha proposición. Este método probatorio, crítico o lógico, se corresponde con la idea de prueba indirecta (Miranda Vázquez 78–79).

Vemos entonces que la distinción que estos tipos de prueba operan en distintos niveles, por lo que cualquier comparación, en este sentido, es profundamente artificial.

b) No hay razones que permitan sostener la distinción, puesto que no existen parámetros necesarios para realizar tal paralelismo. Ello pues, como se ha señalado, los métodos perceptivos, representativos y críticos son categorías distintas.

c) Respecto a la supuesta ventaja de la prueba directa, es cuestionable pretender que esta tenga una mayor simplicidad intelectual que la prueba indirecta y que de ello se derive una mayor fiabilidad (Miranda Vázquez 85). Por más que alguien crea que escuchar a un testigo sea más sencillo que buscar asociaciones lógicas entre los diversos elementos de juicio; ello implicaría olvidar que la prueba siempre debe analizarse en forma crítica, no basta simplemente con escucharla. Esta idea bien puede verse reflejada en aquella aceptación acrítica de la prueba en relación con el principio de inmediación. En tal situación, el juez, al poder interactuar directamente con el material probatorio, alcanzaría un mayor grado de convencimiento (subjetivo) puesto que no debe “pensar”, sino “escuchar” (Dei Vecchi, “Tres discusiones” 252; Gascón Abellán, “Concepciones” 50–51).

d) En cuanto a la mayor seguridad que entrega la prueba directa: esta tiene como fundamento el que solo habría un paso inferencial, a diferencia de la prueba indirecta que requiere al menos dos etapas. Si bien es cierta esta diferencia, en cuanto pasos inferenciales, de esto no puede concluirse una supuesta pérdida de valor en el razonamiento de los hechos (Miranda Vázquez 87).

e) Finalmente, es importante señalar que toda prueba directa es indiciaria en esencia. Lo graficaremos con el siguiente ejemplo: para que el juez pueda considerar probado un enunciado fáctico mediante la declaración de testigos, no solo deberá verificar que la afirmación se relacione directamente al objeto de la prueba; sino que deberá determinar que la declaración del testigo es fiable (Miranda Vázquez 88). Así, las conclusiones que se pueda arribar sobre la fiabilidad de la prueba no se fundan en prueba directa; ya que siempre terminan por fundarse en indicios, toda vez que es el punto de arranque de la valoración crítica de la prueba (88). En el fondo, toda la prueba –directa o indiciaria– deberá ser valorada, y para ello será necesaria la prueba indirecta (88–90).

#### 4.4.3. ARGUMENTOS LÓGICOS

a) No resulta coherente, en un sentido lógico, abogar por la menor calidad epistémica de la prueba indiciaria y, al mismo tiempo, sostener que a partir de ella puedan imponerse, por ejemplo, condenas penales (Miranda Vázquez 91). Sostener que la prueba indirecta es menos fiable que la directa debería implicar que la primera no debiese ser admitida en ningún contexto.

b) En caso de eliminar a la prueba indiciaria como elemento probatorio, se debería admitir que la prueba directa no contaría con ningún análisis crítico que legitime la aceptación o no de los enunciados fácticos (Miranda Vázquez 91). Ya nos hemos referido a la necesidad de valoración (que importa un razonamiento crítico-presuntivo) en apartados anteriores.

c) Finalmente, debemos descartar la idea de que los indicios solo se puedan probar mediante prueba directa. Puesto que –como se ha señalado– la prueba directa siempre importa indicios en su base, por lo que nunca podría probarse la fiabilidad de la prueba sin la prueba indiciaria (Miranda Vázquez 91). Respecto a esta cuestión, Leguisamón ha sostenido que no sería correcto limitar la prueba de los indicios a la prueba directa, y que se trata de una cuestión que deberá resolverse caso a caso (96–97).

#### 4.5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Visto todo lo expuesto en este apartado, sostendremos las siguientes conclusiones: i) que los indicios se refieren a hechos y que, como tales, son fuentes de presunciones; ii) que dichos hechos deben ser probados en la medida que sean controvertidos, pero pueden existir indicios que se encuentren exentos de prueba; iii) que los indicios deben ser valorados en razón de su gravedad, precisión y concordancia, no siendo necesaria su pluralidad; iv) que los indicios son una cuestión distinta que la prueba de indicios; v) que prueba indiciaria y presunciones son términos que se identifican y que, en último término, se refieren a prueba indirecta; vi) que la prueba indirecta tiene el mismo valor que la prueba directa, no habiendo conflicto entre ellas, sino que debe propiciarse su empleo conjunto.

## 5. LAS PRESUNCIONES

Ya hemos señalado que presunciones y prueba indiciaria son términos equivalentes. En esta sección abordaremos el concepto de presunciones y sus fundamentos. Nos referiremos también a la clasificación de las presunciones, lo que nos servirá para explicar su funcionamiento y su relación con la carga de la prueba.

### 5.1. CONFUSIONES EN TORNO A LAS PRESUNCIONES

Partiremos por sostener que, cuando nos referimos a presunciones, existe una cierta ambigüedad en tanto se utiliza de formas variadas y sin hacer diferenciación en cuanto al contexto en que se presentan. En tal sentido, Daniel Mendonca señala que el verbo “presumir” tiene muchos intentos de asimilación y, en su opinión, la que mejor lo representa es la idea de “aceptar” (Mendonca 84–85)<sup>13</sup>. Dicho así, aceptar “p” consistiría en usar “p” como premisa de razonamiento (85). De cualquier forma, también descarta otros conceptos como creencia y suposición, puesto que las creencias no están sujetas a adopción ni eliminación voluntarias, por lo que no puede decidirse tener creencias falsas (85–86). En cuanto a las suposiciones, se señala que estas carecen del rasgo práctico de la aceptación en el sentido que permiten generar la expectativa de que, a partir de dicha aceptación, se produzca una determinada consecuencia (86).

También refiriéndose a la ambigüedad que existe en cuanto al uso del concepto presunción, Raymundo Gama propone advertir cuales serían algunas de sus principales fuentes de confusión. Así, estas pueden surgir tanto por sus usos coloquiales, por confundir el resultado de la presunción con la actividad de presumir o por los distintos usos que se emplean en el derecho (66–67).

Creemos que no se justifican realmente tantas clasificaciones ni discusiones cuando, a

---

<sup>13</sup> De cualquier forma conviene señalar que, en este caso, la aceptación debe entenderse como actitud proposicional, no como estado mental (Aguiló Regla, “Nota” 650).

fin de cuentas, los postulados sobre las presunciones no son necesariamente incompatibles (Aguiló Regla, “Presunciones” 10). Así, creemos que un buen punto de partida es sostener que las presunciones son las implicaciones, hechas por la ley o el juez, que se extraen de un hecho conocido para llegar a un hecho ignorado (Leguisamón 14; Taruffo, *La Prueba* 471).

### 5.1. ¿ES PRESUMIBLE O DEBE PRESUMIRSE?

Un punto de partida útil para tratar a las presunciones es distinguir entre el sintagma “es presumible” y “debe presumirse” (Aguiló Regla, “Presunciones” 10).

Siguiendo a Josep Aguiló, partiremos con un ejemplo:

Un padre contrata los servicios de un detective para que encuentre a su hijo. Le cuenta que hace 15 años, tras una fuerte discusión, se fue de casa dejando una nota de despedida en la que decía que nunca más lo volverían a ver. Al cabo de un tiempo, el detective se reúne con el padre para informarle el resultado de sus pesquisas (“Presunciones” 10)

La situación que ocurre, a continuación, es que el detective informa que el hijo ha muerto. Pues este había naufragado y los servicios de salvamento no pudieron rescatar supervivientes ni cadáveres. Así “todo hace pensar que se hundieron con el barco”.

El ejemplo propuesto por Aguiló muestra claramente un razonamiento presuntivo, ya que tanto el detective como el padre presumen la muerte del hijo. En este caso también podemos identificar la estructura típica de estos razonamientos: i) un hecho base (el hundimiento del barco); ii) un hecho presumido (la muerte del hijo); y iii) una conexión o garantía (cuando hay un naufragio y no se tiene noticias de uno de los pasajeros en un tiempo razonable, es presumible que está muerto).

Lo relevante de este caso es que muestra a la presunción como una inferencia teórica que lleva de premisas verdaderas a conclusiones verdaderas. En tal sentido, Aguiló sostiene que “... la pretensión que incorpora el detective es de verdad; la regla de presunción utilizada

(la garantía del razonamiento presuntivo) es una proposición; el razonamiento del detective, y también el del padre, es razonamiento teórico ...” (“Presunciones” 12). Así, si se acepta la regla de presunción resultará entonces conveniente seguir su conclusión, puesto que dicha garantía expresa una regularidad o alta probabilidad de verdad (“Presunciones” 13). A nuestro juicio esta garantía no se justifica tanto en términos de probabilidad sino más bien en su generalidad o en máximas de experiencia<sup>14</sup>. De cualquier forma la acotación que hemos realizado no obsta a que la regla teórica que deviene de este tipo de razonamiento pueda formularse como “es presumible” (“Presunciones” 14).

También, conviene poner en evidencia que las presunciones se caracterizan por su derrotabilidad. Tradicionalmente, se suele decir que existen dos formas de oponerse a una presunción: i) mediante la estrategia del bloqueo, es decir, negar la ocurrencia del hecho base o; ii) mediante la estrategia de destrucción, es decir, probando que la conclusión es falsa (Mendonca 84). Podríamos agregar una tercera, consistente en negar los fundamentos empíricos de la presunción; es decir, impugnar la garantía (Aguiló Regla, “Presunciones” 13).

Otro ejemplo, el ART. 184 CC establece que “[s]e presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o separación judicial de los cónyuges”<sup>15</sup>.

Ciertamente, en este caso, estamos frente a una norma de presunción que sigue la siguiente estructura: i) hecho base (Y es hijo de la esposa de X y nació dentro del matrimonio); ii) hecho presumido (X es padre de Y); iii) garantía (si nace un niño dentro del matrimonio deberá presumirse la paternidad del marido).

En este tipo de situaciones, la garantía o regla de presunción se diferencia de lo que ocurre en los casos en que cierto resultado “es presumible”. Lo relevante, en las normas de presunción, tiene que ver con que su sujeto destinatario (el juez) deberá aplicarla, así como

---

14 Entendiendo que el grado de probabilidad de un enunciado probatorio tiene que ver con su grado de confirmación a la luz de los elementos de juicio disponibles.

15 Aguiló propone este ejemplo con la regla del ART. 116 del CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, la cual tiene contenido casi idéntico.

deberá aplicar cualquier otra norma válida. En tal sentido, Aguiló sostiene que "... las normas de presunción obligan al juez a usar una cierta premisa en la resolución de los casos en que estas normas sean aplicables" ("Presunciones" 16).

Llegados a este punto, creemos que la regla general de presunción no genera mayor inconveniente. En el sentido de que la regla "es presumible" se corresponde con lo expuesto en la sección anterior a propósito de la prueba indirecta. Entonces, más allá de que igualmente nos referiremos con algún grado de detalle a estas presunciones, continuaremos el análisis a propósito de las normas de presunción y algunos de sus puntos espinosos.

## 5.2. LAS NORMAS DE PRESUNCIÓN

En primer lugar, nos centraremos en sostener que razón (o razones) son las que justifican que la ley establezca que en caso de "p", deba procederse como si "q" estuviera probado. Más allá de quienes señalan que las normas de presunciones sirven para el establecimiento de la verdad procesal y no material (Aguiló Regla, "Presunciones" 16)<sup>16</sup>, la cuestión radica en que las normas sobre presunciones no tienen una justificación epistémica.

Creemos que debería haber acuerdo en que una norma de presunción puede exponerse de esta forma: "[d]ado que es el caso de que p, debe procederse como si q fuera verdadero, a no ser que, o hasta que, existan razones suficientes para creer que no es el caso de que q" (Mendonca 84). A partir de ahí, podemos señalar algunas cuestiones interesantes. Por una parte, las normas de presunciones no tienen tanto que ver con afirmar un hecho sino más bien a como proceder sobre su base (84), pues las presunciones tendrían por finalidad superar situaciones de *impasse*, ordenando al juez tomar una proposición como verdadera (Thayer 149). Por otra parte, si se ordena tomar la proposición como verdadera, parece evidente que las presunciones legales no tienen una estricta relación con la búsqueda de la verdad; solo disponen que se pase de una proposición a otra (Mendonca 84). En tal sentido, como sostiene

---

<sup>16</sup> A nuestro juicio esta es una distinción que no deberíamos asumir, puesto que tiene como base esta identificación entre verdad y prueba respecto a la cual nos hemos referido largamente. En tal sentido, nos parece que la diferencia radica en que las normas de presunción tienen una función no epistémica, por lo que su justificación viene dada normativamente.

Mendonca:

... la incorporación de presunciones por vía legal constituye un mecanismo del cual se vale el derecho, en general, para resolver en un sentido determinado aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si se han producido determinadas circunstancias correlacionadas con ciertas soluciones por normas del sistema en cuestión (95)

Por lo anterior, debemos aceptar que las normas de presunciones (y como veremos posteriormente, también las presunciones *hominis*) se caracterizan no solo por su carácter instrumental, sino que por su parcialidad; en el sentido de que al operar necesariamente favorecen a alguna de las partes (Aguiló Regla, “Presunciones” 16–17).

Entonces, si tomamos este rasgo de parcialidad de las presunciones debemos preguntarnos acerca de las razones (no epistémicas) que lo justifican. Respecto de esta situación, se suelen sostener consideraciones de diversa índole. Estas, señala Mendonca, pueden ser al menos de tres tipos (95): probabilísticas (es más o menos frecuente “q” que “no-q”, en caso de “p”); valorativas o garantistas (las consecuencias de presumir “q”, en caso de “p”, serían más o menos graves que las consecuencias de presumir “no-q”, en caso de “p”); o de equilibrio probatorio (es más o menos fácil producir prueba en favor de “q” que de “no-q” en caso de “p”).

En segundo lugar, si bien existe discusión sobre las concepciones de las presunciones (la cual deriva del enfrentamiento entre quienes abogan por una concepción unitaria de presunciones frente a los que sostienen una concepción plural<sup>17</sup>); creemos que, para los efectos de este trabajo, no resulta fundamental resolver tal disputa. Bastará con tener presente que las normas de presunción son mandatos legales y que –tanto las normas de presunción como las presunciones *hominis*– tienen una estructura de razonamiento a partir de la cual se permite dar por probado un hecho desconocido.

---

17 Quienes abogan por la concepción unitaria sostienen que todas las presunciones comparten tanto sus características como su estructura. Por la otra parte, quienes son partidarios de la concepción plural señalan que las presunciones legales no serían asimilables a las judiciales; ello pues, no darían cuenta del carácter normativo de las presunciones legales (En mayor profundidad Gama Leyva 69–75)

A continuación nos referiremos con cierto grado de profundidad a las normas de presunción (tradicionalmente llamadas presunciones legales). Para ello usaremos el esquema tradicional que las distingue entre simplemente legales y de derecho. Sin embargo, expondremos algunas confusiones y posibles puntos de salida, también daremos énfasis en la derrotabilidad como elemento diferenciador. Una prevención, sostener que una presunción no admita prueba en contrario, es una cuestión distinta a afirmar que no se admita prueba para destruir el hecho indicativo de la presunción (obstaculizarla). En tal sentido, lo que las llamadas presunciones de derecho prohíben es la admisión de excepciones a la norma de presunción, prohíben por tanto su derrotabilidad (Aguiló Regla, “Presunciones” 21).

#### 5.2.1. PRESUNCIONES *IURIS TANTUM*: ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

Se suele señalar que este tipo de presunciones tienen un fuerte vínculo con la regla de carga de la prueba (Gama Leyva 75; Ruiz Sanz 484). Sin embargo, aceptar la idea que todas las presunciones relativas alteran la carga de la prueba no permite explicar a cabalidad la totalidad de estas presunciones. Es por ello que las normas de presunciones se suelen dividir en dos tipos: i) presunciones en sentido estricto; y ii) presunciones aparentes o verdades interinas.

Las presunciones en sentido estricto serían aquellas que cuentan con los elementos tradicionales del razonamiento presuntivo: un hecho indiciario, nexo causal y un hecho presumido. Así, si se prueba el hecho base, se tiene por probado el hecho presumido. En este caso, no existiría realmente una alteración en la carga de la prueba pues, como sostiene Aguiló, estas presunciones

... implican una modificación del *thema probandi*: la distribución de la carga de la prueba no se ve afectada en o que se refiere a la iniciativa probatoria de las partes (no afecta al quién tiene que probar) pero si a los hechos que se tienen que probar; pues el hecho presumido sólo podrá ser tenido en cuenta cuando la parte favorecida por él haya acreditado el hecho base (“Nota” 652)

Un ejemplo de este tipo de presunción puede ser la contenida en el ART. 1570 CC:

ART. 1570. En los pagos periódicos la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor

En caso alguno esta regla va a permitir que se presuma el pago si es que el acreedor no prueba que este no ha ocurrido (es decir, no se invierte la carga de la prueba). Sino que es posible evidenciar los tres elementos del razonamiento presuntivo: i) hecho base (el pago de tres periodos determinados y consecutivos); ii) hecho presumido (el pago de los periodos anteriores); y iii) una garantía (cuando se realizan pagos de periodos consecutivos, y el acreedor no manifiesta disconformidad, debe presumirse que los periodos anteriores están pagados).

Las presunciones aparentes, o verdades interinas, serían aquellas que si bien tienen la apariencia de presunciones, su única función es la de establecer un reparto del *onus probandi* (Aguiló Regla, “Nota” 652). Se dice, en general, que el derecho plantea dos mecanismos mediante los cuales alterar la carga de la prueba, estos pueden ser: i) mediante una norma expresa<sup>18</sup>; o ii) mediante falsas presunciones<sup>19</sup>.

La diferencia central en las normas de presunción tiene relación con la carga de la prueba. Por una parte, las presunciones en sentido estricto, no alterarían la carga de la prueba sino solo al *thema probandi*, pues no dispensan de la necesidad de probar el hecho indicativo (Aguiló Regla, “Nota” 653). Por otra parte, las presunciones aparentes serían en realidad reglas sobre la carga de la prueba, pues la parte favorecida queda exonerada de la prueba de cualquier hecho relacionado con el hecho presumido (“Nota” 653).

De cualquier forma, a pesar de poder distinguir entre presunciones que afectan al *onus probandi* y otras que afectan al *thema probandi*; ello no sería una buena razón para desterrar a

---

18 Como ocurre en el ART. 1547 INCISO 3° CC: “[I]a prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

19 Un ejemplo es el ART. 707 CC referido a la buena fe posesoria.

las presunciones aparentes de las normas de presunción. La cuestión central es que en ambos casos se ordena tener un hecho como probado; en un caso sometido a una condición y en el otro sin condición alguna (Aguiló Regla, “Presunciones” 22). Lo interesante aquí es que dicho elemento condicional puede ser explicado a través de otra distinción: reglas y principios. En tal sentido, Aguiló sostiene que:

Los principios son un tipo de pauta de conducta, de normas, cuyas condiciones de aplicación derivan exclusivamente de su contenido; y, en este sentido, establecen deberes o mandatos incondicionados, no sometidos a condición alguna. A diferencia de ellos, las reglas son normas que sí cuentan con condiciones de aplicación adicionales a (que van más allá de) las que derivan de su propio contenido; por ello en su formulación adoptan típicamente una estructura condicional (“Presunciones” 23)

A partir de esta diferencia estructural pueden plantearse conclusiones interesantes. Por una parte, si en las presunciones-regla la obligación del juez de dar un hecho por probado esta sometida a condición; cuando no se prueba el hecho base no tendría la obligación de adoptar dicha conclusión (Aguiló Regla, “Presunciones” 23). Por otra parte, en las presunciones-principio, la obligación de aceptar el hecho desconocido como probado no está sometida a condición alguna; es decir, no es necesario probar un hecho base (“Presunciones” 23).

La cuestión entonces, como señala Aguiló, es que la formulación legal de las presunciones-principio carece de relevancia, puesto que bien podrían ser consideradas como principios implícitos: ello pues “... tienen (y les atribuimos) un alcance justificativo y explicativo de las instituciones y los procedimientos en los que operan mucho mayor que el de las reglas ...” (“Presunciones” 24). Para explicar esta situación (el contenido categórico y no condicional de estas presunciones), Aguiló sostiene que si se reformulan estas normas bajo estructuras condicionales o hipotéticas, estaríamos frente a normas redundantes. Así, por ejemplo: podría decirse que “si alguien es poseedor, debe presumirse la buena fe en la posesión”; o, “si alguien es acusado, debe presumirse la inocencia del acusado” ¿Qué ocurre si eliminamos los antecedentes? En tal caso no habría una distancia significativa respecto a las presunciones-regla (más allá de eliminar el factor condicional) puesto que en ambos casos se obliga al juez a dar un hecho por probado (“Presunciones” 24).

Si lo expuesto aquí es correcto, diremos que las normas de presunción (“debe presumirse”) se caracterizan tanto por la inimpugnabilidad de la garantía como por su derrotabilidad. La cuestión relativa a si alteran o no la carga de la prueba, si bien puede ser una distinción útil, no es suficiente para desterrar a las presunciones-principio de esta categoría, por lo que consideramos inadecuado referirnos a ellas como falsas presunciones.

#### 5.2.2. PRESUNCIONES *IURE ET DE IURE*: NORMAS BASADAS EN UNA PRESUNCIÓN

Las presunciones de derecho, o *iure et de iure*, son normas cuya función consiste en la aplicación del derecho objetivo; en tal sentido, se dice que no importan una norma de presunción (“debe presumirse”) sino que se caracterizan por dar una consecuencia jurídica a un hecho (Aguiló Regla, “Presunciones” 26; Gama Leyva 73). En tal sentido no serían realmente presunciones puesto no operan en el terreno de la verdad fáctica (Aguiló Regla, “Nota” 658).

Respecto a esta categoría, se suele decir que lo que la diferencia de las presunciones simplemente legales es su derrotabilidad. Sin embargo, ello no quiere decir que exista una prohibición de prueba. Sino que se trata de una imputación normativa que se traduce en un resultado institucional, por lo que el resultado se encuentra fuera del ámbito de la prueba (Aguiló Regla, “Nota” 658). En este sentido, Aguiló propone el siguiente ejemplo:

Imaginemos una regla en materia fiscal que estableciera que las donaciones realizadas durante los cinco años anteriores a la muerte del causante se entenderán hechas a título sucesorio y que el tratamiento fiscal de la donación fuera diferente al de la sucesión. Situaciones semejantes a esta son tratadas en ocasiones como presunciones ... sin embargo ... difícilmente pueden explicarse a la luz de la relación entre hecho probado y hecho presumido, puesto que en realidad no se presume ningún nexo entre hechos ‘naturales’ susceptible de ser bloqueado o destruido. Lo que hay es un único hecho ‘natural’ que bajo ciertas condiciones da lugar al resultado institucional donación ... y que bajo otras condiciones da lugar al resultado institucional sucesión ... (“Nota” 658–59)

A partir de dicho ejemplo queda claro que las presunciones *iure et de iure* no tienen

una función relacionada con la comprobación del enunciado. Por lo tanto, no obligan al juez a tener por cierto un hecho desconocido a partir de la prueba de otro hecho conocido. Sino que importan el establecimiento de una consecuencia jurídica a un hecho, la particularidad es que dichas consecuencias no son derrotables (Aguiló Regla, “Presunciones” 28). Desde esta perspectiva, la función de las presunciones *iure et de iure* es impedir que su conclusión sea tratada como una *quaestio facti* (“Presunciones” 28). En un sentido similar, Gama señala que mientras en:

... las presunciones relativas la presunción forma parte del contenido de la norma que establece la presunción. En las presunciones absolutas la presunción no forma parte del contenido de la norma, sino que constituye la premisa, la *ratio* que sirve para explicar o justificar los motivos que condujeron a la creación de una norma (Gama Leyva 75)

Estas razones nos parecen suficientes para no considerar este tipo de reglas como presunciones (en mayor profundidad Aguiló Regla, “Presunciones” 25–31).

### 5.3. LAS PRESUNCIONES *HOMINIS*

Creemos adecuado hablar de presunciones *hominis* y no de presunciones judiciales, puesto que estas últimas parecen sugerir que solo los jueces pueden realizar este tipo de razonamiento o que, cuando lo hacen, tendría alguna particularidad (Aguiló Regla, “Las presunciones” 101). De cualquier forma, en este caso estamos frente a la idea de “es presumible” a la que ya habíamos hecho referencia anteriormente.

En este tipo de presunciones, a diferencia de las normas de presunción, la garantía o regla de presunción es susceptible de impugnación. A pesar de que Aguiló proponga que estas inferencias teóricas permitan llegar de premisas verdaderas a conclusiones verdaderas (“Las presunciones” 102–04)<sup>20</sup>, nos parece que las conclusiones que puedan extraerse a partir de la lógica o máximas de la experiencia no devienen, necesariamente, en la verdad del enunciado

---

<sup>20</sup> No estamos sosteniendo que Aguiló abogue porque estas presunciones no sean impugnables, solo que a nuestro juicio tal carácter se justifica por razones distintas.

probado (Leguisamón 106–07). Es más, podríamos señalar que no siempre resultarían evaluables en términos de probabilidad, sino que estas máximas de la experiencia tienden a ser conformes al *id quod plerumque accidit* (Taruffo, *La Prueba* 504–05).

Que estas presunciones no se correspondan necesariamente con la verdad no es un asunto que debiera preocuparnos en demasía. La cuestión que cobra relevancia es que, en este caso, la garantía debe proporcionar una justificación adecuada para ser compartida y no impugnada (Aguiló Regla, “Las presunciones” 103). Ello implica una diferencia fundamental con las normas de presunciones, porque si bien en tal caso la regla de presunción podría tener algún tipo de justificación, solo será relevante su carácter normativo y no importan (en términos probatorios) las razones en que se justifica la norma.

De cualquier forma, tampoco deberíamos dar tantas vueltas con su justificación. Parece claro que cuando nos referimos a la prueba indirecta nos estábamos refiriendo a este tipo de razonamientos por lo que basta con remitirnos a lo ya expuesto.

Entonces lo que nos queda por señalar, como ya dijimos a propósito de las presunciones-regla, es que en este caso tampoco hay realmente una alteración a la carga de la prueba. En un sentido similar, Leguisamón sostiene que las presunciones no “... producen una inversión en la carga de la prueba, como entiende también alguna jurisprudencia ... sino que el *onus probandi* se mantiene intacto. Lo que sucede es que varían los hechos a probar” (59). Por lo tanto, podemos decir que las presunciones *hominis* también poseen una estructura condicional.

#### 5.4. PRESUNCIONES JURISPRUDENCIALES

Para referirnos a este tipo de presunciones es necesario situarlas. Así, podemos afirmar que estas presunciones son: i) impugnables; y ii) condicionales. Ello nos permite sugerir que forman parte de las presunciones *hominis* y, quizá, la única diferencia es que en este caso hay una fuerte sugerencia respecto a su utilización.

Al menos en nuestro ordenamiento, tal sugerencia no se traduce en deberes normativos, por lo que el juez no está obligado a aplicarla cuando se verifiquen sus circunstancias. Por lo tanto tal distinción no es realmente útil.

Parecería entonces que el único criterio para situar a las presunciones jurisprudenciales como una cuestión alejada de las presunciones *hominis* vendría dado por su pretensión de generalidad y establecimiento previo. Puesto que en ningún caso suponen un mandato al juez (“debe presumirse”), sino más bien –al menos en nuestro sistema jurídico– sugerencias o marcos aceptados de actuación (“se sugiere presumir”). No estamos de acuerdo con la idea que se trate de reglas que alteran la carga de la prueba (Gama Leyva 82) –así como sucede en las presunciones *hominis*– pues el *onus probandi* se mantiene intacto, lo que varía son los hechos a probar (Leguisamón 59).

De cualquier forma, esta supuesta alteración a la carga probatoria tiende a asociarse con los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, estableciendo lo que se conoce como cargas probatorias dinámicas (Gama Leyva 83). Nos referiremos a esta materia en el siguiente apartado.

## 5.5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Para cerrar esta sección, explicitaremos algunas de las conclusiones que hemos alcanzado. Así: i) las presunciones se caracterizan por su derrotabilidad; ii) las presunciones *hominis* son inferencias teóricas, por lo que siempre podrá impugnarse su garantía; iii) en las normas de presunción, la inferencia tiene una naturaleza práctica, por lo que no pueden ser impugnadas por su sujeto destinatario (y por ello basta su justificación normativa); iv) las presunciones-principio son normas no condicionales, a partir de allí es posible sostener que son reglas que alteran la carga de la prueba puesto que no requiere ningún esfuerzo probatorio por el sujeto beneficiado; v) las presunciones-regla son normas condicionales, por lo que no alteran la carga de la prueba, ya que en ningún caso se dispensa a la parte favorecida de probar.

## 6. LA CARGA DE LA PRUEBA

Que la prueba de indicios, contenida en el ART. 493 CdT, importa la alteración a la carga de la prueba es, con diferencia, la interpretación más asentada en nuestra literatura. De alguna forma, y con cierta ambigüedad, se sostiene que no estaríamos frente a un caso de estricta inversión de la carga de la prueba, puesto que el denunciante aún debe aportar indicios de la vulneración.

Esta no es la única interpretación que atañe a la noción de carga de la prueba. También se ha dicho que la regla podría ser una materialización de la institución conocida como cargas dinámicas. Si bien estos asuntos los trataremos posteriormente, creemos apropiado hacer algunas referencias a la carga de la prueba.

Como primer comentario, debemos señalar que la idea de carga de la prueba no ha sido una cuestión pacífica en la literatura jurídica, más allá del amplio reconocimiento que se le entrega a esta institución. Sin embargo, ello no implica que se trate de un concepto absolutamente ambiguo ni confuso. Así por ejemplo, se ha sostenido que:

...carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables (Peyrano 957)

De tal definición, debemos destacar algunas cosas. Por una parte, establecer que esta norma no es una regla probatoria en sentido estricto, puesto que no incide sobre la valoración ni sobre la determinación de los enunciados probatorios. Se tratan, en efecto, de reglas de juicio que operan en aquellas situaciones en que, ante insuficiencia de elementos de juicio, no pueda darse por establecido el enunciado que permita la aplicación de la norma. En el fondo, las reglas de la carga de la prueba permitirían determinar quien deberá soportar el resultado adverso ante la falta de prueba suficiente sobre un hecho en el proceso (Peyrano 960). Por otra parte, se suele decir que la carga de la prueba tiene una doble dimensión. Bajo esta

aproximación, se distingue entre la dimensión objetiva, material o directa y la dimensión subjetiva, formal o indirecta (Ferrer Beltrán, “Los poderes” 156). Sobre esta distinción haremos algunos comentarios.

#### 6.1. CARGA OBJETIVA Y SUBJETIVA: EL “DEBER” DE APORTAR PRUEBA

La carga de la prueba, en su dimensión objetiva, propone dar solución a aquellos casos en que no hay prueba suficiente para dar por establecido un hecho. Así, esta es una regla de juicio que se aplica al momento de la decisión, pero solo de forma subsidiaria (Ferrer Beltrán, *La Carga* 00:00:40-01:20). Dicho de otro modo: solo acudiremos a la regla de la carga de la prueba material cuando no hayan razones que justifiquen la adopción de la decisión en un sentido o en otro (Priori Posada y Pérez-Prieto 335–36).

En caso de indeterminación del resultado, hay dos alternativas: *non liquet* o, si lo que se pretende es evitarlo, establecer una regla que indique al tribunal como proceder en esta situación (Peyrano 958–59). En el fondo, la función de la carga de la prueba –en esta dimensión– no es otra que es determinar las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho.

En cuanto a la dimensión subjetiva de la carga de la prueba, podemos decir que se enfoca en quién tendría el deber de aportar prueba en el procedimiento. Al respecto, Ferrer sostiene que si bien esta dimensión es muy anterior a la dimensión objetiva, hoy en día es común considerar que la dimensión subjetiva deriva de la objetiva (*Carga dinámica*). Si entendemos que la incertidumbre respecto de un hecho puede significar la pérdida del procedimiento para una de las partes, ello también implicaría que esa misma parte deba aportar elementos de juicio para evitar el resultado adverso. Si lo anterior es cierto, debemos aceptar que la carga de la prueba –en su dimensión objetiva– establece incentivos para el comportamiento de las partes, y tal incentivo es lo que se conoce como carga subjetiva (*Carga dinámica*).

¿En qué consiste el deber de aportación de prueba? En torno a esta pregunta, se han desarrollado diversas respuestas, que podemos abordar desde dos perspectivas.

Por una parte, se dice que la carga subjetiva de la prueba se trata de una facultad que tienen las partes, puesto que no es un deber en sentido prescriptivo. O sea, no existe obligación de aportar ni sanción en caso de que no ocurra; este deber de aportar se cumple para evitar consecuencias desfavorables. En esta misma línea, podría decirse que más que una facultad, se trata de un poder entregado a las partes para incorporar elementos de juicio en el proceso. Sin embargo, coincidimos con Ferrer quien considera que esta forma de abordar esta institución es errónea; puesto que, evidentemente, la parte que no tiene la carga subjetiva de la prueba también tiene la facultad de aportar prueba (*Carga dinámica*). Por lo demás, parece que la facultad o poder de aportar prueba deriva del del derecho a la prueba y no de la carga subjetiva.

Por otra parte, se dice que la carga subjetiva de la prueba debería ser entendida como una regla técnica. Así, una regla técnica establece un deber técnico, no un deber prescriptivo. Es decir, no se trata que una parte tenga la obligación de aportar prueba; sino que, si quiere conseguir un objetivo (obtener un resultado favorable en relación a sus pretensiones) debe producir prueba (Ferrer Beltrán, *Carga dinámica*; Palomo Vélez 452–53).

Sin embargo, Ferrer sostiene que tampoco esta segunda formulación permite explicar realmente por qué la carga subjetiva deriva de la carga objetiva de la prueba. Puesto que estas son reglas distintas, se dirigen a sujetos distintos, tienen fuerza normativa distinta y se refieren a actividades probatorias distintas (*Carga dinámica*).

Así, la carga objetiva de la prueba es una regla que se dirige al juez y le permite establecer a que parte le asignará el resultado adverso en caso de no haber prueba suficiente. La carga subjetiva, en cambio, se dirige a las partes puesto que indica quién debe producir prueba. La fuerza normativa es distinta puesto que la carga objetiva es una regla prescriptiva, mientras que la carga subjetiva es una regla técnica. Además, la carga objetiva de la prueba

regula la decisión judicial, una vez aportados todos los elementos de juicio y solo en forma subsidiaria. La carga subjetiva, en cambio, versa sobre el momento de la adquisición de prueba y no en forma subsidiaria, sino que opera en todo caso. (Ferrer Beltrán, *Carga dinámica*)

Dicho lo anterior, resultaría complejo sostener que una regla deriva de la otra. Aunque ello no resulta suficiente para descartar alguna de estas nociones. Bien podría decirse que las disposiciones que establecen las reglas de carga de la prueba pudieran contener simultáneamente las dos reglas, pero que no tienen vinculación entre sí.

Otro problema de la carga subjetiva de la prueba tiene que ver con el principio de adquisición procesal. Bajo esta perspectiva, no es necesario que una parte aporte elementos de juicio al procedimiento. Lo que ocurre es que el juez, al final del procedimiento, debe valorar el conjunto de elementos de juicio con independencia de quien los aportó. Esto pues la prueba no solo es ofrecida por el demandante, el demandado también puede aportar prueba y bien podría ocurrir que dicha prueba pueda admitir –expresa o tácitamente– un determinado enunciado probatorio de su contrincante (Peyrano 960).

Si aceptamos lo expuesto, debemos concluir que no es necesario, para obtener una decisión favorable, que la parte aporte prueba sobre los hechos que alega. En tal sentido, tampoco podría entenderse esta carga subjetiva como una regla técnica. Entonces, si la carga subjetiva de la prueba no se deriva de la carga objetiva y tampoco es funcional a nuestros actuales sistemas procesales; lo mejor sería prescindir de esta noción (Ferrer Beltrán, *Carga dinámica*)<sup>21</sup>.

## 6.2. LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

Hay quienes sostienen que la prueba indiciaria del ART. 493 CDT se trataría, en realidad, de cargas probatorias dinámicas (Palavecino Cáceres, “Nuevo ilícito” 26; Santibañez Boric

---

21 Ferrer propone que bien podrían existir deberes de aportación, pero limitados a criterios normativos.

85)<sup>22</sup>. Es por ello que, como cuestión previa, en esta sección nos encargaremos de explicar esta institución y, por razones metodológicas, expondremos la crítica a esta institución en la sección siguiente.

Una de las cuestiones que toma como base la teoría de las cargas probatorias dinámicas tiene que ver con la rigidez de las reglas tradicionales de la carga de la prueba. Si bien se reconoce que las reglas ortodoxas distributivas del *onus probandi* deben aplicarse a los casos corrientes; en situaciones distintas a las habituales deberían usarse reglas distintas a las habituales. En tal sentido, Jorge Peyrano ha sostenido que en tales situaciones (como puede ser un caso de mala praxis médica) se debería optar por desplazar el esfuerzo probatorio de la parte demandante (víctima de la mala praxis) hacia la parte contraria que, en un principio, no soportaba la carga de la prueba fijada por reglas ortodoxas (970–71).

Una formulación aceptada de esta doctrina se traduce en que:

... frente a situaciones excepcionales que dificultan la tarea probatoria de una de las partes, se debe desplazar el esfuerzo probatorio respectivo hacia la contraria, por encontrarse ésta en mejores condiciones de acreditar algún hecho o circunstancia relevante para la causa (Peyrano 971)

Dicho de otra forma, la doctrina de las cargas dinámicas importa una excepción a las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, y que debe acudir a esta cuando las reglas tradicionales arrojen consecuencias injustas. Lo anterior podría ocurrir por diversos factores (en mayor profundidad Peyrano 972–73).

De cualquier manera, no se trata tanto de una teoría que invierta absolutamente la carga de la prueba como si respecto de determinados hechos o circunstancias. Es decir, que su “... aplicación no acarrea un desplazamiento completo de la carga probatoria, sino tan sólo parcial; conservándose en cabeza de la otra parte la imposición de ciertos esfuerzos probatorios”

---

22 Mencionamos a tales autores puesto que hacen referencia expresa a dicha institución, no porque aboguen por ella. Además, como analizaremos con posterioridad; quienes postulan la alteración a la carga de la prueba no se distancian realmente de la doctrina de cargas dinámicas.

(Peyrano 972). Dicho así, la parte sobre quién recaía originalmente la carga de la prueba aún debe aportar las pruebas que tenga a su alcance. Por ejemplo, en un caso sobre responsabilidad por mala praxis médica, la demandante debería acreditar la existencia de prestación médica, el daño o el nexo causal.

Visto así, parecería que esta doctrina importa un avance significativo en la materia. Sin embargo, veremos que presenta diversos problemas.

### 6.3. LOS PROBLEMAS DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

Ya nos referimos al problema de la dimensión subjetiva de la carga de la prueba. Ello es relevante en tanto la doctrina de la carga dinámica dice relación, justamente, con la imposición de este supuesto deber de aportar prueba en el proceso (Ferrer Beltrán, “Los poderes” 157). Sin embargo, esta no sería la única confusión que presenta esta doctrina, sino que pasaremos a exponer algunos problemas que les son propios.

En primer lugar, si la carga subjetiva de la prueba es un derivado de la carga objetiva, entonces la única forma de modificar el deber de aportación es alterando la regla que determina cuál de las partes deberá enfrentar el resultado adverso ante la falta de prueba. En este caso no solo hay un problema evidente desde la perspectiva de seguridad jurídica, donde la parte perjudicada por tal alteración va a encontrarse en una situación sorpresiva (Ferrer Beltrán, *La Carga* 00:06:00-38). Además, estaríamos frente a una suerte de subjetivismo judicial: si es el juez quien decide quien enfrentará el resultado adverso ante la falta de elementos de juicio sobre un hecho, no es otra cosa que decidir quién tendrá el resultado favorable en el proceso (“Los poderes” 156).

En segundo lugar, Ferrer sostiene que esta solución –alterar de la carga de la prueba–, se trataría de un caso de falacia de afirmación del consecuente (*Carga dinámica*). Es decir, si se decide que una de las partes tendrá un resultado adverso si no hay prueba suficiente; ello tendría el efecto de producir incentivos en el comportamiento procesal de la parte

eventualmente perjudicada. Sin embargo, esto no significa que la única forma de generar incentivos de aportación de elementos de juicio sea a través de la alteración a la carga objetiva de la prueba.

En tercer lugar, la doctrina de la carga dinámica de la prueba no serviría realmente para lo que se pretende. Esto se grafica analizando el caso, paradigmático, de la responsabilidad civil médica. Si imaginamos que el paciente demanda al hospital, el problema será que muchos de los elementos de juicio, necesarios para probar la pretensión de la demandante, están bajo control de la demandada. Se dice entonces que la demandante se encuentra en una posición injusta en la cual la carga de la prueba situada sobre sí no puede ser satisfecha; puesto que las pruebas que necesita no están a su disposición (Ferrer Beltrán, *La Carga* 00:04:35-05:33).

Si resolvemos dicha situación aplicando la doctrina de la carga dinámica, la carga de la prueba quedaría a manos de la demandada. Si bien ya se ha señalado que la inversión no sería total ni que recaer en todos los hechos, ella bien podría caer en la prueba de la negligencia. Entonces, si la parte demandada tiene el deber de aportar prueba de la negligencia, ¿significa que deberá aportar prueba de su responsabilidad? Parece claro que nadie va a traer prueba que sea contraria a sus intereses (Palomo Vélez 460); más aún, el hospital va a cumplir su carga aportando prueba que permita acreditar que no hubo negligencia alguna, aún si debe esconder aquella que le perjudica.

El problema, como sostiene Ferrer, es que existe confusión respecto de dos preguntas derivadas de la noción clásica de la carga de la prueba (Ferrer Beltrán, *La Carga* 00:07:25-08:22). En tal sentido, las dimensiones objetiva y subjetiva de la carga de la prueba nos llevan a creer que las preguntas respecto a quién pierde si no hay prueba suficiente y quién debe aportar prueba tienen la misma respuesta. El problema es que esto no es así.

Retomemos el caso de la responsabilidad civil médica: imaginemos que el hospital tiene el deber, en sentido estricto, de aportar cierta prueba al procedimiento. Imaginemos,

además, que la demandada cumple ese deber, ¿cuál de las partes deberá soportar la consecuencia adversa en caso que no se pruebe la negligencia médica? Parece claro que, si no se ha probado la negligencia y habiendo aportado prueba la demandada, la carga objetiva de la prueba sigue recayendo sobre la parte demandante. Entonces, Ferrer sostiene que si es posible atribuir deberes probatorios a una parte y la carga objetiva a la otra parte, entonces quien debe aportar prueba al procedimiento y quien pierde si no hay prueba suficiente son dos preguntas absolutamente independientes que la carga dinámica de la prueba trata de forma indebida (Ferrer Beltrán, *La Carga* 00:11:22-12:22).

Parecería entonces que la doctrina de la carga dinámica de la prueba no solo trae consigo problemas (insalvables) desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Sino que, como señala Ferrer, hay diversos argumentos que permiten sostener que siquiera es necesaria, puesto que sus finalidades bien podrían realizarse a través de reglas que: i) den cuenta del funcionamiento de los sistemas procesales; ii) que no importen problemas de seguridad jurídica.

## **CAPÍTULO II**

### **LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL**

En el capítulo anterior nos enfocamos a establecer ciertas bases sobre las que discutir la prueba judicial. Lo que toca ahora es avanzar hacia el procedimiento que forma parte de nuestro objeto de estudio: el procedimiento de tutela. Para ello iniciaremos realizando algunos comentarios respecto de la justicia laboral y sus principales características. Posteriormente, nos referiremos a las facultades probatorias del juez y los mecanismos de control sobre sus decisiones.

#### **1. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA “NUEVA” JUSTICIA LABORAL**

Con la implementación de la LEY N.º 20.087 (y las numerosas reformas que le sucedieron) se buscó subsanar las deficiencias del antiguo procedimiento laboral, el cual presentaba serios problemas en su funcionamiento y no era capaz de dar soluciones oportunas a los conflictos laborales (en mayor profundidad Lanata Fuenzalida y Walter Díaz 19–25). En ese contexto, se formuló un procedimiento que mejorara el acceso a la justicia y que, más importante aún, permitiera la tutela efectiva de los derechos laborales.

Para lograr subsanar las deficiencias del antiguo procedimiento laboral, se crea este nuevo procedimiento dotado de ciertas características. Entre ellas nos gustaría destacar: i) las amplias facultades directivas entregadas al juez; ii) el carácter predominantemente oral del procedimiento; y iii) la existencia de un procedimiento ordinario (de aplicación general) y diversos procedimientos especiales. En esta sección, además, revisaremos –en general– la presencia (o no) tanto de un sistema de valoración de la prueba como de estándares de decisión.

## 1.1. EL JUEZ COMO RECTOR DEL PROCEDIMIENTO

En el proceso laboral chileno se entregan diversas facultades al juez, no solo en materia probatoria, sino que además se le asigna una función cautelar respecto al proceso así como respecto a la pretensión del actor. En este caso, sus facultades pueden clasificarse, de acuerdo a sus fines en tres grupos: i) tomar una decisión fundada; ii) cautelar el procedimiento; y iii) asegurar el resultado de la acción, cuando corresponda.

Si bien analizaremos las facultades probatorias del juez en un momento posterior. Creemos conveniente mencionar que se ha sostenido que el objetivo del proceso (laboral) sería averiguar la verdad procesal conforme a la verdad material (Academia Judicial 23). Una afirmación como la anterior no solo resulta problemática por motivos antes expuestos, sino que no parece correcto identificar, necesariamente, el aumento de facultades del juez con una decisión dotada de mayor justificación.

Respecto a la función cautelar del juez –en el sentido de resguardar la corrección del procedimiento–, se le confieren amplias facultades. Así, dentro de su rol de dirección, deberá evitar la paralización del procedimiento (ART. 429 INC. 2º CDT) y adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias (ART. 430 INC. 1º CDT). No pretendemos hacer un examen acabado de estas atribuciones, simplemente diremos que estas (y otras) facultades que se le entregan tienen relación con procurar la tutela efectiva del derecho, que (ahora si) es la finalidad del proceso (Lanata Fuenzalida y Walter Díaz 108).

En cuanto a asegurar el resultado de la acción que se ejerza, al juez:

... se le reconocen facultades conservadoras destinadas a la determinación de aquellos en contra de quienes se dirige la acción o de su patrimonio, a objeto de asegurar el resultado de la acción que se ha ejercido, cuando se reconoce el derecho cuya declaración se solicita a fin de que pueda su titular hacerlo efectivo, obteniendo la satisfacción de los derechos que emanen de la sentencia que así lo establezca (Academia Judicial 23–24)

En tal sentido, el juez no solo está facultado para decretar las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción (ART. 444 CDT). Sino que podría, por ejemplo, (una vez iniciada la ejecución) ordenar la retención de devolución de impuestos a la Tesorería General de la República (ART. 467 CDT).

## 1.2. INMEDIACIÓN Y ORALIDAD

Una de las principales características del procedimiento laboral actual es la oralidad. A menos que la ley disponga lo contrario, la mayoría de las actuaciones se realizarán de esta forma (ART. 425 CDT).

El carácter oral de la justicia laboral podría ser asociado con la concentración y mayor celeridad en la tramitación del juicio, sin embargo ello no es necesariamente así. Al menos, esa no es la razón por la que se optó por un modelo oral. Así, esta se encontraría justificada en relación al principio de inmediación (Montt Retamales 235): se pretende que el juez tome contacto directo con las partes y la prueba en las respectivas audiencias, ello permitiría acercarnos a la verdad material puesto que la apreciación es directa (Lanata Fuenzalida y Walter Díaz 98–99).

No estamos de acuerdo con la idea de que el principio de inmediación, de alguna forma, le entregue al juez información más fiable respecto a los hechos. Es más, podríamos afirmar que la inmediación, en conjunción con la oralidad, entrañan una valoración que escapa del control racional para la valoración de la prueba (Dei Vecchi, “Tres discusiones” 250–52). En tal sentido, Gascón ha sostenido que se produce una zona opaca para el control racional, ya que vulnera gravemente la necesidad de motivación. Pues inevitablemente se generarán en el juez intuiciones e impresiones respecto a la prueba rendida, cuestión que posiblemente escapará de la justificación contenida en la sentencia (“Concepciones” 50). En sentido similar, Taruffo ha dicho que “[i]nmediación significa falta de control, porque significa intuición: el contacto directo significa que yo entiendo de inmediato si un testigo dice o no la verdad” (Taruffo, *Mito de la inmediación*).

A nuestro juicio, la trilogía de inmediación-oralidad-verdad carece de mayor sustento, salvo que atribuyamos a los jueces poderes, habilidades y conocimientos ajenos a su labor y capacidades. No pretendemos echar por tierra la díada inmediación-oralidad, puesto que –a nuestro juicio– sirve de vehículo a la concentración de los actos del proceso, cuestión central en la reforma a la justicia laboral. Nuestro punto es que no debemos atribuir a la inmediación características que no posee y mucho menos estructurar procedimientos, y sistemas recursivos, en base a mitos.

### 1.3. ESTRUCTURA DE LA JUSTICIA LABORAL Y EL MODELO DE AUDIENCIAS

El actual modelo de justicia laboral contempla diversos procedimientos, ello en razón de la naturaleza de los derechos protegidos. Así, por una parte se presenta un procedimiento ordinario o de aplicación general que sirve de base a este esquema de procedimientos.

Entre las modalidades procesales se encuentra el procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales y el procedimiento monitorio. Respecto al primero haremos referencia en un momento posterior. En lo que cabe al procedimiento monitorio diremos que, más allá de que se distancia del procedimiento de aplicación general en razón de la cuantía, su carácter extremadamente sumario trae aparejados problemas en relación al ejercicio de ciertos derechos de las partes en el procedimiento (en mayor profundidad Palavecino Cáceres y Ramírez Soto).

Entonces, respecto a la estructura del procedimiento, este se basa en un modelo de audiencias; una preparatoria y otra de juicio. No nos abocaremos a su desarrollo minucioso, sino que abordaremos algunas generalidades. De cualquier forma, y a modo de prevención, este modelo de audiencias no era una de las ideas matrices presentada en el proyecto de reforma. En tal sentido, en razón de la celeridad, se había planteado una única audiencia de conciliación y juicio donde se producirían todos los trámites necesarios para la resolución del conflicto (Lanata Fuenzalida y Walter Díaz 101–02). Dicha cuestión se desechó y se optó por

extender el procedimiento a dos audiencias con una distancia temporal considerable entre si.

### 1.3.1. LA AUDIENCIA PREPARATORIA

Esta audiencia tiene como finalidad despejar todas las cuestiones previas a la producción de prueba, dando fin a la etapa de discusión. En tal sentido, salvo contadas excepciones, la audiencia preparatoria es la única oportunidad que tienen las partes para ofrecer prueba (ART. 446, INC. 2° y 453, N.º 4 CDT). Además, en esta audiencia se deberá fijar el objeto de la controversia (ART. 453, N.º 3 CDT), por lo que se entregan facultades al juez para dirimir tal cuestión.

Respecto a la determinación de los hechos a probar; el tribunal, que ya ha fijado la controversia (a partir de las informaciones suministradas por las partes), le corresponde determinar cuales hechos serán objeto de prueba. En este punto, queremos traer a colación algunas cosas. Hemos señalado que si la valoración es racional, las decisiones adoptadas por el juez deben ser controlables, por lo que es necesaria la fundamentación de las decisiones que toma. Dicha cuestión implica no solo la determinación de suficiencia epistémica del enunciado probatorio, sino que la evaluación de todos los elementos de juicio que tengan relación con el aspecto fáctico de la controversia. Lo anterior, a nuestro juicio, no es compatible con la determinación genérica de los hechos a probar.

Finalmente podemos decir que, en general, todos los elementos de prueba deberán ofrecerse en la audiencia preparatoria (Lanata Fuenzalida y Walter Díaz 193). A partir de esto podemos sostener que será improcedente la aportación de prueba cuando: i) no sea ofrecida en la audiencia preparatoria; ii) sea desestimada por el tribunal; y iii) cuando se produzca la aceptación explícita de los hechos en que se funda la demanda (Academia Judicial 81; Utman Suárez 643–44).

### 1.3.2. LA AUDIENCIA DE JUICIO

Diremos que la audiencia de juicio es la ocasión en que el juez va a conocer la prueba

para poder resolver el asunto puesto en su conocimiento. No nos parece necesario hacer mención a los medios de prueba en particular y tampoco a las formalidades de la audiencia. Nos bastará con señalar algunas cuestiones relevantes.

Como la audiencia preparatoria es la única oportunidad para ofrecer prueba, la audiencia de juicio es la única oportunidad para rendirla (Utman Suárez 642). Esto, más allá de los casos (excepcionales) en que se permita fijar nueva audiencia para rendir prueba que, por diversos motivos, no haya sido posible rendir en esta oportunidad.

El juez podrá pronunciar el fallo en la misma audiencia; en tal caso, deberá referirse – en la misma audiencia– a las consideraciones y fundamentos de su decisión. En caso que el juez pretenda valorar la prueba, deberá dictar la sentencia dentro de quince días y citará a las partes para notificarlas dentro del mismo plazo (ART. 457 CDT).

## 2. LAS FACULTADES PROBATORIAS DEL JUEZ

Antes de iniciar este apartado, nos parece importante recordar algunas cuestiones que hemos sostenido en el capítulo anterior: i) el procedimiento probatorio debe estar necesariamente provisto de criterios racionales; ii) la prueba, entendida como instrumento de conocimiento, tiene como finalidad entregar razones que permitan justificar que el enunciado probado pueda ser aceptado como verdadero; iii) el límite de suficiencia epistémico se determina valorativamente. Lo que ahora nos ocupa es la prueba en el procedimiento laboral. Dado que las reglas probatorias en materia laboral son comunes, salvo ciertas excepciones, solo haremos un planteamiento general. Así, nos parece pertinente analizar tanto la valoración de la prueba como el límite de suficiencia epistémico (el estándar de prueba) presente en los procedimientos laborales. También nos referiremos a las diversas facultades probatorias que tiene el juez y también sus límites y posibles controles.

## 2.1. VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

La forma de en que se valora la prueba en materia laboral no es una cuestión extremadamente difusa. En tal sentido, el CÓDIGO DEL TRABAJO establece:

ART. 456. El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión entre las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.

Ahora, y como ya nos hemos referido a la valoración de la prueba, nos remitimos a lo expresado por Coloma en lo que se refiere a: qué es y que no es un sistema basado en la sana crítica (Coloma Correa, “Realmente” 763–65). De cualquier forma, nos parece relevante realizar algunos comentarios.

Por una parte, llama la atención lo establecido en el ART. 456 INC. 2° CDT. Pues se aleja del “mantra” asociado a la sana crítica. En tal sentido, añade una serie de elementos que servirán de guía al juez para valorar la prueba y asignarle peso probatorio. La cuestión es que tales elementos recuerdan fuertemente a otra institución que ya hemos revisado en este trabajo. Así, el ART. 1712 INC. 3° CC establece que las presunciones realizadas por el juez (*hominis*) “... deberán ser graves precisas y concordantes”.

Tal cuestión, no es –ni ha sido, ni debe ser– motivo de alarma. Es de toda lógica, y como hemos venido sosteniendo, que el razonamiento probatorio es de carácter presuntivo o indirecto. Ello se manifiesta cuando al juez le corresponde valorar la prueba y justificar dicha valoración.

Por otra parte, convendría determinar cuál es la exigencia real que se hace al juez al establecer esta norma. En tal sentido, podríamos señalar que esta no es especialmente estricta,

toda vez que lo pretendido es que el juez pueda aportar razones de por qué se da por probado un hecho; y que ello no puede ir contra las reglas de la lógica, máximas de la experiencia ni el conocimiento científicamente afianzado. A partir de ahí, es posible preguntarnos qué tan necesario es valorar la prueba conforme a la sana crítica.

Para resolver tal cuestión, nos parece pertinente lo expuesto por la Corte de Apelaciones de Chillán:

SEGUNDO. ... Por ello es posible sostener que la sana crítica es un sistema que atiende a parámetros objetivos –o al menos intersubjetivos– en la valoración, en vista que tal sistema se basa en elementos que pueden ser compartidos por todo sujeto racional, al no basarse en convicciones psicológicas o personales, sino que en las pruebas rendidas en el proceso, debiendo en todo caso primar criterios de racionalidad y objetividad. Por ello, el juzgador debe ajustarse en todo momento a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos, de ahí que necesariamente tenga –el juez– la obligación de exteriorizar el razonamiento probatorio, plasmándolo en la sentencia como única forma de controlar su racionalidad y coherencia ... (CA Chillán 149/2016)

A lo que se está refiriendo la Corte, es que la sentencia pueda ser intersubjetivamente controlable; es decir, que presente elementos que justifiquen la aceptación de los enunciados probados que forman parte de la decisión. En tal sentido, la sana crítica debe necesariamente estar acompañada de reglas que permitan no solo el control del razonamiento que permite tomar la decisión, sino que se impongan consecuencias adversas ante la falta de este. Negarle importancia a la sana crítica, en este sentido, no solo es excluir la racionalidad del proceso, sino que negar cualquier forma de control sobre los hechos; si ese es el caso, de poco valen las reglas probatorias ya que la resolución del asunto queda al mero arbitrio judicial<sup>23</sup>.

Finalmente, en lo que respecta al control, nos parece que ello dependerá (su exigencia) de cómo se estructure el procedimiento. En este caso, parecería que la única forma de control de las decisiones del juez es a través del recurso de nulidad (ART. 478 CDT).

---

<sup>23</sup> Cuestión distinta ocurre en los casos que la valoración y asignación de peso probatorio viene dado normativamente, pues la ausencia de justificación del juez tiene como base que tal cuestión ya se encuentra resuelta.

## 2.2. ¿EL ESTÁNDAR DE PRUEBA LABORAL?

Ya nos hemos referido al establecimiento del límite de suficiencia probatorio, es decir, el estándar de prueba. Como sabemos, tal establecimiento responde a una decisión valorativa y tiene que ver con la distribución del error.

Por una parte, se ha señalado que en el derecho del trabajo no existe referencia normativa a alguna cuestión de este tipo (Jara Astudillo y Vigneaux Ramírez 67–75). Dicho sea de paso, esto tampoco ocurre en el actual procedimiento civil. Si queremos buscar alguna referencia normativa a algún estándar de prueba, solo podemos recurrir al ART. 340 CPP:

ART. 340. Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

Que esta sea la única referencia normativa a un estándar de prueba no puede llevarnos a concluir que este pueda ser aplicable fuera de su contexto de justificación. Ya hemos sostenido que, a pesar de las críticas a este estándar, podemos estar de acuerdo en que importa un umbral de decisión particularmente exigente.

Hemos señalado que a falta de solución normativa, solo queda aplicar el límite de suficiencia probatorio que se desprende de la racionalidad general. Es decir, que la hipótesis del hecho será aceptable cuando esta sea más probable que cualquier otra hipótesis alternativa sobre el hecho y que dicha hipótesis sea más probable que la no ocurrencia del mismo (Gascón Abellán, “Sobre la” 130).

A partir de lo expuesto, es posible señalar dos cuestiones: i) cualquier referencia, por parte de los jueces, a conceptos tales como certeza, convicción, duda razonable, etc., debería ser rechazada puesto que supone una mayor exigencia probatoria a una parte sobre la otra, y dicha cuestión no responde ni a cuestiones lógicas ni normativas; ii) concluir que el estándar que debe aplicarse en materia laboral es de probabilidad prevaleciente no es suficiente para resolver el asunto.

Esta última cuestión es evidente pues en la medida que no existan criterios que permitan decidir (y evaluar) el grado de probabilidad o suficiencia probatoria, este seguirá estando en el fuero interno del juez. Es decir, será suficiente la prueba que el juez crea suficiente, más allá de como la valore.

Por otra parte, existen muchas críticas al proceso laboral por las amplias facultades probatorias que tiene el juez (así por ejemplo Balic Norambuena; Bilbao Bonomelli; Palavecino Cáceres, “Crítica”; Palavecino Cáceres, “Retorno del inquisidor”; Palomo Vélez y Matamala Souper). No es objeto de este trabajo entrar en tal discusión, sin embargo llama la atención la poca preocupación que se manifiesta sobre el poder probatorio más intenso que tiene el juez<sup>24</sup>. Imponer al juez el deber de decidir el asunto, unido a la falta de un estándar de prueba que responda a criterios intersubjetivamente controlables, le entrega al juez un poder que atenta contra el debido proceso y la seguridad jurídica (Ferrer Beltrán, “Los poderes” 158–60). Y ante ello, no hay sana crítica que valga.

### 2.3. (ALGUNOS) PODERES PROBATORIOS DEL JUEZ EN EL PROCESO LABORAL

Se ha dicho que la búsqueda de la verdad es una cuestión fundamental en el proceso laboral chileno (por ejemplo Academia Judicial 23; Bilbao Bonomelli). Partiremos diciendo que no comulgamos con tal idea, no porque creamos que la verdad no sea un valor importante en el proceso, sino porque nos parece que muchas de las facultades probatorias del juez van en

---

<sup>24</sup> Si el juez debe resolver el asunto y no existen criterios que le permitan decidir cuándo hay prueba suficiente del hecho; la resolución del asunto será profundamente arbitraria ya que solo será necesario un momento místico para que el juez logre su convencimiento (Laudan, “Por qué” 104–05).

sentido contrario (Utman Suárez 639).

Conviene hacer una prevención: cuando nos referimos a facultades probatorias del juez, estamos haciendo alusión a aquellos poderes del juez que guardan relación con la prueba de los hechos (no solo a la aportación de elementos de juicio). Dicho esto, pasaremos a revisarlas algunas de estas.

a) El juez podrá estimar como tácitamente admitidos, en la sentencia definitiva, los hechos introducidos por el demandante; cuando el demandado no haya contestado la demanda o, habiéndolo hecho, no los niegue expresamente (ART. 453, N.º 1, INC. 7º CDT).

Por una parte, diremos que esta facultad manifestará sus consecuencias al momento de dictar sentencia (cuestión que cobrará relevancia cuando analicemos la siguiente facultad). No cabe entender la norma como una sanción intensa a la falta de contestación, pues la falta de contestación o negación no son razón suficiente para la adopción de una decisión desfavorable. Se trata más bien de un indicio de carácter general respecto a la pretensión de la demandante y que debe apreciarse en forma conjunta a los demás elementos de juicio (Leguisamón 168).

Por otra parte, existe discusión respecto al caso de rebeldía de la demandada, en el sentido que tal cuestión permitiría prescindir de la fase probatoria (en profundidad Quintana Abbate 53–80). Se dice pues que la rebeldía implica un reconocimiento tácito de la demanda, por lo que no existirían hechos controvertidos y el juez deberá dictar sentencia en la audiencia preparatoria (Lanata Fuenzalida y Walter Díaz 223–24). Sin adentrarnos en exceso en dicha polémica, nos parece relevante advertir que –tratándose de una facultad– es complejo justificar su aplicación o no prescindiendo de la etapa probatoria<sup>25</sup>. Es claro que si se hubiera querido sancionar a la demandante con la pérdida del procedimiento al demandado rebelde, lo adecuado habría sido quitar el carácter facultativo de la norma (Quintana Abbate 61). Dicho

---

25 En el sentido de cuáles son las razones que justifican, en algunos casos, prescindir de la etapa probatoria y, en otros casos, continuar con el procedimiento cuando aún no han sido incorporados elementos de juicio que permitan sostener la decisión.

esto, la única consecuencia que tendrá la rebeldía o falta de negación respecto a ciertos hechos será la mencionada en el párrafo anterior, es decir, entenderla como indicio.

b) El juez podrá dictar sentencia –en la audiencia preparatoria– cuando no hubieren hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos (ART. 453, N.º 3, INC. 2º).

En estrecha relación con la facultad anterior, está la situación en que, a falta de controversia, el juez deba dictar sentencia en la audiencia preparatoria. Entendemos esta situación como facultad en la medida que es el juez quien determina si existen hechos controvertidos. Contra dicha resolución procede el recurso de reposición (ART. 453, N.º 3, INC. 1º).

¿Cuándo no hay hechos controvertidos? Partiremos señalando que no serán hechos controvertidos los hechos notorios, evidentes, aceptados, reconocidos o afirmados por quien le perjudica el hecho, etc. (Leguisamón 73). Por más que los hechos no negados expresamente por la demandada puedan considerarse como aceptación tácita al momento de resolver el asunto; ello no implica –al menos en los términos del ART. 453, N.º 1, INC. 7º CDT– el fin de la controversia, sino que su contestación ficta (Quintana Abbate 59). Por lo demás, la rebeldía de la parte demandada no es obstáculo para que esta pueda ofrecer prueba en la audiencia preparatoria, cuestión que refuerza la idea de contestación ficta.

c) El juez podrá decretar las pruebas que estime necesarias, aún cuando no hayan sido ofrecidas por las partes (ART. 429, INC. 2º CDT).

La iniciativa probatoria judicial es una cuestión no exenta de polémicas, toda vez que ello podría atentar contra la imparcialidad (Palavecino Cáceres, “Crítica” 22; “Retorno del inquisidor” 132).

Hemos señalado, a propósito de la doctrina de cargas probatorias dinámicas, que el juez –en caso insuficiencia de prueba respecto de un hecho– pueda asignar las consecuencias

adversas a un sujeto distinto que aquél que pretende su aplicación implicaría dos cuestiones: i) determinar quien gana o pierde en el procedimiento; y/o ii) alterar la hipótesis de hecho de la norma cuya aplicación se pretende.

Parecería que la iniciativa probatoria del juez dice relación con la primera cuestión, es decir, que la aportación de tales pruebas beneficia a alguna de las partes. Hay quienes sostienen que ello no será necesariamente así, pues el juez no conoce el resultado de la prueba (Jara Bustos 161). No obstante, la imparcialidad sí puede verse amenazada frente a facultades probatorias demasiado amplias (Ferrer Beltrán, “Los poderes” 153–55; Riffo Elgueta 42).

No creemos que la iniciativa probatoria judicial deba ser desterrada, sin embargo, entenderla en los términos del ART. 429 CDT puede ser problemático pues su ejercicio queda a la mera voluntad del juez. Dicho esto, sería conveniente que tal poder se refiriese a elementos de juicio determinados o tratándose de ciertos hechos; y que en caso de verificarse alguna de estas situaciones, deba procederse a la aportación en todo caso (es decir, ya no en forma facultativa, sino prescriptiva)<sup>26</sup>.

d) El juez podrá rechazar elementos de juicio aportados por las partes (ART. 429, INC. 2° y ART. 453, N.° 4 CDT).

Esta facultad dice relación con la posibilidad que el juez rechace prueba por ser esta inconducente (ART. 429, INC. 2° CDT), que no tenga relación directa con el asunto sometido a discusión (ART. 453, N.° 4, INC. 3° CDT) o que hubiera sido obtenida por medios ilícitos o a través de actos que impliquen vulneración de derechos fundamentales (ART. 453, N.° 4, INC. 4°).

Nos parece que tal facultad debe entenderse en el sentido más restringido posible, puesto que una cuestión que se deriva de asignar a la verdad un valor importante dentro del proceso es que el juez deba contar con la mayor cantidad de elementos de juicio posible. En tal

---

<sup>26</sup> Un ejemplo de ello lo podemos ver a propósito del procedimiento de tutela laboral en España pues, como sostiene José Lousada, en caso de discriminación, el dictamen de los organismos públicos competentes (entendido como medio de prueba) debería ser incorporado siempre por el juez, más allá de la enunciación facultativa de la norma (33–35).

sentido, estamos de acuerdo con Palavecino quien sostiene que solo se justifica la inadmisibilidad de los medios probatorios en razón de su impertinencia o ilicitud (“Retorno del inquisidor” 129; en sentido similar Ferrer Beltrán, “Los poderes” 150–51).

e) El juez podrá para intervenir la absolución de posiciones e interrogar a los testigos (ART. 454, N.º 3, 4, 5 y 6 CdT).

Planteamos la facultad en sentido amplio puesto que el juez no solo podrá intervenir en el desarrollo de los medios de prueba mencionados resguardando el procedimiento (ART. 454, N.º 4, INC. 1º y N.º 6, INC 2º), sino que podrá formular preguntas tanto al absolvente como a los testigos (ART. 454, N.º 4, INC. 2º y N.º 6, INC. 1º). Además, el juez podría limitar la rendición de esta prueba razón de su falta de utilidad (ART. 454, N.º 3, INC. 3º y N.º 5, INC. 3º). Al respecto, cabe hacer algunos comentarios.

Por una parte, la facultad del juez para formular preguntas no es una cuestión asimilable a la iniciativa probatoria judicial, siempre en el entendido que fuera ofrecida por las partes. Así, la intervención del juez en el interrogatorio, más allá del control a las preguntas de las partes, debe pasar por el esclarecimiento de las afirmaciones realizadas por el testigo o el absolvente, no pudiendo extenderse –a nuestro juicio– a cuestiones no debatidas por las partes. En el fondo, como señala Ferrer, esta facultad pasa por integrar al juez en el desarrollo del principio de contradicción (“Los poderes” 151–52). Esta forma de entender la facultad permite fortalecer el carácter adversarial en la rendición de estos medios de prueba, puesto que la porción de verdad omitida por alguna de las partes puede ser sacada a la luz por la otra; tal cuestión, forma parte de la justificación epistémica del sistema adversarial (Haack, “Toda la verdad” 585).

Por otra parte, nos parece problemático que el juez pueda limitar estos medios de prueba en razón de su inutilidad, fundándose en que se trata sobre hechos suficientemente esclarecidos. Ello no solo disminuye el conjunto de elementos de juicio que servirán para resolver el conflicto, sino que además implica excluir prueba que ya había sido considerada

pertinente para resolver el conflicto.

f) El juez podrá fijar nueva audiencia en caso de faltar un oficio o informe pericial relevante (ART. 454, N.º 7 CDT).

En este punto la cuestión es similar a lo planteado en el párrafo anterior. Es decir: si la prueba ofrecida fue admitida (siendo por tanto pertinente), no parece clara la forma en que pueda resultar irrelevante su inclusión sin que ello implique una decisión anticipada sobre el asunto. Así, no siendo imputable a las partes la falta de cualquiera de estos elementos, su incorporación debería producirse en todo caso.

g) El juez resolverá el asunto cuando haya prueba suficiente.

Este es el poder probatorio más intenso. Nos parece necesario reiterar en este punto; toda vez que ante la indeterminación normativa del límite de suficiencia probatorio, los hechos se encontrarán suficientemente probados cuando el juez crea que se encuentran suficientemente probados. Y, como ya hemos señalado, tal determinación tiene una sola consecuencia: quien obtiene el resultado favorable en el proceso dependerá del solo arbitrio del juez.

### 3. CONTROLES Y LIMITACIONES A LOS PODERES PROBATORIOS DEL JUEZ

Partiremos señalando, por obvio que parezca, que el juez encuentra su primera limitación en la ley. Tal cuestión resulta insuficiente en la medida que buena parte de sus poderes son facultativos. De tal manera que estos no se miden según si se ajustan o no a una prescripción, sino más bien solo podemos observar si acaso se ejerció una u otra facultad. Por lo demás (y como suele ocurrir en los procedimientos de corte psicologista o persuasivos, donde prima la intermediación) los controles a las decisiones de los jueces son bastante débiles (Ferrer Beltrán, *Prueba y proceso* 00:04:46-08:55). Pues poco y nada puede decirse sobre el grado de suficiencia epistémico, ya que el convencimiento es determinado por el mismo juez.

En tales casos, también suele ocurrir que la posibilidad de recursos se encuentra limitada, tal como ocurre en nuestro ordenamiento.

En el proceso laboral hay dos mecanismos de control sobre los poderes probatorios del juez. El primer mecanismo es el recurso de reposición. Al respecto diremos que, en general, el ejercicio de facultades probatorias durante el procedimiento debe ser fundamentado y que contra dicha resolución procede este recurso (ART. 429 INC. 2º; ART. 453 N.º 3; ART. 545 N.º 5; y ART. 475 CDT). De cualquier forma, dada la naturaleza del recurso, podríamos estar más bien frente a una garantía mínima de no arbitrariedad la cual, sin embargo, nos parece bastante débil y solo podría llegar a cobrar relevancia como antecedente para el recurso de nulidad. El otro mecanismo de control es el recurso de nulidad laboral. En este caso, más que referirnos en extenso a la historia y naturaleza misma del recurso, nos centraremos en la forma que este permite el control de los enunciados probatorios y la decisión judicial.

### 3.1. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE NULIDAD LABORAL

El recurso de nulidad, en materia laboral, procede únicamente respecto de la sentencia definitiva, siendo de tal manera la única forma de impugnar la decisión. Así, el ART. 477 CDT dispone:

ART. 477. Tratándose de las sentencias definitivas, sólo será procedente el recurso de nulidad, cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales, o aquélla se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En contra de las sentencias definitivas no procederán más recursos.

El recurso de nulidad tendrá por finalidad invalidar el procedimiento total o parcialmente junto con la sentencia definitiva, o sólo esta última, según corresponda.

Por una parte, podemos observar que las causales del ART. 477 CDT dicen relación con la infracción de ley; además, se ha sostenido que –dado su carácter de derecho estricto– su interposición supone la aceptación tanto de los hechos y su valoración. En tal sentido se ha

pronunciado la Corte de Apelaciones de Talca:

SEGUNDO. ... En tal sentido, la impugnación de una sentencia definitiva mediante un recurso de nulidad laboral, fundado en la causal legal genérica invocada por la recurrente, plantea una cuestión estrictamente de derecho y que dice relación con el juzgamiento de derecho contenido en la sentencia impugnada; por ende, la causal en comento implica la aceptación de los hechos, tal cual fueron establecidos por la sentenciadora en la sentencia impugnada, por lo que la labor de esta Corte debe contraerse a verificar la concurrencia o no del error de derecho denunciado por la recurrente (CA Talca 263/2016)

Por otra parte, están las causales del ART. 478 CDT. En este caso solo reproduciremos las que guardan relación con la valoración de la prueba y determinación de los hechos:

ARTÍCULO 478. El recurso de nulidad procederá, además:

b) Cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica;

e) Cuando la sentencia se hubiere dictado con omisión de cualquiera de los requisitos establecidos en los artículos 459, 495 ó 501, inciso final, de este Código, según corresponda; contuviese decisiones contradictorias; otorgare más allá de lo pedido por las partes, o se extendiere a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de las facultades para fallar de oficio que la ley expresamente otorgue.

Respecto a las causales contenidas en las LETRAS A), D) y F) resulta claro que se trata de causales de derecho estricto. En cuanto a la causal de la LETRA C), que se refiere a la alteración de la calificación jurídica, en nuestra opinión, también debe ser agrupada con las tres causales recién mencionadas. Solo la hemos separado para hacer notar que la suficiencia probatoria o la gravedad de un hecho no pueden ser incluidas en esta causal toda vez que se tratan de conclusiones fácticas y no jurídicas.

Finalmente, en caso que el recurso se funde en distintas causales, se debe señalar si se interponen en forma conjunta o en subsidio una de otra (ART. 478, INC. FINAL). Tal cuestión es relevante en cuanto a la eventual incompatibilidad que pudiere existir entre las distintas causales.

### 3.2. ¿ES POSIBLE LA REVISIÓN DE LOS HECHOS?

Habiendo observado las causales que permiten la procedencia del recurso de nulidad y considerando que se suele decir que se trata de un recurso de derecho estricto (Vásquez Goerlt 176), parecería que la revisión de los hechos, su valoración y determinación de suficiencia probatoria son cuestiones que deben quedar necesariamente excluidas. Sin embargo, ello no es tan así.

Ya hemos revisado el contenido de la sana crítica en materia procesal laboral (ART. 456 CDT). En tal situación es expresa la necesidad de manifestar las razones que permitan justificar la decisión adoptada por el tribunal, y para ello deberán observarse las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y el conocimiento científico. También hemos observado que la determinación misma de las reglas a las que se hace referencia es una cuestión bastante vaga; sin embargo, dicha generalidad facilita –hasta cierto punto– la revisión de la decisión.

Entonces, ¿cuándo existe infracción a las reglas de la sana crítica? Antes de resolver tal cuestión, es necesario señalar que para poder revisar la valoración el recurso deberá cumplir los siguientes requisitos, siendo los dos primeros de origen legal: i) que la infracción sea manifiesta (ART. 478, LETRA B)); ii) que tal infracción haya influido en lo dispositivo del fallo (ART. 478, INC. 3°); y iii) que el recurrente indique la razón lógica, de experiencia o científica infringida y como se materializa tal infracción.

Así por ejemplo, la Corte de Apelaciones de la Serena ha sostenido que:

CUARTO. ... el recurrente de nulidad requiere ser claro y preciso al describir los vicios que atribuye al fallo en términos tales que, singularizadamente, describa el principio que, según su parecer, ha sido violado y respecto de que hechos o conclusiones a que ha arribado el juez ... A mayor abundamiento, cada vez que se acusa una falta a la lógica, debe ligarse tal aserto con la existencia de un razonamiento inconsistente, incoherente o absurdo. Un razonamiento lógico bien puede ser distinto al que postula un interviniente pero no por eso habría de ser

tildado de ilógico o absurdo. Cuando se habla de las reglas de la experiencia, se remite a aquello que es conocido empíricamente por la sociedad, por una comunidad determinada, amplia, lo que descarta las meras vivencias personales del sentenciador. Finalmente, cuando se hace referencia a los conocimientos técnicos o científicos, se remite a aquellos aceptados por la comunidad científica o técnica en una sociedad más o menos global, y en una época o tiempo determinados (CA La Serena 213/2017)

En sentido similar se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Puerto Montt:

DÉCIMOSEGUNDO. ... al fundamentar dicha causal el recurrente tampoco ha señalado que principios de la sana crítica han sido violados, más bien sus argumentaciones dicen relación con su disconformidad por la valoración que de los hechos hizo el tribunal de primer grado (CA Puerto Montt 182/2017, 20 de octubre de 2017)

Que la infracción sea manifiesta no es un criterio demasiado evidente. Considerando la amplitud de los mecanismos de validación del ART. 456 CDT, no es claro cuándo la infracción vaya a ser o no manifiesta. De cualquier forma, se suele utilizar para su fundamentación y fallo los principios de la lógica formal, como lo ha señalado la Corte de Apelaciones de Concepción:

DÉCIMOPRIMERO. ... el análisis que debe hacer la causal, implica exponer cuál o cuáles leyes de la lógica formar o principios lógicos –como el de identidad, no contradicción, tercero excluido, razón suficiente y principio de causalidad– fueron infringidos en el discurso valorativo utilizado por el a quo, para arribar a una conclusión distinta a la sustentada por el recurrente y que, en definitiva, influye en lo dispositivo del fallo de la sentencia por ir precisamente contra la lógica, lo que permitiría anular la sentencia al arribar a una decisión diferente (CA Concepción 398/2018)

Sin embargo, también se ha señalado que no sería correcta la asimilación de las reglas de la lógica únicamente a los principios de la lógica formal, como ha sostenido la Corte de Apelaciones de San Miguel:

OCTAVO. En este sentido no se advierte que se falte al principio de la lógica invocado en la medida que la sentenciadora a partir de las pruebas relacionadas

extrae una conclusión lógica y que no se opone a los otros hechos afirmados, toda vez que si bien concluye que no se logra acreditar la causal objetiva del despido, de la prueba aportada logra establecer que la motivación alegada por la actora, y que vulneraría la garantía de la indemnidad, no es efectiva, pese a los indicios iniciales que se tuvo en vista, de modo que no solo puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas que sostiene el recurrente se han asentado, debiendo además tenerse en consideración a que las conclusiones a las que arriba el sentenciador conforme a las reglas de la sana crítica, no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales aristotélicos a los que alude el recurrente, sino que por el contrario el juzgador debe basar su juicio en las pruebas que arroja el proceso y a las conclusiones que de ellas deben extraerse, más aun cuando la sana crítica a la que hace referencia el Código del Trabajo para la apreciación de la prueba, no alude a que los principios de la lógica que deban aplicarse y que tengan validez sean las concepciones clásicas. En este sentido el principio referido se encuentra superado conforme a los principios de la lógica trivalente (CA San Miguel 296/2017)

Nuestro punto es el siguiente: las reglas de la sana crítica se establecen en forma tan amplia que, en la práctica, habiendo adecuada argumentación cualquier principio o regla lógica o de regularidad empírica podría utilizarse para fundamentar el recurso. De cualquier forma, no basta con que la infracción sea manifiesta, sino: i) que la infracción debe ser grave; y ii) debe influir en lo dispositivo del fallo. Cumpliéndose tales requisitos, el tribunal *ad quem* podrá revisar la valoración de la prueba realizada por el juez de fondo (ART. 478, INC. 2º) y a partir de ello arribar a conclusiones fácticas diversas, dejando de lado el principio de inmediación y el carácter de derecho estricto del recurso de nulidad laboral.

En lo que respecta al ART. 478, LETRA E) CDT, nos centraremos en la valoración de la prueba; mas bien, a la falta de valoración o fundamentación respecto a los enunciados probatorios. Como se ha dicho el ART. 456 establece la necesidad de dar razones sobre la valoración de la prueba y, a propósito de los requisitos de la sentencia, se establece que esta debe contener el análisis de toda la prueba rendida, los hechos probados y el razonamiento que conduce a tal estimación (ART. 459, N.º 4).

En tal sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago:

SEGUNDO. Nuevamente es preciso subrayar –como se ha venido haciendo de un modo reiterado por esta Corte–, que la causal del artículo 478, letra b) del Código del Trabajo atañe a la revisión de las razones que sustentan la motivación probatoria y la subsecuente fijación de los hechos que se han tenido por probados, cuando en esa actividad se cometen yerros que suponen contrariar los parámetros de la lógica, de la técnica, de los conocimientos científicos o de las reglas de la experiencia. En otras palabras, de lo que se trata es de fiscalizar que las *razones probatorias* vertidas por el juzgador respeten esos lineamientos. Por tanto, esta causal parte del supuesto que la prueba ha sido analizada y que el juez entrega las razones de su decisión probatoria (CA Santiago 2130/2017)

Ciertamente, para que se acoja esta causal de nulidad, no basta que hayan elementos de juicio que no hayan sido analizados, sino que su ausencia debe influir en lo dispositivo del fallo. Es decir, que de haberse valorado o incluido tal razonamiento se habría arribado a una conclusión fáctica distinta; en este sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de San Miguel:

OCTAVO. Que en el caso de autos, si bien ese efectivo que la sentencia no se pronuncia sobre la prueba documental incorporada en el juicio por la parte demandada, lo cierto es que rechaza la demanda porque en ella no se indican hechos concretos que constituyan las vulneraciones que denuncia, como expresamente lo exige el artículo 490 del código del ramo, con excepción de la realización de un sumario administrativo en su contra por el que se le destituyó, sumario que la denunciante cataloga de infundado afirmando que forma parte del hostigamiento del que habría sido víctima.

Por ello, la falta de análisis de los documentos incorporados por la actora, que no se relacionan con el sumario administrativo, en nada influye en lo dispositivo de la sentencia ... (CA San Miguel 244/2017)

Hasta este punto bien podríamos seguir señalando que los casos en que el tribunal *ad quem* podrá revisar los hechos son situaciones excepcionales y que los requisitos para aceptar su procedencia son razonablemente exigentes, dada la naturaleza del recurso. Sin embargo, no debemos olvidar que la Corte bien podría acoger el recurso por una causal distinta a la señalada por el recurrente cuando se corresponda a alguna de las contenidas en el ART. 478 (ART. 479, INC. FINAL CDT). Así se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Antofagasta:

CUARTO. Que conforme lo razonado precedentemente, ha de rechazarse el

recurso en la forma planteada, desde que existió una ausencia de un análisis a alguna infracción manifiesta a las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo cual conforme lo dispone el artículo 479 inciso final del Código del Trabajo, la Corte de oficio puede acoger el recurso deducido por un motivo distinto del invocado por el recurrente, siempre que corresponda a alguna causal estatuida en el artículo 478 del Código del Trabajo.

QUINTO. Que el artículo 478 letra e) del Código del Trabajo establece como recurso de nulidad cuando la sentencia se hubiere dictado con omisión de cualquiera de los requisitos establecidos en los artículos 459, 495 o 501 del referido Código. En este caso concreto se ha faltado al análisis de toda la prueba rendida, los hechos que se estimaron probados y el razonamiento que conduce a esta estimación, específicamente porque las conclusiones arribadas en la convicción alguno, los antecedentes indispensables que debieron considerarse para los efectos de la decisión .... por lo tanto se desconoció lo ordenado por el legislador, en cuanto a analizar toda la prueba rendida y los hechos que estime probados, a propósito de un razonamiento inductivo, que conduzca la conclusión sobre los antecedentes que no analizó (CA Antofagasta 43/2018)

Este razonamiento nos parece interesante por diversos motivos. Por una parte, si el recurso de nulidad es un recurso de derecho estricto y existe –en principio– una alta exigencia para aceptar la procedencia a la revisión de la valoración de la prueba y determinación de los hechos; esta exigencia no se ve reflejada en la determinación del tribunal. Nos parece que tal cuestión bien podría ocurrir en tanto lo que alega la Corte es la ausencia total de razonamiento; sin embargo luego desarrolla que esta se refiere solo a parte de la prueba, entonces no es total. De cualquier forma, asimilar la exigencia hecha al recurrente a las razones que dé el tribunal *ad quem* para proceder a la revisión de la sentencia terminaría por hacer inaplicable lo dispuesto en el ART. 479, INC. FINAL CDT.

Por otra parte, ya hemos señalado que no basta con la falta de valoración de alguno de los elementos de juicio para la procedencia de la causal en comento, sino que es necesario expresar cómo, si tal elemento hubiera sido analizado e incluido, ello ha influido en lo dispositivo del fallo. Si consideramos además que, en general, la valoración y ponderación de los elementos de juicio es una facultad privativa de los jueces de fondo, ello hace que estemos frente a una situación paradójica. En otros términos, ¿cómo podría la Corte revisar de oficio (ya sea por la LETRA B) o E) del ART. 478 CDT) una sentencia sin que, para llegar a ello, deba

valorar y ponderar la prueba previamente?<sup>27</sup>

No estamos negando la facultad establecida en el ART. 479 CDT, sino poner el asunto sobre relieve. Por lo demás, nos parece acertado lo sostenido por la Corte de Apelaciones de Valdivia:

QUINTO. ... esta Corte no puede mantenerse en silencio respecto de omisiones que contiene el fallo en su parte expositiva y de errores que se aprecian en la sentencia en su parte considerativa, puesto que de no aludirse a aquellos, significaría una complicidad en las omisiones y errores que se evidencian.

... En síntesis se aprecia que el análisis probatorio contraviene la obligación del artículo 459 N°4, que obliga a que la sentencia contenga un análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación. En el fallo en alzada el análisis se hace de forma superficial e incompleta, pues alude a declaraciones y confesiones, que no reproduce, por lo que al concluir la falta de convicción que aquellas le producen y no señalar las razones y no reproducirla, se torna en incompleta la sentencia. A su vez hace alusión a documentos que tampoco le permiten tener por acreditados determinados hechos, pero al no citarlos correctamente no se entiende la razón para restarle valor a su mérito probatorio (CA Valdivia 70/2017)

Lo paradójico no está en la revisión o no de los hechos, sino que ello se produzca (y en la forma que se hace) en un recurso de derecho estricto. A nuestro juicio, el análisis realizado en las dos últimas sentencias citadas es correcto y no se desvía realmente de la recepción genérica a la revisión de las LETRAS B) y E) del ART. 478. Lo que ponemos en duda es que se siga entendiendo que estamos frente a un recurso de derecho estricto en sentido tradicional, considerando que las causales en comento siquiera requieren preparación.

Finalmente, y respondiendo a la pregunta que aborda esta sección, respondemos afirmativamente: es decir, el recurso de nulidad laboral permite la revisión, bajo ciertas condiciones, tanto de la valoración de la prueba como de la determinación de la suficiencia de los enunciados probatorios. Tales condiciones tienen un grado particular de exigencia, por lo

---

<sup>27</sup> Puesto que solo a través de la valoración previa podría concluir que la omisión influyen en lo dispositivo del fallo.

que no será suficiente el agravio como ocurre en la apelación, sino que será necesario: i) que se infrinjan en forma manifiesta alguna de las reglas relativas a la sana crítica y que ello haya influido en los dispositivo del fallo; o ii) que no haya sido valorada la prueba o no se hayan expuesto las razones que permiten la determinación de suficiencia probatoria de los enunciados fácticos. Así, a menos que concurra alguna de estas circunstancias, el tribunal *ad quem* no podría alterar las conclusiones fácticas a las que ha arribado el juez de fondo.

### **CAPÍTULO III**

## **TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y FACILITACIÓN PROBATORIA**

Ya hemos realizado extensos alcances sobre la prueba y también ciertas aplicaciones concretas al proceso laboral chileno. En este capítulo nos centraremos en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y también a la regla probatoria del ART. 493 CDT. En primer lugar, nos referiremos al procedimiento de tutela así como algunas de sus principales características. Ello servirá, además, como un primer acercamiento a la norma objeto de nuestro estudio. En segundo lugar, haremos una breve revisión del procedimiento de tutela en España; enunciando sus principales características, con énfasis en la prueba de indicios y su tratamiento. En tercer lugar, expondremos las principales contribuciones desde nuestra literatura en torno a la interpretación y aplicación de la norma, para lo cual haremos uso de las conclusiones arribadas en los capítulos anteriores. En cuarto lugar, corresponderá analizar la recepción de tales ideas por parte de la jurisprudencia. Finalmente, a partir de todo lo expuesto, argumentaremos la forma en que –a nuestro juicio– debe entenderse la norma y como esta se desenvuelve en el procedimiento.

#### **1. EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

Se dice que el procedimiento de tutela es la traducción procesal de la idea de eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior del contrato de trabajo (Ugarte Cataldo, “Tutela de derechos” 60). Este procedimiento, además, presenta ciertas características que lo diferencian del resto de los procedimientos laborales, pues entrega a los trabajadores un mecanismo para resguardar sus derechos ciudadanos, dando plena aplicación a la idea de ciudadanía en la empresa (Academia Judicial 109).

Hay varias cosas que se suelen analizar respecto a este procedimiento, por ejemplo; i) la tendencia de definición y articulación de procedimientos judiciales caracterizados por la tutela y garantía de derechos fundamentales; ii) el análisis de los mecanismos de tutela de derechos de los trabajadores previos a la reforma a la justicia laboral; o iii) las nociones de ciudadanía en la empresa, eficacia horizontal de los derechos fundamentales y derechos laborales inespecíficos. Todas ellas revisten de grados de interés e importancia, sin embargo dada la estructura de nuestro análisis es poco lo que podemos aportar sin alejarnos de los objetivos propuestos.

En este apartado abordaremos cuestiones que le son propias a este procedimiento como su ámbito de aplicación y los derechos tutelados. Además plantearemos sus principales características (que lo diferencian del procedimiento de aplicación general) y haremos algunas referencias a la regla de facilitación probatoria.

### 1.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DERECHOS PROTEGIDOS

Como señalan Gabriela Lanata y Rodolfo Walter, existen tres grupos de situaciones en que se aplica el procedimiento de tutela (267–68).

En primer lugar, se aplica respecto a las cuestiones que se susciten durante la relación laboral por aplicación de las normas laborales y que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores cuando estos sean lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador (ART. 485, INC. 1° CDT). Que este procedimiento se aplique solo respecto a situaciones ocurridas en la relación laboral, tiene como consecuencia que hay casos en que no podría ser aplicado. En tal sentido, Palavecino sostiene que se encontrarían excluidas las siguientes situaciones (“Procedimiento de tutela” 35): i) cuando no exista relación laboral entre las partes; ii) cuando se discute la existencia del vínculo laboral (hasta que no se resuelva dicha situación); iii) cuando, a pesar de existir relación laboral entre las partes, la vulneración se produzca fuera del ámbito de organización y dirección del empleador.

En segundo lugar, este procedimiento será aplicable para conocer de los actos discriminatorios establecidos en el ART. 2° CDT, con excepción de los contemplados en su INC. 6° (ART. 485, INC. 2° CDT).

Respecto a estas dos primeras situaciones, se entiende que los derechos y garantías del trabajador han sido vulnerados cuando, en el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, estas vulneren su pleno ejercicio: i) sin justificación suficiente; ii) en forma arbitraria o desproporcionada; o iii) sin respetar su contenido esencial (ART. 485, INC. 3° CDT). Además, esta norma establece que en el mismo sentido se entienden las represalias ejercidas contra los trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales. Esto se conoce como garantía de indemnidad. Es decir, que en caso de verificarse tal situación, deberá procederse como si se hubiese vulnerado el pleno ejercicio de los derechos y garantías del trabajador.

Cabe mencionar que la garantía de indemnidad debe entenderse en forma amplia, por lo que no solo emana de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo. En tal sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Valparaíso:

CUARTO. ... Por consiguiente, ningún error de derecho o interpretación extensiva ilegal del artículo 485 del Código del Trabajo se cometió en el fallo recurrido al entenderse que los derechos y garantías de la profesora y trabajadora se lesionaron por represalias originadas por el ejercicio de acciones judiciales que involucraron al establecimiento educacional empleador, toda vez que la norma que se dice vulnerada no distingue respecto del tipo de acciones a que se refiere, ni el fin u objeto de las mismas, ni ante quien o hacia a quien deben dirigirse, bastando que tengan la virtud de iniciar un procedimiento judicial y puedan generar las represalias resguardadas por la garantía de indemnidad, tal como sucedió en el caso de autos (CA Valparaíso 628/2016)

En tercer lugar, el procedimiento de tutela se aplica para conocer las denuncias por prácticas antisindicales, conforme a lo establecido en el ART. 292 CDT.

Respecto a los derechos y garantías protegidos, se ha optado por la enunciación

explícita del catálogo, por lo que solo se tutelan los derechos que se encuentran establecidos en el ART. 485<sup>28</sup>, y las situaciones recién mencionadas (Lanata Fuenzalida 65–71). Más que detenernos en el catálogo y forma en que se protegen, lo interesante es que, como consecuencia de la naturaleza intrínsecamente axiológica de los derechos fundamentales, haya sido necesaria su positivación (Mazzarese 697) para que fuera claro que el empleador no podría vulnerar, por ejemplo, el derecho a la salud o a la educación.

## 1.2. CARACTERÍSTICAS Y REGLAS ESPECIALES

Aunque esta modalidad procesal se rige por el procedimiento de aplicación general (ART. 491 CDT), existen algunas reglas especiales que conviene analizar. De cualquier forma, adelantaremos que ninguna de esta altera sustancialmente el procedimiento, por ello nos referiremos a diferencias puntuales.

### 1.2.1. CONTENIDO DE LA DENUNCIA

Este procedimiento se inicia a través de una denuncia, la cual debe contener, además de los requisitos generales (ART. 446 CDT), la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración y deben acompañarse todos los antecedentes en que se fundamente (ART. 490 CDT).

El primer requisito podría parecer redundante a la luz del ART. 446 N.º 4 CDT (referido a la enunciación clara y circunstanciada de los hechos). Debe entenderse que se trata de una cuestión distinta, exigiendo mayor detalle. Además, es de toda lógica esta mayor exigencia toda vez que es a partir de la denuncia que el juez podrá considerar que hechos pueden ser indicativos de vulneración y que, en caso de ser probados, termine por acogerse la denuncia.

---

28 El ART. 485, INC. 1º establece que estos son "... los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador."

Donde pueden existir dudas es respecto al segundo requisito, pues se exige que se acompañen todos los antecedentes en que se fundamente la denuncia. De la sola lectura, a nuestro juicio, aparece que tales antecedentes se refieren a elementos probatorios. El problema pasa por dos cuestiones: i) si, al requerirse todos los antecedentes, aquello limita su ofrecimiento posterior; y ii) si basta con que sean ofrecidos o el juez debe valorarlos de alguna forma.

Por una parte, conviene recordar que el ART. 490 CDT no es la única norma que se refiere a antecedentes en el procedimiento de tutela, también lo hacen los ARTS. 492 y 493 CDT. Así, respecto a la medida cautelar especial de este procedimiento (ART. 492 CDT), se dice que esta deberá ser dispuesta en la primera resolución o en cualquier tiempo desde que se cuente con antecedentes. Si fuera la denuncia la única oportunidad para aportar antecedentes, solo podría decretarse esta medida en la primera resolución.

Por otra parte, debemos recordar que, a partir de la estructura del procedimiento, la única oportunidad para ofrecer prueba es en la audiencia preparatoria. Sin embargo, ello no obsta a que cierta prueba, de carácter documental, se ofrezca con anterioridad como sucede a propósito de aquella que da cuenta de actuaciones administrativas (ART. 446, INC. 2° CDT) o la resolución final en materia de seguridad social (ART. 446, INC. 3° CDT).

Es claro, entonces, que tales antecedentes constituyen meramente un requisito formal para la interposición de la denuncia. Así, debe entenderse que, para la admisibilidad de la denuncia, será necesario que se acompañe prueba, no que se evalúe su suficiencia. En ningún caso podría ser toda la prueba, puesto que ello trastocaría absolutamente la estructura del procedimiento y que es bastante evidente que no todos los medios de prueba son aptos para acompañarse junto a la denuncia (Utman Suárez 640).

### 1.2.2. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Respecto de la titularidad para ejercer la acción de tutela, se deben distinguir dos situaciones: i) cuando la vulneración ocurre durante la relación laboral; y ii) cuando la vulneración ocurre con ocasión del despido.

Por una parte, cuando la vulneración ocurre durante la relación laboral, puede interponer la denuncia: i) cualquier trabajador u organización sindical que considere lesionados sus derechos fundamentales en las formas previstas en anteriormente (ART. 486, INC. 1° CDT); ii) el trabajador afectado por la vulneración (ART. 486, INC. 2°); iii) la organización sindical a la que pertenece el trabajador (ART. 486, INC. 3°); y iv) la Inspección del Trabajo (ART. 486, INC. 4° y 5°).

Por otra parte, cuando la vulneración se haya producido con ocasión del despido, solo se encuentra legitimado el trabajador afectado (ART. 489, INC. 1° CDT).

### ***1.2.3. Suspensión de los efectos del acto vulneratorio***

Una situación que vale la pena mencionar es la que ocurre a propósito del ART. 492 CDT:

ART. 492. El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes.

Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.

Así, se establece que el juez podrá suspender los efectos del acto impugnado cuando aparezca de los antecedentes: i) que se trata de lesiones de especial gravedad; o ii) que la vulneración pueda causar efectos irreversibles. De este modo, parecería que no se analiza la apariencia o verosimilitud de la denuncia (toda vez que esta fue establecida formalmente al dar

trámite a la denuncia), sino solamente la gravedad o irreversibilidad de la vulneración denunciada.

Esta medida cautelar especial es objeto de diversas críticas. Tanto por su sanción como por la ausencia de contradictorio. Nos parece que esta segunda cuestión es insalvable (en mayor profundidad Palavecino Cáceres, “Procedimiento de tutela” 41–43), pero a nuestro juicio es consecuencia de haber establecido un procedimiento de urgencia que se estructura sobre un procedimiento ordinario, el cual es bastante rígido en cuanto a las oportunidades probatorias.

De cualquier forma, no vemos razones que justifiquen la ausencia de contradictorio en los términos del ART. 492 CDT. Sumado a ello, también nos parece que la norma debería regular expresamente otro tipo de situaciones (con medidas específicas para ellas) como, por ejemplo, el acoso.

#### 1.2.4. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

Nuevamente debemos distinguir si la vulneración ocurre durante la relación laboral o con ocasión del despido. Así, cuando la vulneración ha ocurrido durante la relación laboral, además de los requisitos establecidos establecidos en el ART. 459 CDT, se establece lo siguiente:

ART. 495. La sentencia deberá contener, en su parte resolutive:

1. La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada;
2. En caso afirmativo, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492;
3. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan, y
4. La aplicación de las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas de este Código.

Cuando se ha declarado que la vulneración ocurrió con ocasión del despido, además de los requisitos recién reproducidos, se deberá disponer el pago de tres indemnizaciones (ART. 489 CDT): i) indemnización sustitutiva del aviso previo (ART. 162, INC. 4° CDT); ii) indemnización por años de servicio (ART. 163 CDT) con los recargos del ART. 168, según sea el caso; y iii) una indemnización sancionatoria, fijada por el juez, que no debe ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Existe, además, una tercera posibilidad: el derecho de reincorporación (ART. 489, INC. 4° y 5° CDT). En este caso, se permite al trabajador cuyos derechos han sido vulnerados con ocasión del despido que pueda optar entre el pago de las indemnizaciones recién mencionadas y la reincorporación. Para que ello ocurra es necesario que el despido sea declarado: i) discriminatorio, por haberse infringido lo dispuesto en el ART. 2°, INC. 4° CDT; y ii) grave.

### 1.3. LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA

De las reglas especiales introducidas a propósito del procedimiento de tutela, la llamada prueba de indicios es de especial relevancia. Así, el CÓDIGO DEL TRABAJO establece que:

ART. 493. Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Esta norma se presenta como una herramienta de facilitación probatoria para la parte denunciante, sin embargo su aplicación no es una cuestión pacífica en nuestra literatura.

Si bien este tema será abordado posteriormente con mayor profundidad, nos parece necesario despejar ciertas cuestiones. Por ello, además de introducir brevemente la idea de facilitación probatoria, analizaremos cómo esta regla encuentra o no justificación en este tipo de procedimientos. Además, daremos cuenta del estado de la discusión a nivel doctrinario, lo

que servirá de punto de partida para el análisis posterior.

### 1.3.1. LA FACILITACIÓN PROBATORIA

Como hemos señalado anteriormente, más allá que la verdad sea un valor relevante dentro del proceso, de esto no se sigue que sea el único fin perseguido. De ahí que se establecen reglas que no, necesariamente, contribuyen a lograr una determinación de hechos que pueda ser aceptada como verdadera y otras que incluso podrían obstaculizar dramáticamente tal cuestión (Ferrer Beltrán, “La prueba es libertad” 11; Laudan, “Por qué” 96–97).

Podríamos considerar que los estándares de prueba, las normas de presunción, las reglas sobre prueba legal o la carga de la prueba, no son solo mecanismos que, de una u otra forma, terminan por facilitar el esfuerzo probatorio que debe realizar una de las partes (Hunter Ampuero 257–58). Sino que también son reglas que, por distintas razones, no tienen una finalidad epistémica.

De cualquier forma es necesario hacer una aclaración. Que existan reglas que tengan como consecuencia la facilitación probatoria a una de las partes, no quiere decir esa sea la finalidad de las mismas. Conviene recordar lo afirmado en relación a los estándares de prueba y a las presunciones<sup>29</sup>.

Por una parte, podría decirse que la determinación del estándar de prueba viene dada en razón de la distribución del error en la decisión judicial; lo que allí subyace, obviamente, es que existen errores que son más aceptables que otros. Por otra parte, las presunciones se suelen justificar tanto por consideraciones valorativas (en términos similares al estándar de prueba), criterios de probabilidad estadística o también en razón de lo dificultoso que puede ser probar determinados hechos para una de las partes.

---

<sup>29</sup> En cuanto a la carga de la prueba, esta es una regla que permite determinar quién deberá soportar el resultado adverso ante la falta de prueba suficiente sobre un hecho en el proceso, en tal sentido podríamos decir que se facilita la prueba de quien no pretende la subsunción normativa del hecho (que permite dar lugar a la pretensión).

### 1.3.2. ¿ES NECESARIA UNA REGLA DE FACILITACIÓN PROBATORIA?

En esta ocasión, antes de entregar razones, responderemos a la pregunta: sí, esta regla es necesaria y ello tiene, al menos, una triple justificación.

En primer lugar, si el derecho del trabajo tiene como fundamento una relación de desigualdad, que se expresa en la idea de trabajo subordinado (González Ortega 30; Planet Sepúlveda 94), dicha relación también tiene consecuencias procesales. Esta consecuencia procesal suele traducirse en la idea que el empleador tiene disponibilidad y control respecto de los elementos de juicio. En tal sentido, establecer mecanismos de facilitación probatoria permitiría solucionar, en apariencia, el desequilibrio generado (Jara Bustos 154).

En segundo lugar, la regla de facilitación probatoria puede justificarse en razón de la naturaleza de los derechos protegidos en este procedimiento. Pues los derechos fundamentales son de naturaleza intrínsecamente axiológica, por lo que comprenden cuestiones que escapan de la mera cognición: así, como sostiene Tecla Mazzaresse, la identificación de los derechos fundamentales “... es todo menos obvia e inmediata porque, básicamente, es todo menos obvia e inmediata la identificación de los valores de los que deben ser expresión o instrumentos de realización” (697). Por lo demás, si bien es cierto que en nuestra legislación se ha optado por la enunciación explícita de los derechos que se tutelan, ello no es condición suficiente para resolver el problema de su identificación (en profundidad Mazzaresse 698–708).

En tercer lugar, la regla de facilitación probatoria puede justificarse a partir del propio carácter de las conductas. En tal sentido, José Lousada ha sostenido que las reglas generales de la prueba se muestran insuficientes cuando se trata de acreditar conductas lesivas de derechos fundamentales:

En primer lugar, porque son conductas polimórficas, ‘de gran variedad práctica y conceptual’, o, dicho en otros términos, ‘no responden a un paradigma o patrón común que pueda fácilmente evidenciarse’. Y, en segundo lugar, porque son

conductas habitualmente escondidas bajo una apariencia de legalidad, o, dicho en otros términos, ‘nunca se presentarán como (ilegítimas), salvo supuestos extremos, sino enmascaradas y ocultas’ (Lousada Arochena 20)

De esta forma, la regla de facilitación se justificaría por: i) el carácter polimórfico de la conducta lesiva; y ii) por la aparente legalidad en que habitualmente se esconden.

### 1.3.3. DIVERSAS INTERPRETACIONES SOBRE LA PRUEBA INDICIARIA

Habiendo señalado, a grandes rasgos, las razones que justifican una regla de facilitación probatoria a favor del denunciante de vulneración. Ahora, nos queda por determinar cual fue la opción tomada en nuestra legislación. Así, podemos decir que hay dos puntos de acuerdo sobre los que se desarrolla la discusión: i) que estamos ante un mecanismo de facilitación probatoria; ii) que la norma del ART. 493 se conoce como prueba de indicios o indiciaria<sup>30</sup>.

En cuanto a la naturaleza de la regla es que se evidencian las discrepancias. Por nuestra parte, nos bastará con señalar que la prueba de indicios no es otra cosa que una presunción. Sin embargo, como veremos, buena parte de las interpretaciones de esta norma distan bastante de la idea de presunción.

Entonces, si la prueba indiciaria no es una presunción, ¿qué es? En tal sentido, podemos agrupar las interpretaciones en dos grandes grupos: i) quienes señalan que se trata de una regla que altera la carga de la prueba; y ii) quienes sostienen que se trata de un estándar de prueba diferenciado.

Entender la prueba de indicios del ART. 493 CDT como una regla cuya finalidad es alterar la carga de la prueba es erróneo a nuestro juicio. Además que ello tiene como consecuencia diversos problemas respecto a los cuales no se han podido dar respuestas

---

30 Si bien solo a partir de tal denominación y de lo señalado en el primer capítulo de este trabajo debería existir claridad respecto a la naturaleza de la regla, en este caso solo hacemos alusión a como se suele denominar a esta regla (Así: Cárcamo Zamora y Núñez González; Castro Castro; Gamonal Contreras, “Eficacia” 61; Santibañez Boric 89; Ugarte Cataldo, “Tutela laboral” 223; Villalón Esquivel 238).

concluyentes. En lo que cabe a entender la norma como un estándar de prueba, si bien analizaremos los argumentos de quienes la sustentan, adelantaremos que sostener que un hecho se encuentra suficientemente probado cuando hay prueba suficiente no puede ser considerado un estándar de prueba. De aquí en más, el objeto de este trabajo es aportar una interpretación que, siendo respetuosa con la finalidad de la norma, se ajuste al debido proceso, a la estructura del procedimiento (Lifante Vidal 103–04) y, sobretodo, que sea funcional a los fines pretendidos.

## 2. EL CASO ESPAÑOL: LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

La LEY 36/2011, de 10 de octubre, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL de España<sup>31</sup> (en adelante LRJS), fue presentada como forma de consolidar los diversos procedimientos laborales establecidos en el ordenamiento español. Así, se regula un procedimiento ordinario y una serie de modalidades procesales especiales.

Este procedimiento ordinario –equivalente a nuestro procedimiento de aplicación general– se encarga de conocer todas aquellas pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho que no disponga de una tramitación específica. La existencia de un procedimiento ordinario y diversas modalidades procesales tiene como consecuencia que sea la parte demandante quien deba determinar que procedimiento es el adecuado para su pretensión. Sin embargo, se dice que ello no es realmente un problema toda vez que el tribunal podrá determinar que la modalidad pretendida no se ajusta a la pretensión, sin que ello implique una denegación de justicia (Chocrón Giráldez 375–76).

Pasaremos a exponer algunas de las principales características de la modalidad procesal que forma parte de nuestro objeto de estudio: la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. También haremos mención especial al mecanismo de facilitación probatoria contenido en este procedimiento y la discusión que se ha generado en torno a este.

---

31 Que viene a sustituir a la LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL de 1995.

## 2.1. EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

En este apartado abordaremos algunas cuestiones relevantes que configuran este procedimiento. Ello presenta utilidad en la medida que podremos notar algunas similitudes en relación a nuestro procedimiento de tutela.

### 2.1.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La protección de los derechos fundamentales no es una cuestión nueva en el contexto español. Sin embargo, la LRJS resulta importante a efectos de unificar y clarificar el objeto de esta modalidad procesal, contemplando la tutela tanto de la libertad sindical, el derecho a huelga y otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluyendo la prohibición a los tratamientos discriminatorios y del acoso (Chocrón Giráldez 377).

Debemos señalar que este procedimiento contempla diversas excepciones, lo cual tiene como consecuencia que –en tales casos– se deberá conocer la denuncia conforme a la modalidad que corresponda pero respetando las garantías contempladas en el procedimiento de tutela<sup>32</sup>. De acuerdo a lo anterior, se señala que existen diversas vías de tutela.

La primera situación es la contemplada por el procedimiento de tutela, la cual tiene por objeto determinar si se ha producido o no la vulneración del derecho o libertad invocado. En este caso, se dice que estaríamos frente a un procedimiento de cognición limitada. Es decir, que se ajusta al examen de las alegaciones de vulneración que se funden en la limitación al pleno ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador contenidos en la Constitución Española (Chocrón Giráldez 378). La segunda situación viene dada por la aplicación de la

---

32 Así, en los casos que la vulneración a los derechos o libertades se produzcan con ocasión de determinadas controversias, no corresponderá la aplicación de esta modalidad. Ello ocurrirá en las demandas por: i) despidos y demás causas de extinción del contrato de trabajo; ii) modificaciones sustanciales del contrato de trabajo; iii) disfrute de vacaciones; iv) materias electorales; v) impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación; vi) movilidad geográfica; vii) el derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral; viii) impugnación de los convenios colectivos; y ix) sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores (Chocrón Giráldez 378).

modalidad procesal correspondiente. En tal caso, estos procedimientos gozarán de preferencia respecto de las demás causas y se deberán respetar las garantías contempladas en los ARTS. 177 a 184 de la LRJS. La tercera situación se produce cuando deba aplicarse el procedimiento ordinario en razón del objeto de la pretensión de la demandante (Chocrón Giráldez 379).

### 2.1.2. CONTENIDO DE LA DEMANDA

La demanda de tutela deberá contener, además de los requisitos generales (ART. 80.1 LRJS), los requisitos especiales contenidos en el ART. 179.3 ellos son: i) expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración; ii) señalar el derecho o libertad infringidos; y iii) determinar la cuantía de la indemnización pretendida. En caso que el demandante no de cumplimiento a dichos requisitos, el tribunal podrá no dar curso a la demanda, permitiendo a la parte demandante subsanar los defectos u omisiones en que haya incurrido.

Finalmente, una vez interpuesta la demanda, se procederá a la citación para los actos de conciliación y juicio. Estos deberán celebrarse "... dentro del plazo improrrogable de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. En todo caso, habrá de mediar un mínimo de dos días entre la citación y la efectiva celebración de aquellos actos." (ART. 181.1 LRJS). Cabe destacar que, en línea con la celeridad con que se desarrolla este procedimiento, no se contempla el trámite de la contestación por escrito.

### 2.1.3. LEGITIMACIÓN PROCESAL

Respecto a la legitimación activa, se pueden distinguir dos situaciones, según si la vulneración sea individual o colectiva.

En el primer caso (ART. 177 LRJS), corresponde al trabajador ser parte principal en el asunto. Podrán también, ser parte coadyuvantes: i) el sindicato al que pertenece el trabajador o cualquier sindicato que ostente la condición de más representativo; y ii) las entidades públicas y privadas entre cuyos fines se encuentren la promoción y defensa de los intereses legítimos

afectos en los supuestos de discriminación (Chocrón Giráldez 380). En el segundo caso (cuando la vulneración es colectiva), la legitimación activa corresponde al sindicato que invoque un derecho o interés legítimo.

Respecto a la legitimación pasiva, se produce una situación interesante. Se suele decir que quien vulnera el derecho o libertad del trabajador debe ser el empleador, o al menos quien mantenga un grado de jerarquía sobre la víctima. En tal situación, bien podría verse excluida la vulneración que se da en el marco de la relación laboral pero que, sin embargo, es ocasionada por una persona distinta al empleador. Para resolver tal cuestión, se establece (ART. 177.4 LRJS) que la víctima de la vulneración de derechos o libertades –ocurridas con motivo, ocasión o en conexión directa de la relación laboral– pueda dirigir su demanda tanto al empresario como contra cualquier sujeto que resulte responsable, con independencia del vínculo que le una al empresario (en profundidad Chocrón Giráldez 381–83).

#### 2.1.4 MEDIDAS CAUTELARES

A diferencia de lo que ocurre en nuestra legislación, las medidas cautelares contempladas en el ART. 180 de la LRJS se tramitan en forma incidental. Por lo que se debe citar a las partes a una audiencia donde solo podrán realizarse alegaciones y presentar prueba respecto a la justificación y proporcionalidad de la medida (cautelar) en conformidad al derecho fundamental que se alega y el riesgo para la efectividad de la resolución que deba recaer.

Estas medidas deben ser solicitadas por el actor junto a la demanda (ART. 180.1 LRJS) y, en tal caso, el tribunal deberá acordar la suspensión de los efectos del acto impugnado: i) cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad; ii) siempre y cuando ello no ocasione una perturbación grave y desproporcionada de otros derechos y libertades (ART. 180.2 LRJS).

Finalmente, se contemplan reglas especiales en casos de: i) vulneración a la libertad

sindical (ART. 180.2); ii) vulneración del derecho a huelga (ART. 180.3); y iii) acoso y violencia de género (ART. 180.4)<sup>33</sup>.

#### 2.1.5 LA PRUEBA DE LA VULNERACIÓN

Se ha señalado, en nuestra literatura, que en este procedimiento existe una regla de facilitación probatoria similar a la contenida en el ART. 493 CDT. En tal sentido, el ART. 181.2 LRJS establece que:

En el acto de juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Esta norma reconoce la prueba indiciara en el proceso laboral, la cual se configura en dos sentidos (Chocrón Giráldez 384): i) por una parte exige la aportación del actor de indicios de que el acto empresarial vulnera su derecho fundamental o libertad; y ii) exige al demandado una justificación objetiva y razonable de las causas del acto.

Son diversas las razones que justifican estos mecanismos de facilitación probatoria, cuestión que ya hemos abordado. Debemos señalar que en este caso se dice que no hay una inversión a la carga de la prueba, toda vez que las exigencias probatorias de las partes no son modificadas. En tal sentido, Ana María Chocrón señala:

Obsérvese que con ese esquema la posición del trabajador en la distribución probatoria es francamente ventajosa bastándole acreditar indicios para que el tribunal lo tenga en cuenta si la empresa no logra combatir en juicio tales indicios. En ello se ha querido ver una inversión o desplazamiento de la carga probatoria. Sin embargo, en estricto sentido, no concurre este fenómeno procesal en la medida en que las exigencias probatorias de las partes no se modifican, esto es, el actor no queda relevado de la carga de probar pasando ésta al contrario, o en otros términos, no le basta al demandante simplemente con

---

33 Estas dicen relación con medidas específicas para la protección del derecho vulnerado (Así Chocrón Giráldez 383–84)

calificar de discriminatoria la actuación o decisión de la empresa demandada sino que también deberá desplegar una primera e ineludible tarea probatoria y no meramente alegatoria a diferencia de lo que pudiera deducirse de una primera impresión (384–85)

Así, es claro que no bastan las meras alegaciones para que se presuma la vulneración, presentando la regla una clara estructura condicional.

## 2.2. PRUEBA DE INDICIOS O PRINCIPIO DE PRUEBA<sup>34</sup>

Que no exista propiamente una inversión a la carga de la prueba no implica que la prueba de indicios del ART. 181.2 de la LRJS esté exenta de discusiones. Por más que haya acuerdo en que esta regla no se trata realmente de una inversión a la carga de la prueba, se ha discutido si –por otra vía– a partir de esta norma se podrían modificar las reglas generales sobre su distribución (Lousada Arochena 22).

Esta discusión tiene su origen en la doctrina establecida mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (en adelante TCE) en relación a lo que se ha denominado como principio de prueba. Lo que se discute no es el alcance de la prueba indiciara en estos procedimientos, sino que si es posible –a partir del ART. 181.2 LRJS y de distintas directrices y normas (comunitarias y del ordenamiento español)– flexibilizar, aliviar, o atenuar la carga de la prueba del demandante (Lousada Arochena 20–22).

A continuación nos referiremos a la conceptualización de la doctrina del principio de prueba elaborada por la jurisprudencia española. Posteriormente evaluaremos ciertos conceptos relacionados y sobre los cuales realizaremos una aproximación a la naturaleza de la norma.

---

<sup>34</sup> En este punto nos basamos en el trabajo de José Fernando Lousada Arochena: *La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español*. Por lo que las sentencias mencionadas son extraídas a partir de ahí.

### 2.2.1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRUEBA

Si bien las primeras aproximaciones a la doctrina de la flexibilización probatoria apuntaban a alterar la carga de la prueba (TCE 38/1981), la realidad es que ello no encontró mayor resonancia en el panorama español. Esta falta de aceptación se produjo en tanto no parecía lógico que bastara con la mera alegación de vulneración por parte del demandante para alterar la carga de la prueba (Lousada Arochena 22–23). Por ello se avanzó en la exigencia de antecedentes al demandante. Así, se ha sostenido que se deben aportar indicios racionales (TCE 38/1986) que generen una razonable sospecha de la vulneración (TCE 114/1989) o, que, a partir de los hechos resulte una apariencia de lesión (TCE 21/1992).

Vale la pena distinguir. Por una parte, se sostiene que la prueba de indicios obliga a la demandante a acreditar los indicios de la vulneración y que a partir de ahí se presumirá la conducta vulneratoria. Por otra parte, en el principio de prueba no se obliga a la parte a acreditar un hecho, sino solo a imbuir en el juez la sospecha racional de discriminación (Lousada Arochena 23). Así, aparece que la prueba de indicios, contenida en el ART. 181.2. LRJS, es una cuestión distinta al principio de prueba.

En este punto queremos destacar dos cuestiones: i) que parecería que la diferencia entre estas dos instituciones podría guardar semejanza con la distinción realizada, a propósito de las normas sobre presunciones, entre reglas y principios (Aguiló Regla, “Presunciones” 22–24); o ii) que el principio de prueba podría tomar como base la idea de *anscheinsbeweis* o prueba *prima facie* desarrollado por la doctrina alemana (Taruffo, *La Prueba* 512–15). Respecto de estos dos alcances realizaremos algunos comentarios posteriormente.

La enunciación más tradicional de la doctrina del principio de prueba, en razón de su reiteración en la jurisprudencia posterior, establece (Lousada Arochena 23–24):

la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental... principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel; un indicio que,

como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido (TCE 90/1997)

A partir de dicha sentencia, es posible extraer que no bastan las meras alegaciones sino que se requerirá el despliegue de actividad probatoria para poder dar lugar a la pretensión.

### 2.2.2. PRINCIPIO DE PRUEBA, PRESUNCIONES, PROBABILIDAD Y VEROSIMILITUD

Para profundizar en la doctrina del principio de prueba, nos parece conveniente señalar cuales serían los indicios o principios de prueba más habitualmente utilizados por la jurisprudencia. Así, al menos entre 1997 y 2016, Lousada señala los siguientes (24–26): i) la correlación temporal entre el ejercicio del derecho fundamental y la actuación empresarial; ii) la comparación del demandante con otros trabajadores comparables; iii) la existencia de antecedentes discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales por la parte demandada; iv) los datos profesionales y buena trayectoria previa del demandante con anterioridad a la extinción de la relación laboral simultánea al conocimiento empresarial del factor protegido; v) la manifestación empresarial de la causa discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales; vi) la flagrante ausencia de justificación empresarial; o vii) el contexto de los acontecimientos como elemento de verosimilitud<sup>35</sup>.

De la enunciación de tales indicios no vemos nada radicalmente distinto al razonamiento presuntivo. Para sostener tal cuestión imaginemos un caso sencillo: una trabajadora embarazada es despedida y denuncia a su empleador por vulneración de derechos con ocasión del despido. Imaginemos que, en el juicio, se logra acreditar lo siguiente: i) la condición de embarazo; ii) que el empleador tuvo conocimiento de tal condición; iii) que la trabajadora desempeñó sus labores por más de 10 años y con excelentes evaluaciones; y iv) que fue desvinculada momentos después de conocer su empleador el factor protegido.

---

<sup>35</sup> Además de estas situaciones, se ha dicho que en casos de discriminación, el conocimiento empresarial del factor protegido es una cuestión fundamental, puesto que ello permite la conexión lógica entre el indicio y la vulneración (Lousada Arochena 26–27)

En este caso, ¿se usó la prueba de indicios o principio de prueba?

Más allá de referirnos a las implicaciones jurídicas del asunto, queremos centrarnos en el aspecto fáctico. En tal sentido, no se ha probado que el despido responda a un móvil vulneratorio. Sin embargo, de tales antecedentes es razonable presumir que es la condición de la trabajadora la razón de su despido, siendo por tanto discriminatorio. Y si es presumible implica que debe procederse como si esta se encuentra probada, a menos que el empleador logre acreditar que el despido no fue vulneratorio.

Parecería que de la sola aplicación de los elementos indicativos del principio de prueba mencionados anteriormente, no se desprende ninguna consecuencia práctica significativa. Sin embargo, no nos parece adecuado descartar tan fácilmente la distinción entre la prueba de indicios y el principio de prueba. Pero si sostenemos que, para clarificar tal situación, es necesario introducir otros criterios de evaluación, estos son: i) la distinción entre reglas y principios; y ii) la distinción entre probabilidad y verosimilitud a propósito del concepto de *anscheinsbeweis* o prueba *prima facie*.

a) En el primer caso, debemos recordar que tal distinción es aplicable a las normas de presunción. Y que estas se traducen en el sintagma “debe presumirse”. Así, hemos sostenido que las normas de presunción se caracterizan por ordenar tener un hecho (desconocido) como probado y que la utilidad de distinguir entre reglas o principios tiene relación con si el mandato es o no condicional.

Por una parte, cuando el mandato es condicional estamos frente a reglas y ello implica que para tener por probado un hecho desconocido debe cumplirse una condición: probar un hecho base. Por el contrario, las presunciones que operan como principios no tienen tal estructura condicional y por tanto no será necesario desplegar actividad probatoria alguna para que operen.

Se ha señalado, respecto de la doctrina del principio de prueba, que no basta con la

mera alegación del denunciante para que la conducta se estime vulneratoria. A partir de ello podemos sostener que tanto la prueba de indicios como el principio de prueba tienen una estructura condicional.

Por otra parte, y también dentro del razonamiento presuntivo, las presunciones *hominis* permiten tener por probado un hecho desconocido, sin embargo carecen del elemento prescriptivo, por lo que se traducen en el sintagma “es presumible”. En tales casos, la presunción se justifica en base a regularidades o máximas de la experiencia. Esto es relevante en la medida que el mecanismo de facilitación probatoria, que estamos analizando, no se justifica en razón de su regularidad<sup>36</sup>. Además, tampoco tendría mucho sentido que permitir realizar presunciones judiciales pueda ser entendido como un mecanismo de facilitación probatoria.

Es por esto que, al menos en este punto, somos de la idea que ambas cuestiones deben ser consideradas normas de presunción y que ambas presentan una estructura condicional<sup>37</sup>.

b) La prueba *prima facie* o *anscheinsbeweis*, es un método de prueba indirecta el cual permite a partir de “eventos típicos”, que se producen con fuerte regularidad, extraer conclusiones acerca de un hecho desconocido que se trata de probar (Taruffo, *La Prueba* 513). Respecto a este tipo de prueba, Taruffo sostiene que no es clara la forma en que esta opera, en el sentido de si se trata de una cuestión distinta a la prueba de indicios o presunciones, a partir de lo cual sostiene que:

En efecto, si la base de la institución está en la tipicidad del desarrollo de los hechos en ciertos sectores, de forma que la experiencia normal acaba haciendo irrelevantes las circunstancias concretas del caso específico, y la parte no puede probar el hecho sino únicamente mostrar la ocurrencia de un supuesto de hecho típico, no se está en el ámbito de la prueba (ni siquiera en el de una prueba

---

36 Si seguimos con el ejemplo propuesto, no creemos que exista una máxima que permita concluir que despedir a un trabajador que lleva más de 10 años en una empresa sea un despido vulneratorio, a lo sumo podríamos sostener que fue injustificado. Entonces, la calificación de vulneratorio sigue más bien una justificación valorativa y por ello se hace necesaria su recepción normativa.

37 Es decir que es necesaria la prueba del hecho indicativo para que pueda presumirse el hecho desconocido.

inferior o débil) sino en el de la mera alegación de un hecho que resulta calificable como correspondiente a la 'normalidad' o a la 'tipicidad' del esquema recurrente en el *id quod plerumque accidit* relativo a ese sector de la experiencia (*La Prueba* 515).

Cuando Taruffo sostiene que la prueba *prima facie* no permite la prueba del hecho sino solo mostrar su ocurrencia, a lo que está haciendo relación es a la distinción entre probabilidad y verosimilitud. En tal sentido, sostiene que cuando un hecho es probable, nos estamos refiriendo a la prueba de ese hecho, es decir, a la presencia de elementos cognitivos que permiten confirmar la hipótesis (*La Prueba* 504). En cambio, un hecho no es verosímil cuando hay elementos de prueba que permiten confirmarlo, sino cuando este resulta conforme al *id quod plerumque accidit* (*La Prueba* 504–05).

Debemos advertir que la verosimilitud no tiene que ver con la prueba del hecho, sino que con su alegación. Así, el juicio de verosimilitud prescinde de tomar en consideración a los elementos de prueba y se dirige solo a establecer si el hecho afirmado se corresponde o no a un criterio de normalidad, además dicho juicio de verosimilitud bien podría no estar sustentado por ningún elemento de juicio (Taruffo, *La Prueba* 506). Nos parece que el principio de prueba, el menos en los términos expresados por la jurisprudencia española, no se corresponde en rigor a este juicio de verosimilitud.

De cualquier forma, nos parece que a partir de esta noción sí podemos obtener algunas conclusiones útiles. Pues, si habíamos señalado que tanto el principio de prueba como la prueba de indicios responden a una norma de presunción, ello implica que la garantía o regla de presunción no puede ser impugnada, dada su naturaleza práctica. A partir de ahí, el criterio que debemos utilizar para diferenciar al juicio de probabilidad y verosimilitud viene dado por la necesidad o no de elementos probatorios que lo sustenten. Por ello debemos descartar que estemos ante un juicio de verosimilitud en el sentido antes señalado.

Entonces si la prueba de indicios y el principio de prueba responden a un juicio de probabilidad, en el sentido que es necesaria la prueba del hecho indicativo para proceder, aún queda el asunto de en qué forma podrían diferenciarse. En tal sentido, nos parece que el

principio de prueba y la prueba *prima facie*, si bien presentan una justificación diversa, si tienen un punto de encuentro bastante evidente: la determinación previas de los hechos que permiten su aplicación.

En lo que respecta al principio de prueba y su relación con la prueba de indicios, esta podría explicarse en razón de los hechos indicativos que permiten presumir la vulneración. Así, mientras en la prueba de indicios la determinación de estos viene dada por el contenido de la denuncia y la posterior declaración de suficiencia<sup>38</sup> por parte del juez en el caso concreto; mediante la aplicación del principio de prueba, en los casos que han sido tipificados, la actividad de la demandante deberá centrarse únicamente en la prueba de tales hechos y no en su declaración de suficiencia.

### 3. LA PRUEBA DE INDICIOS EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

Lo que nos queda ahora por abordar es el tratamiento que se la ha dado a la prueba de indicios contenida en el ART. 493 CDT. Ya avanzamos un poco cuando señalamos algunos conceptos que rondan en su interpretación, ahora corresponde ponerlos a prueba. A nuestro juicio, los aportes en esta materia se pueden clasificar en dos grupos: i) quienes sostienen que se trata de una regla que altera la carga de la prueba; y ii) quienes sostienen que se trata de una regla de estándar de prueba. Ciertamente hay algunas posiciones que se escapan de esta clasificación, pero no en forma tan radical como para justificar su análisis diferenciado.

#### 3.1. LA PRUEBA INDICIARIA COMO ALTERACIÓN A LA CARGA DE LA PRUEBA

La regla contenida en el ART. 493 CDT ha sido tema obligado para buena parte de la literatura nacional. En tal sentido es posible identificar algunas posiciones más o menos establecidas, siendo la posición dominante –o con mayor resonancia– aquella que postula que la prueba indiciaria sería un mecanismo de alteración a la carga de la prueba. En este apartado nos ocuparemos de reconstruir dicho planteamiento, señalando –entre otras cosas– que

---

38 En el sentido que se encuentren probados.

entienden por indicios, la naturaleza de la prueba indiciaria y su funcionamiento, el momento en que opera y sus efectos. Como podrá notarse, todas estas cuestiones las hemos tratado en apartados anteriores, por lo que será importante tenerlas presentes.

### 3.1.1. ¿QUÉ SON LOS INDICIOS?

Ya hemos dicho que los indicios son fuente de presunciones y, en tal sentido, se identificarían con el hecho base o indicativo que permite dar lugar al razonamiento presuntivo. Lo que nos ocupa ahora es como esta noción es recogida por la doctrina a propósito del procedimiento de tutela.

Una primera mención a los indicios la encontramos en el mensaje presidencial del proyecto de ley que introdujo esta regla, en el cual se sostuvo que los indicios son señales o evidencias que dan cuenta de un hecho oculto (en Planet Sepúlveda 116), tal hecho oculto es la vulneración de un derecho fundamental. Este planteamiento nos parece correcto en la medida que el hecho oculto, o desconocido, se refiere justamente al acto vulneratorio y se corresponde plenamente al razonamiento presuntivo.

En sentido similar, Ximena Cárcamo y Cayetano Nuñez sostienen que el indicio debe permitir al juez deducir la posibilidad de que se haya lesionado un derecho fundamental, mediante señales que manifiesten algo oculto (86).

José Castro ha sostenido que los indicios son cualquier elemento probatorio que permita al juez formar la creencia de la existencia de vulneración (126). En este caso la definición es doblemente problemática: i) se hace referencia a un estándar de prueba; y ii) confunde a los indicios con la prueba de indicios, puesto que –como ya se ha sostenido– los indicios son hechos, no pruebas.

Sergio Gamonal ha dicho que “[e]l indicio es más bien una suerte de presunción no plena de la existencia de una lesión a un derecho fundamental y, para destruirla, el demandado

deberá probar plenamente” (“Prueba indiciaria” 80). Que, para este autor, los indicios sean una presunción no plena cobra relevancia en torno a la consecuencia que le atribuye, cuestión que revisaremos posteriormente.

Finalmente, José Luis Ugarte sostiene que los indicios son “... hechos que han de generar en el juzgador al menos la sospecha fundada de que ha existido lesión de derechos fundamentales” (Ugarte Cataldo, “Tutela laboral” 224).

Sería injusto simplemente descartar tales conceptualizaciones solo por introducir algún elemento con el que no mostramos de acuerdo. Sin embargo, nos parece necesario hacer notar ciertas cuestiones problemáticas: i) se deja entrever que la prueba de indicios sería inferior la prueba directa; y ii) que los indicios influirían en la determinación del límite de suficiencia probatorio.

### 3.1.2. NATURALEZA Y FUNCIONAMIENTO DE LA PRUEBA DE INDICIOS

Se sostiene, en general, que la regla del ART. 493 CdT alteraría la carga de la prueba, sin que ello implique su completa inversión; pues correspondería aún al denunciante la prueba de indicios suficientes del acto vulneratorio.

En tal sentido, Ugarte sostiene que la norma tiene como finalidad:

... facilitar la posición probatoria por la vía de aligerar el esfuerzo probatorio del trabajador denunciante, atemperando, en algunos casos, los efectos del axioma central en la materia de que corresponde probar un hecho a quien lo alega (carga de la prueba formal), o modificando, en otros, el hecho de que el costo por la falta de certeza plena en la acreditación de un hecho debe soportarlo aquel que lo afirma (carga de la prueba material) (“Tutela laboral” 218)

Si esto es cierto, podríamos afirmar que la norma permitiría alterar tanto la carga objetiva como la carga subjetiva de la prueba<sup>39</sup>. Sin embargo, el mismo autor descarta tal idea,

---

39 Recordemos que la regla de la carga objetiva o material de la prueba es aquella que, ante la

así:

Respecto de la naturaleza de la reducción probatoria establecida en el artículo 493 C.Trab., cabe señalar que no se trataría de un riguroso caso de inversión de la carga formal de la prueba (onus probandi). En efecto, no es suficiente que se alegue una lesión de derechos fundamentales para que se traslade al empleador la carga probatoria, y por ello, en rigor, a pesar de la confusión de algunos, no se altera el axioma de que corresponde probar un hecho al que lo alega fundado en lo dispuesto en el artículo 1698 CC.: ‘incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta’ (Ugarte Cataldo, “Tutela laboral” 219)

Respecto a esta idea, una prevención: la carga de la prueba –o, como el autor señala “el axioma en esta materia”– se refiere a la pregunta de quien soporta las consecuencias adversas frente a la indeterminación de un hecho; es decir, a la carga material de la prueba. Como ya hemos señalado, la carga formal de la prueba no deriva de la carga material, no impone un deber normativo y tampoco es una regla necesaria para explicar quien debe probar un hecho determinado. Diremos, entonces, que la prueba de indicios no puede modificar la respuesta a la pregunta sobre quien debe soportar las consecuencias adversas ante la falta de elementos de juicio suficientes sobre un hecho: ello pues implicaría la alteración del supuesto de hecho que sirve de base a la norma.

En sentido similar, se ha sostenido que esta norma permite alterar la carga de la prueba cuando concurren indicios aportados por el denunciante respecto a la afectación o vulneración de derechos fundamentales. Esto permitiría trasladar la carga de la prueba al empleador quien deberá demostrar que el hecho no es vulneratorio (Castro Castro 126).

En definitiva, son diversos los autores que plantean –de manera más o menos similar– la idea de que esta regla se trata sobre una alteración, modulación o morigeración de la carga de la prueba del denunciante (así Caamaño Rojo y Ugarte Cataldo 85–87; Cárcamo Zamora y Núñez González 85; Castro Castro 126–28; Ferrada Bórquez y Walter Díaz 107–08; Planet

---

incertidumbre en la prueba de un hecho por falta de elementos de juicio que permitan decidir, asigna el costo de esta falta de prueba a la parte que lo alega. Por otra parte, la carga formal o subjetiva permite establecer cual de las partes tiene el deber, en un sentido técnico, de aportar prueba. De cualquier forma, y para todos los efectos, es conveniente remitirnos a lo que señalamos cuando desarrollamos la idea de carga de la prueba.

Sepúlveda 116–17).

Por una parte, respecto a la forma que opera la prueba de indicios, Ugarte señala que hay dos cuestiones que debemos considerar. En primer lugar, que esta regla altera la carga material de la prueba, es decir, el costo del hecho que ha quedado inciertamente determinado (Ugarte Cataldo, “Tutela laboral” 220). Además, sostiene que “... esa alteración modifica la respuesta a la pregunta de quién debe soportar el sacrificio del hecho que no ha quedado suficientemente probado pero sobre el cual recae una razonable sospecha de su ocurrencia” (“Tutela laboral” 221). Es decir: que si se prueban los indicios el hecho estará inciertamente determinado y que, ante tal situación, se procede a alterar la carga objetiva de la prueba. En segundo lugar, sostiene que habrían dos situaciones en que no sería necesario la prueba de indicios: i) cuando denunciante logre probar directamente; y ii) cuando el empleador logre la prueba de la justificación (Ugarte Cataldo, “Tutela laboral” 222). No estamos de acuerdo. Primero puesto que ya hemos dado razones para sostener la equiparación funcional entre la prueba directa e indirecta; es más, el mismo autor recoge tal cuestión pues sostiene que:

No hay, como ha apuntado la doctrina procesal moderna, otra diferencia relevante entre prueba directa e indirecta que el objeto de la prueba, y en ningún caso presentan diferencias estructurales desde el punto de vista de la calidad epistemológica de la misma (“Tutela laboral” 223)

Por otra parte, para que sea necesario valorar la justificación del denunciado, necesariamente debe presumirse la vulneración. Es decir: si no hay indicios suficientes del hecho vulneratorio, no podría justificarse un hecho cuya ocurrencia no está probada.

Entonces, ¿cómo opera la prueba de indicios? Hay acuerdo en que esta regla no supone una alteración inmediata a la carga de la prueba, puesto que no basta con la mera alegación de vulneración a un derecho fundamental para trasladar la carga de la prueba al empleador (Ugarte Cataldo, “Tutela de derechos” 64). Además, se sostiene que la víctima no se encuentra totalmente liberada de prueba, debiendo acreditar la existencia de indicios suficientes de la vulneración; solo en ese caso se trasladaría al denunciado el deber de probar que la conducta se encontraba justificada en los términos del ART. 493 CDT (“Tutela de derechos” 64).

A nuestro juicio, el ART. 493 no tiene como finalidad la alterar la carga de la prueba. Más allá que desarrollaremos con mayor profundidad en forma posterior, es necesario hacer una aclaración. Si, en cualquier proceso y respecto de cualquier pretensión, el demandante logra probar el hecho en que se funda la pretensión la consecuencia es, obviamente, que tal hecho se encuentra probado: no se sigue de ello que cada vez que una de las partes aporte elementos de juicio suficientes para dar un hecho por probado se altere la carga de la prueba. Puesto que, como hemos señalado, la carga de la prueba es una regla subsidiaria que recibirá aplicación solo en caso que no exista prueba suficiente sobre un hecho.

### 3.1.3. OPORTUNIDAD DE LA PRUEBA DE INDICIOS

La pregunta sobre la oportunidad en que esta norma recibe aplicación preocupa a parte de la doctrina; pues, se dice que el denunciado debería ser debidamente advertido de la aplicación de la regla. Ya que, de otro modo, se vulneraría el debido proceso. En tal sentido, Claudio Palavecino sostiene que:

Todavía más grave es la indeterminación del momento procesal en que el tribunal debería ponderar y declarar la suficiencia o insuficiencia de aquellos indicios. nada dice la ley. tampoco establece el deber del juez de advertir al demandado, con la debida antelación, que debe aportar prueba que justifique la razonabilidad y proporcionalidad de la medida impugnada. Entonces, puede ocurrir que el empleador se entere, recién en el momento de leer la sentencia que le ‘tocaba probar’. A estas alturas habrá perdido el pleito. Esto ya ha ocurrido en la práctica (“Reforma Procesal” 64)

En un sentido similar, Ugarte sostiene que:

... se trata de una regla legal de juicio que no opera, por tanto, ni en la etapa de aceptabilidad de la prueba –audiencia preparatoria– ni de la rendición o incorporación de la prueba –audiencia de juicio– sino que en la etapa de construcción de la sentencia por parte del juez, esto es, e la de la decisión judicial del fondo del asunto (Ugarte Cataldo, “Tutela laboral” 222)

Si se considera que la regla del ART. 493 CDT altera la carga de la prueba, esta es la

única oportunidad posible para su aplicación. Pues las reglas sobre la carga de la prueba solo se aplican en aquellas situaciones en que un hecho, que permite el resultado jurídico de la norma que se pretende aplicar, no se estime como probado. De otro modo, no hay subsunción posible.

Si, en cambio, se afirma que esta norma altera la carga formal de la prueba (más allá que, a nuestro juicio, de ello no se deriven consecuencias frente a la carga material). El momento de aplicación solo puede ser durante la etapa probatoria, puesto que de otra forma el denunciado no tendría conocimiento de la alteración, quedando en indefensión.

#### 3.1.4. CONSECUENCIAS

Si aceptamos que la regla del ART. 493 no tiene como objetivo la prueba de la vulneración, sino que alterar la carga de la prueba a favor del denunciante, tendremos que asumir algunas consecuencias.

En primer lugar, para que opere la regla será necesario que:

... el hecho de la conducta lesiva haya quedado, mediante los indicios exigidos, inciertamente acreditado. En dicho caso, y ante ausencia de elementos de prueba del empleador que destruya la incertidumbre, el costo del hecho incierto o dudoso debe ser soportado por el demandado (Ugarte Cataldo, "Tutela laboral" 222)

Dicho de otro modo, si el acto al que se le atribuyen consecuencias vulneratorias se encontrara suficientemente probado, no sería necesario alterar la carga de la prueba por lo que podríamos prescindir del ART. 493 CdT. Ya hemos dicho que no estamos de acuerdo con tal afirmación. Sin embargo, tal indeterminación probatoria es un presupuesto básico en esta interpretación, cuestión bastante similar a lo que ocurre a propósito de las cargas probatorias dinámicas.

En segundo lugar, se sostiene dicha alteración no supondría una prueba diabólica,

puesto que el denunciado no se encuentra obligado a demostrar la no ocurrencia del acto; sino que deberá probar que la conducta (cuya ocurrencia se encontraría indeterminada) fue justificada o proporcional (Ugarte Cataldo, “Tutela laboral” 225). Ahora bien, esta justificación no se trata tampoco de meras alegaciones sino que el denunciado deberá proporcionar una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (Cárcamo Zamora y Núñez González 87–88).

Finalmente, queda la duda respecto a si podría el denunciante realizar alegaciones o aportar elementos de prueba respecto de esta justificación del denunciado<sup>40</sup>. Parecería, al menos bajo esta interpretación, que la respuesta sería negativa; excluyendo, parcialmente, a la víctima de la vulneración del objeto del juicio.

### 3.2. LA PRUEBA DE INDICIOS COMO CARGA PROBATORIA DINÁMICA

Partiremos señalando que la idea de que la prueba de indicios del ART. 493 CDT altera la carga de la prueba no es ni mucho menos pacífica en nuestra literatura. Existen diversas críticas a esta regla; ello pues trae aparejado problemas de seguridad jurídica y podría afectar al debido proceso.

En este contexto, a nuestro juicio, una crítica recurrente tiene que ver con que entender la prueba de indicios como una regla que altera la carga de la prueba no sería distinto a sostener que se trata de una regla de carga probatoria dinámica (Larroucau García 72; Santibañez Boric 83–91; Palavecino Cáceres, “Nuevo ilícito” 26). Debemos aclarar que: i) los autores que se refieren a la regla del ART. 493 CDT como carga dinámica no son partidarios de esta aplicación; y ii) los autores que sostienen que esta regla altera la carga de la prueba no se refieren explícitamente a esta como carga dinámica.

Entonces, ¿es o no una regla de carga probatoria dinámica? Podríamos decir que, al menos, no faltan razones a quienes así lo creen.

---

<sup>40</sup> Puesto que si no se exige que pruebe la ocurrencia del acto vulneratorio, mucho menos podría probar que el hecho (indeterminado) fue injustificado.

Si la prueba indiciaria –entendida como alteración a la carga de la prueba– se funda en la idea de que el trabajador se encuentra en una peor posición para lograr probar la conducta vulneratoria del denunciado, y ello supone que dicha dificultad radica en la indisponibilidad y falta de control sobre la prueba; claramente estamos frente a una carga probatoria dinámica. Por lo demás, su forma de funcionamiento es idéntica, pues, como señala Peyrano, la regla “... no acarrea un desplazamiento completo de la carga probatoria, sino tan solo parcial; conservándose en cabeza de la otra parte la imposición de ciertos esfuerzos probatorios” (972). No somos partidarios de la idea que la prueba de indicios del ART. 493 CDT establezca cargas probatorias dinámicas, lo que sostenemos es que la supuesta alteración a la carga de la prueba es una carga probatoria dinámica.

Ya nos hemos referido a la doctrina de las cargas dinámicas y los problemas que plantea dicha institución. Además de tales problemas, en nuestra literatura existen también objeciones a tal utilización y se refieren a cuestiones como: i) la buena fe o el deber de colaboración (Larroucau García 72); ii) la incertidumbre que genera esta norma en el proceso (Palavecino Cáceres, “Reforma Procesal” 64); o iii) su afectación al debido proceso (Santibañez Boric 83).

De cualquier forma, en tanto no somos partidarios de entender la prueba de indicios como una alteración a la carga de prueba, ni tampoco abogamos por la aplicación de cargas probatorias dinámicas; remitiremos las críticas y cuestionamientos a dicha institución a lo señalado en el primer capítulo de este trabajo. Lo anterior no quiere decir que pasemos por alto estas posiciones; es más, hay diversos elementos que explicitan de buena manera que entender la prueba de indicios como alteración a la carga de la prueba es erróneo.

Palavecino ha sostenido que es el errado entendimiento de los indicios es el que provoca que la regla del ART 493 CDT se entienda como una alteración a la carga de la prueba (“Reforma Procesal” 64). Esto nos parece acertado tal como ya hemos prevenido: si comprendemos los indicios como algo más que meras alegaciones pero que, sin embargo, el

resultado de su valoración es una cuestión inferior a la prueba directa (Caamaño Rojo y Ugarte Cataldo 86), no queda más que concluir que los indicios no formarían parte de un juicio de probabilidad, sino que de verosimilitud. A partir de esto, sería incorrecto sostener que la prueba de indicios sería realmente prueba, puesto que solo se justificaría como regularidad (Taruffo, *La Prueba* 504–05).

Otra cuestión interesante puede apreciarse a propósito del momento u oportunidad en que la regla recibiría aplicación. Así, se afirma que el juez debería advertir a la parte denunciada de que habrían indicios suficientes (Jara Bustos 174) y, por tanto, que las consecuencias adversas de la indeterminación del hecho que sirve de base a la pretensión recaen sobre ella. Sin embargo, se sostiene que la ley no establece el momento en que esta operaría. En tal sentido, Cristina Santibañez ha dicho que en la medida que la ley no autoriza al juez a advertir al denunciado de la aplicación de la norma, si esto ocurriese podría incurrir en una causal de implicancia (Santibañez Boric 91). Podríamos señalar, que cualquier decisión relacionada con el fondo del asunto solo puede ocurrir al momento de la decisión; salvo en los casos que la ley lo permita en forma expresa (como suele ocurrir a propósito de las medidas cautelares o cuando el juez propone las bases del acuerdo en el llamado a conciliación).

Santibañez entrega otro argumento respecto a la oportunidad de aplicación de la prueba de indicios. Señala que no podría declararse la suficiencia de indicios antes de la audiencia de juicio, pues el juez que preside la audiencia preparatoria no será necesariamente el mismo que presidirá la audiencia de juicio. El problema que plantea es que en caso de anticiparse la suficiencia de indicios, el juez que presida la audiencia de juicio deberá dictar sentencia con sujeción a las probanzas aportadas previamente (Santibañez Boric 91) Este punto es interesante ya que, como consecuencia del principio de inmediación, la sentencia solo puede ser dictada por el juez que haya estado presente en la audiencia de juicio; por lo que la declaración previa de suficiencia de indicios permitiría la interposición del recurso de nulidad.

### 3.3. LA PRUEBA DE INDICIOS COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA DISMINUIDO

Otra interpretación consiste en entender que la prueba de indicios sería en realidad un estándar probatorio diferenciado en favor del denunciante. Así, se ha sostenido que la prueba de indicios en materia laboral, a diferencia de materia penal, sería “... un aligeramiento o desplazamiento probatorio del demandante trabajador al demandado empleador” (Gamonal Contreras, “Prueba indiciaria” 78) por lo que “[p]uede ser definida como un estándar probatorio que exige una prueba mínima de vulneración de un derecho fundamental del trabajador subordinado para que sea el empleador quien deba justificar la licitud de su actuación” (“Prueba indiciaria” 78).

Son diversas las formas en que se hace referencia a esta idea que es bastante extendida en nuestra literatura. Por ejemplo, se ha dicho que la prueba de indicios sería en realidad un principio de prueba; y que el principio de prueba tendría por objeto inducir al tribunal en una creencia racional de la probabilidad real de vulneración, no siendo necesaria la plena convicción (Castro Castro 126). Conviene hacer algunos comentarios. En primer lugar, ya nos hemos referido al principio de prueba a propósito del procedimiento de tutela en España; en tal sentido, y a la luz de los ejemplos existentes en esta materia, podemos ver con claridad la presencia de un razonamiento presuntivo por lo que su distinción solo resulta operativa a partir de la identificación previa de los hechos que permitirán la aplicación o no de la norma. En segundo lugar, nos parece erróneo sostener que en algún caso se requiera la plena convicción del juzgador. Plena prueba, íntima convicción o sospecha razonable son cuestiones completamente ajenas al proceso laboral y que deben ser desterradas del imaginario. Finalmente, no es posible sostener que el principio de prueba persiga inducir al juez una “creencia racional de la probabilidad real de vulneración”<sup>41</sup>, sino que simplemente los hechos indicativos (probados) deben ser suficientes para que se deba presumir la vulneración.

También se ha dicho que el indicio sería una presunción no plena de la vulneración y que, frente a ella el denunciado deberá probar plenamente (Gamonal Contreras, “Prueba indiciaria” 80). Nuevamente vemos la superioridad de la prueba directa frente a la prueba

---

41 Cuando nos referimos a las creencias, a propósito de las presunciones, sostuvimos que las creencias son siempre verdaderas para el sujeto que la enuncia. Ello pues no se puede decidir, voluntariamente, tener creencias falsas (Haack, “Toda la verdad” 574). A partir de ahí, es contradictorio tener “creencias racionales de la probabilidad real de la ocurrencia de un hecho”.

indirecta o presunciones. Más aún, parecería que la prueba de indicios sería incluso inferior a las presunciones. Llama la atención la idea de plenitud probatoria, ¿qué prueba es plena? No queda claro realmente si el autor se refiere a la indeterminación que resultaría de no probar directamente o si hace referencia al sistema de prueba legal.

Ugarte también entrega ciertos argumentos que permiten entender a la prueba de indicios como un estándar de prueba diferenciado: i) sostiene que los indicios serán suficientes cuando generen sospecha razonable de vulneración (“Tutela laboral” 221); ii) que el hecho probado probado por los indicios queda inciertamente determinado (“Tutela laboral” 222); y iii) para que opere esta regla debe quedar una duda razonable de la ocurrencia de vulneración (“Tutela laboral” 221).

No parece existir –al menos en nuestro ordenamiento– un estándar o límite de suficiencia probatorio asimilable a la sospecha fundada. Sin embargo, tal cuestión puede analizarse en dos sentidos: i) como un estándar probatorio disminuido; y ii) si tal estándar disminuido es asimilable a la duda razonable, pues entre sospecha y duda hay una evidente cercanía<sup>42</sup>.

Tal idea de sospecha razonable se suele repetir en nuestra literatura, en tal sentido se sostiene que:

El demandante, al aportar los datos de hechos indispensables para llevar al convencimiento del órgano judicial de la presencia de unos indicios mínimos de vulneración de derechos fundamentales realiza un principio de prueba: prueba *prima facie* que no consiste en acreditar, sino en imbuir en el juez una sospecha racional (Cárcamo Zamora y Núñez González 86)

A lo que se hace referencia con la idea de imbuir al juez en sospecha razonable no es a otra cosa que a un estándar probatorio disminuido<sup>43</sup>. Lo anterior nos parece problemático. Si la

---

42 Claramente con una aplicación inversa pues mientras en materia penal solo se puede condenar cuando no hayan dudas razonables, en materia laboral basta con constatar la existencia de estas.

43 Puesto que si se pretendía abogar por la aplicación de un estándar de prueba racional (mínimo) no era necesaria tanta vuelta.

indeterminación normativa e intersubjetiva del estándar ya es algo, de por sí, suficientemente problemática; introducir esta regla de mera sospecha es aún más compleja de aceptar. Pues se sugiere la determinación de prueba de un hecho cuya ocurrencia es menos probable que su no ocurrencia, prescindiendo de las reglas de la racionalidad general que permitirían descartar una decisión de este tipo. Nos parece que buena parte del problema se puede evidenciar con esta cita:

Se trata en este caso de la aplicación de un juicio de razonabilidad que se aleja de la 'absoluta certeza', 'plena prueba' o 'intima convicción'. Con ello, el tribunal podrá acoger demandas de acoso laboral sin necesidad de alcanzar la comprobación directa y absoluta de los hechos denunciados, sino que le bastará advertir una 'sospecha razonable' de que se ha producido una conducta lesiva de derechos fundamentales, para que ésta se estime acreditada (Caamaño Rojo y Ugarte Cataldo 86)

Lo curioso de esta afirmación es que sugiere que la importancia de la prueba de indicios viene dada por permitir que un hecho se encuentre probado sin necesidad de que el juez logre plena certeza. El problema es que nunca fue necesario lograr absoluta certeza, plena prueba o íntima convicción. Todos esos estándares son ajenos a la justicia laboral y ninguna regla era necesaria para evitar su aplicación.

La insistencia en que la prueba indiciara es inferior a la prueba directa también es problemática. De cualquier forma, respecto a este punto ya nos hemos pronunciado largamente, por lo que no nos parece necesario volver a reproducir las razones de este error.

Si el límite de suficiencia probatorio, a falta de establecimiento normativo, viene dado por las reglas de la racionalidad general. Es decir, será suficiente para que un hecho se considere probado que su ocurrencia sea más probable que su no ocurrencia o que la ocurrencia de hipótesis incompatibles. Además, si la prueba de indicios no tiene un valor cognitivo inferior a la prueba directa, no hay realmente razones para sostener que ella importa un estándar de prueba disminuido; a menos que consideremos que los indicios no guardan relación con la prueba de la vulneración.

## 4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA DE INDICIOS

En esta sección nos ocuparemos de revisar la forma en que la norma ha sido recepcionada por la jurisprudencia reciente<sup>44</sup>. Así, empezaremos por una breve conceptualización de los indicios, para posteriormente abordar el funcionamiento de la norma. Finalmente, nos ocuparemos de la naturaleza de la institución.

### 4.1. ¿QUÉ SON LOS INDICIOS?

En este punto, no nos parece que exista realmente desacuerdo con cuestiones ya sostenidas en este trabajo. Así, los indicios se refieren a hechos que permiten dar cuenta de un hecho oculto. En tal sentido se ha dicho que el indicio es un dato fáctico que puede ser acreditado por diversos medios de prueba (CA Santiago 1993/2017).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Antofagasta:

QUINTO. Que, en cuanto a la significación de la expresión indicios y el estándar probatorio impuesto al trabajador, la jurisprudencia ha dicho que los indicios son señales o evidencias que den cuenta de un hecho oculto (violación de un derecho fundamental), y que no se exige del empleador que pruebe el hecho negativo (que no violó el derecho fundamental), sino que pruebe que el acto o conducta empresarial obedeció a una motivación legítima (CA Antofagasta 194/2017)

Tales enunciaciones son absolutamente compatibles con lo señalado en el primer capítulo de este trabajo. Es decir, que los indicios son cualquier cosa, circunstancia o comportamiento a partir del cual el juez pueda derivar conclusiones relativas al objeto del juicio (Taruffo, *La Prueba* 480).

### 4.2. FUNCIONAMIENTO DE LA PRUEBA INDICIARIA

---

<sup>44</sup> El análisis comprende jurisprudencia de Corte Suprema (Unificación de Jurisprudencia) y de Corte de Apelaciones (Nulidad Laboral) a partir del año 2016.

Una primera cuestión que merece nuestra atención tiene que ver con los antecedentes que permiten la suficiencia de indicios. En tal sentido el ART. 490 CDT exige, además de los requisitos generales de la demanda, la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de vulneración alegada y que se acompañen todos los antecedentes en los que se fundamente. Esta norma guarda estrecha relación con lo dispuesto en el ART. 493 CDT. Sin embargo, se ha discutido si acaso es necesario que se acompañen todos los antecedentes para que la denuncia sea admitida. Respecto a tal cuestión la Corte Suprema sostuvo:

SÉPTIMO. Que, en consecuencia, se uniforma la jurisprudencia en el sentido que los artículos 490 y 493 del Código del Trabajo no deben interpretarse de manera aislada, pues sus normas se complementan .... En ese contexto, si la denuncia cumple los requisitos que señala la primera norma y son suficientes para generar en el juez la sospecha razonable que se infringieron derechos fundamentales del denunciante, se aliviana o facilita la carga probatoria que le asiste, correspondiéndole al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, en caso contrario debe asumir el peso de la prueba en su integridad; sin que pueda inferirse que para admitir a tramitación la denuncia es menester que se acompañe la prueba material de la cual surgen los antecedentes que se indican en el libelo respectivo (CS 12362/2015)

A nuestro juicio, tal interpretación terminaría por derogar tácitamente la exigencia de acompañar antecedentes del ART. 490 CDT. Somos de la idea que si es necesario aportar antecedentes junto a la denuncia, cuestión distinta es que pueda tratarse de todos los elementos de prueba.

Una segunda cuestión dice relación con que deben probar las partes. Así, se ha sostenido que para aplicar la norma del ART. 493 CDT no bastan las meras alegaciones de la denunciante. En tal sentido se ha pronunciado la Corte Suprema:

NOVENO. ... una cosa es que no haya de exigirse de los denunciantes la acreditación de propósito malévolo en las prácticas que se denuncia, de cara al derecho de sindicalización; y otra diversa, que ese elemento subjetivo fluya por si solo de los comportamientos puestos en tela de juicio ... (CS 55135/2016)

En sentido similar se pronunció la Corte de Apelaciones de Arica:

QUINTO. Que, en este contexto, de la tutela laboral, y tal como lo exige el artículo 493 del Código del Trabajo, es el actor quien debe aportar los antecedentes que deben guardar relación al relato contenido en la denuncia y de los cuales debe necesariamente derivar o resultar indicios suficientes que permitan inferir que se ha producido la vulneración de derechos o garantías fundamentales alegada, ergo no resulta suficiente la declaración del denunciante para suponer su existencia (CA Arica 87/2018)

Si no bastan las meras alegaciones queda bastante claro que los indicios deben ser probados. Entonces, una tercera cuestión tiene que ver con determinar cuándo los indicios están probados. Así, la Corte Suprema ha resuelto:

QUINTO. Que cabe precisar, además, que el tantas veces citado artículo 493 no altera la carga de la prueba, sino que establece un estándar menor de comprobación, en el cual bastará justificar ‘indicios suficientes’, es decir proporcionar elementos, datos o señales que puedan servir de base para que el acto denunciado pueda presumirse verdadero y corresponderá al demandado justificar el despido. Asimismo, tampoco se modifica el sistema de valoración de la prueba, conforme a la sana crítica, previsto en el artículo 456 del mismo cuerpo legal, puesto que al apreciar los indicios aportados por el denunciante habrán de considerarse sus caracteres de precisión y concordancia, a la vez que expresarse las razones jurídicas, lógicas o de experiencia que hayan conducido razonablemente al tribunal a calificar la suficiencia de los mismos. Cumplida esta exigencia, es decir comprobada la verosimilitud de la denuncia corresponderá al denunciado ‘explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad’, demostrando así la legitimidad de su conducta, sea aportando la prueba necesaria para destruir los indicios, o aquella que fuere ineludible para justificar las medidas que ha dispuesto y la proporcionalidad de las mismas (CS 1806/2015)

En cuanto a la declaración de suficiencia, la Corte de Apelaciones de Iquique sostuvo:

OCTAVO. En efecto, en esta clase de procedimientos, y pese a la redacción empleada en el artículo 493 del Código del Trabajo, la existencia de un único indicio no excluye su suficiencia cuando su calidad y precisión probatoria lo amerite. Por suficientes, expresión utilizada por la ley, debe entenderse, más que un número determinado de indicios, la exigencia de una cierta calidad de los mismos: deben permitir la sospecha razonable para el Juez de que la vulneración se ha producido. La calidad de un indicio está dada por su univocidad o precisión: si conduce necesariamente a generar la sospecha en el Juez de que la

vulneración se ha producido, porque no hay otra explicación alternativa más plausible, entonces, es suficiente (CA Iquique 84/2015)

Entonces, cuando de los antecedentes aportados resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Este aspecto de la norma no es especialmente problemático, en tal sentido la Corte Suprema, a propósito de practicas antisindicales, sostuvo:

SÉPTIMO. Se uniforma la jurisprudencia en el sentido que la interpretación armónica de los artículos 243 inciso 2 y 493 del Código del Trabajo autoriza a colegir que existiendo indicios de la ocurrencia de los hechos que sirvieron de fundamento a la denuncia de práctica antisindical, con mayor razón si no existe discusión al respecto como ocurre en la especie corresponde al demandado acreditar que hizo uso de la facultad que consagra el artículo 12 del mismo código, por haberse verificado un hecho que califica de caso fortuito o fuerza mayor, esto es, explicar los fundamentos de su actuar (CS 65417/2015)

Vale la pena destacar que, a pesar de haber indicios suficientes de vulneración, esto no impide que el denunciado pueda aportar prueba para desvirtuar tal cuestión, así se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago:

CUARTO. ... es efectivo que en su fallo la juez tiene por concurrentes los indicios de vulneración y que luego emprende la tarea de examinar si la demandada cumplió con la carga de 'explicar los fundamentos o racionalidad de la medida' .... No obstante, lo que se presenta en ese fallo como el desconocimiento de la empleadora de la situación y actividad del trabajador, no es otra cosa que la conclusión que alcanza la juez en orden a que tales indicios fueron desvirtuados, o sea, que perdieron la fuerza inicial de convencimiento .... Ahora, si el recurrente estimara que ese razonamiento y el que le sigue es errado o que fijados que sean los indicios ya no pueden ser contrarrestados o que de ellos se derivaría como inferencia de mayor probabilidad la afectación del derecho esencial, significa que para tales cuestionamientos debía acudir a otra causal de nulidad, porque todos esos extremos desbordan con mucho la exigencia del artículo 459 N° 4 del Código del Trabajo (CA Santiago 474/2017)

Podemos concluir el apartado sosteniendo que la prueba de indicios operaría de la siguiente forma: cuando se hayan probado los hechos indicativos contenidos en la denuncia, y estos sean suficientes, se presumirá la vulneración (admitiéndose la prueba en contrario).

#### 4.3. NATURALEZA DE LA PRUEBA INDICIARIA

A partir de la jurisprudencia expuesta, sostener que la prueba de indicios se trata de una presunción no es una cuestión demasiado radical. Ello puede verse reflejado en la sentencia de la Corte Suprema mencionada recientemente (CS 1806/2015) la cual hace referencia a los siguientes elementos: i) que el ART. 493 exige un estándar menor de comprobación; ii) que si se justifican indicios suficientes el acto denunciado se presume verdadero; iii) que para apreciar los indicios deben considerarse las reglas de la sana crítica; y iv) que una vez probada la vulneración, este podrá atacar los indicios o el hecho presumido. En iguales términos se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago (CA Santiago 1993/2017).

De cualquier forma, es necesario señalar dos cuestiones: i) que habita en la jurisprudencia la idea que los indicios son prueba inferior; ii) que en base a tal cuestión la prueba indiciaria sería un estándar probatorio disminuido. En tal sentido, la Corte de Apelaciones de Rancagua ha sostenido:

OCTAVO. Sobre el particular, cabe señalar, que el artículo 493 del Código del Trabajo, según lo ha expuesto la doctrina, no constituye una alteración de fondo relativa a las reglas que gobiernan la prueba en juicio, de modo tal que en su virtud no se libera al trabajador de su carga de aportar elementos -que aunque no prueban inmediata y directamente la conducta lesiva- sí establezcan hechos o circunstancias que logren generar en el juez laboral la sospecha razonable de que esa conducta lesiva denunciada se ha producido. En otras palabras, al trabajador le corresponde, salvo que tenga prueba directa disponible, acreditar indicios suficientes de que el motivo del despido ha sido la lesión de sus derechos fundamentales inespecíficos (CA Rancagua 6/2017)

En similares términos se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de La Serena:

QUINTO. Que, haciéndose cargo el legislador del principio de tutela judicial efectiva ... introdujo una reducción probatoria (artículo 493), consistente en la obligación del denunciante de presentar indicios suficientes de la vulneración de garantías fundamentales que alega. Esta técnica de reducción probatoria, no implica inversión del onus probandi, puesto que no permite que sea suficiente la

mera alegación de una lesión a un derecho fundamental, para que se traslade al denunciado la carga probatoria, sino que ella consiste en aliviar la posición del denunciante exigiéndole un principio de prueba por el cual acredite indicios de la conducta lesiva, esto es, acredite hechos que generen un elemento razonable, aunque sea débil, en orden a la existencia de la lesión que alega. En consecuencia, se hace necesario despejar, como primera cuestión relevante orientada a la decisión del asunto controvertido, si la denunciante cumplió con este estándar probatorio exigido (CA La Serena 213/2016)

Entonces, ¿cuál sería este estándar probatorio? A este respecto se habla tan solo de estándar de prueba indiciaria o estándar indiciario (CS 1806/2015; CA Santiago 1993/2017; CA Rancagua 6/2017), puesto que no se ha probado plenamente la ocurrencia de la vulneración (CS 12362/2015). Este “estándar indiciario”, queda bien representado por la Corte de Apelaciones de Iquique:

CUARTO. Que el recurso, concretamente, se fundamenta en el supuesto quebrantamiento de la inversión de la prueba que, a juicio del recurrente, establece el artículo 493 y que la sentencia vulneraría al exigir plena prueba en vez de indicios de la ocurrencia de los hechos denunciados. A este respecto corresponde dejar establecido que el artículo 493 del Código laboral no altera en modo alguna la regla general del ‘onus probandi’ del artículo 1698 del Código Civil y sólo constituye, cuestión no menor, un sistema de alivio, mejoramiento o facilitación en el aporte de la prueba de quien denuncia los hechos vulneratorios. Este consiste en que el denunciante solo debe cumplir con el estándar de aportar indicios que deben tener la calidad de suficientes para acreditar la ocurrencia de los hechos (CA Iquique 79/2015)

Aún si aceptásemos la existencia de dicho estándar, parecería que se está haciendo referencia a otra cosa; o, más bien, se contrapone a otro “estándar”. Así lo sostiene la misma Corte:

QUINTO. ... Por lo dicho precedentemente no resulta efectivo que el Juez haya vulnerado el artículo 493 del Código laboral y exigido estándar de plena prueba para dar por acreditado los hechos denunciados (CA Iquique 79/2015)

Nos parece curioso pretender que la novedad del ARTÍCULO 493 CDT sea introducir un “estándar de prueba indiciario” para evitar la aplicación del “estándar de plena prueba”. Sostener tal cuestión devela un desconocimiento importante de lo que son los estándares de

prueba. Esto puede verse manifiesto si intentamos formularlo. Así, el límite de suficiencia epistémico de plena prueba se debería formular de la siguiente forma: está probado que “p” cuando haya plena prueba de “p”. En contraposición, el estándar de prueba indiciario se podría formular de la siguiente forma: está probado que “p” cuando exista sospecha razonable respecto a “p”<sup>45</sup>.

Anteriormente hemos sostenido que a falta de criterios objetivos, o al menos intersubjetivos, que permitan establecer el límite de suficiencia probatoria; este vendría dado por las reglas de la racionalidad general. Es cierto que tal criterio puede ser insuficiente, pero resulta mucho más claro sostener que un hecho está probado cuando su ocurrencia sea más probable que su no ocurrencia a sostener que hay prueba suficiente cuando haya prueba suficiente.

Por todo lo expuesto, creemos conveniente descartar: i) que la prueba de indicios altere la carga de la prueba; y ii) que la prueba de indicios sea un estándar de prueba.

## 5. LA PRUEBA DE INDICIOS COMO PRESUNCIÓN

Hasta este punto ya hemos abordado largamente ciertas cuestiones relativas a la prueba, incluyendo los indicios, las presunciones y la carga de la prueba. También nos hemos ocupado de revisar a grandes rasgos tanto el procedimiento de aplicación general como el procedimiento de tutela y ciertas cuestiones relativas a la prueba. Finalmente hemos dado cuenta del tratamiento de la norma objeto de nuestro estudio no solo en nuestra literatura sino que además la forma en que se ha abordado por la jurisprudencia española.

Entonces, lo que resta es postular de que forma la regla del ART. 493 CDT puede ser entendida como presunción y las consecuencias que podemos extraer de tal interpretación. Para ello retomaremos (nuevamente) la noción de indicios y luego explicaremos la naturaleza de la norma. Posteriormente señalaremos la forma en que esta opera; haciendo presente qué

---

45 Como Laudan señaló en su momento, un estándar de prueba de este tipo es una parodia de estándar de prueba.

corresponde probar a cada parte. Por último, nos referiremos brevemente a la oportunidad en que esta regla debe operar.

### 5.1. ¿QUÉ SON LOS INDICIOS?

Como hemos venido señalando, los indicios se refieren a hechos y en tal calidad estos deben entenderse como fuentes de presunción. No estamos inventando la rueda, tal cuestión ha sido planteada, con algunas variaciones, por diversos autores a lo largo de este trabajo. Así, que los indicios sean señales que den cuenta de la vulneración de un derecho protegido (hecho desconocido) debería ser una cuestión pacífica.

El punto se hace problemático en la medida que a tales hechos le atribuyamos facultades especiales o características que poco tienen que ver con un hecho indicativo. En tal sentido los indicios no son pruebas ni tampoco estándares de prueba, son hechos.

Tal situación queda más clara cuando pensamos en ejemplos de indicios. Se ha dicho que la cercanía temporal entre la labor fiscalizadora de la dirección del trabajo y el despido del trabajador puede ser indicativo de vulneración (Castro Castro 130); así, tal cercanía temporal es un hecho que debe probarse (a menos que dicha cuestión no fuera objeto de controversia).

En un sentido similar, Ugarte ha señalado que:

Los indicios en esta materia pueden ser, entre otros: i) la correlación temporal del ejercicio del derecho fundamental y la conducta lesiva del empleador (como ocurriría si una vez enterado el empleador que el trabajador ha efectuado una denuncia lo despidiera en el tiempo inmediato); ii) manifestaciones del empleador que den a entender o puedan leerse motivadas por un móvil lesivo de derechos fundamentales; iii) la comparación del trato del empleador a trabajadores en una situación comparable al denunciante, y especialmente; iv) la existencia de un clima lesivo de derechos fundamentales de la empresa dado por conductas previas y persistentes del empleador (“Tutela laboral” 224)

Entonces ¿la cercanía temporal entre el ejercicio de un derecho y la represalia del empleador es un estándar de prueba? Es bastante claro que la respuesta es negativa, lo mismo podríamos señalar respecto a si acaso tal cercanía temporal es un medio de prueba. Así, para que el indicio opere dentro del procedimiento esta cercanía deberá ser probada (o no ser objeto de controversia), y lo que se prueba son los hechos.

## 5.2. NATURALEZA DE LA PRUEBA INDICIARIA

Si bien ya hemos señalado que la prueba indiciaria es sinónimo de presunción, la naturaleza de esta prueba es un punto en disputa. A nuestro juicio, ello es consecuencia de entender a la prueba indiciaria como algo “inferior” a la prueba directa. En tal sentido, conviene recordar dos cosas: i) no existen razones lógicas, epistémicas, legales ni históricas para sostener que la diferenciación funcional entre prueba directa e indirecta; y ii) que toda la prueba crítica es, en esencia, indirecta.

Entonces, si la prueba indiciaria es una presunción ¿Qué clase de presunción es? Si bien a lo largo de este trabajo hemos dado pinceladas de tal cuestión, conviene hacer un desarrollo concentrado.

### 5.2.1. LA VULNERACIÓN... ¿ES PRESUMIBLE O DEBE PRESUMIRSE?

Recordemos que distinguir entre “es presumible” o “debe presumirse” tiene que ver con la obligatoriedad de la garantía o regla de presunción.

Que en las presunciones *hominis* la garantía o regla de presunción no sea obligatoria tiene que ver tanto por las razones que la justifican como por su impugnabilidad. Hemos sostenido que, en este caso, la regla de presunción responde a un razonamiento teórico que pueden tener como base reglas lógicas o de experiencia. Mientras en las normas de presunciones la garantía no solamente es inimpugnable, sino que esta contiene un mandato a su sujeto destinatario (el juez). El objeto de esta sección es determinar si la presunción del ART.

493 CdT se corresponde a una presunción *hominis* o a una norma sobre presunción.

Cuando nos hemos referido a la prueba indirecta como sinónimo de prueba de indicios, a lo que estábamos haciendo alusión es a las presunciones *hominis*. Ello pues la forma en que se realiza el razonamiento y también los motivos en que se justifica son plenamente identificables. No queremos decir que las normas de presunciones sean inferiores, sino que estas últimas casi nunca se justifican en razones epistémicas, sino valorativas.

Por una parte, si aceptamos la equiparación funcional entre prueba directa e indirecta, entender a la regla del ART. 493 como una presunción *hominis* es superfluo. Ello pues no es necesaria ninguna norma que permita utilizar el razonamiento presuntivo al interior del procedimiento de tutela. Ello es aún más claro si consideramos que el ART. 456, INC. 2º CdT, al referirse a la sana crítica, hace suya la forma tradicional en que se entiende el razonamiento presuntivo.

Por otra parte, entender la prueba indiciaria<sup>46</sup> del ART. 493 CdT como una norma de presunción si permite extraer consecuencias reales (y distintas). Una primera consecuencia es que, en este caso, la garantía o regla de presunción no pueda ser impugnada; es decir, que en caso de existir indicios suficientes, el denunciante podría defenderse mediante las estrategias de bloqueo o destrucción. La segunda consecuencia que podemos derivar es que, ante la determinación de indicios suficientes, la presunción debe ser observada en todo caso; es decir, si hay indicios suficientes se debe presumir la vulneración<sup>47</sup>.

### 5.2.2. ESTRUCTURA DE LA PRESUNCIÓN

En el primer capítulo hemos señalado que las normas de presunción pueden

---

46 Cabe decir que no identificamos a la prueba indiciaria, de indicios o indirecta como una norma sobre presunción, pues es claro que se trata de un razonamiento teórico. Sino que, específicamente, la regla del ART. 493 tendría esta naturaleza.

47 Esto es una cuestión distinta a afirmar que en tal situación la denunciada haya perdido el procedimiento, puesto que las presunciones son esencialmente derrotables. Por otra parte, que los indicios estén probados no implica que estos sean suficientes.

diferenciarse según si presentan o no una estructura condicional. Cuando para tener por probado un hecho desconocido es necesario cumplir una determinada condición, estamos frente a presunciones-regla. En caso contrario, estamos frente a presunciones-principios. La importancia de tal distinción es que en el caso de las normas de presunción no condicionales, estas tienen como finalidad alterar la carga de la prueba. En el caso de las presunciones-regla, esto no ocurriría, solo se amplían los hechos a probar.

Se ha dicho que para la aplicación de la norma del ART. 493 CDT no bastan las meras alegaciones sino que los indicios deben ser probados. Si esto es así, podemos sostener tranquilamente que esta presunción tiene una estructura condicional, por lo que no altera la carga de la prueba.

Considerando lo expuesto, parecería sencilla la estructura de la prueba de indicios. Sin embargo, aún quedan algunas cosas que determinar. Para graficar el problema, reestructuraremos la norma como una regla de presunción a partir del ART. 493 CDT:

ART. 493. Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Recordemos, que el ART. 485, INC. 3º CDT establece que existe vulneración cuando se limite el pleno ejercicio de los derechos y garantías del trabajador: i) sin justificación suficiente; ii) en forma arbitraria o desproporcionada; y iii) sin respeto a su contenido esencial.

Entonces, a partir de los elementos de las presunciones, podríamos reestructurar la norma en el siguiente sentido: cuando se limite el pleno ejercicio de los derechos del trabajador al interior de la relación laboral, debe presumirse que tal afectación fue injustificada y/o arbitraria. Así, estaríamos frente: i) a un hecho indicativo (limitación al pleno ejercicio de los derechos del trabajador); ii) una garantía o regla de presunción (cuando se limita el pleno ejercicio de los derechos del trabajador, dentro de la relación laboral, debe presumirse que esta fue injustificada y/o arbitraria); y iii) un hecho desconocido (se han vulnerado los derechos

fundamentales del trabajador).

Cuando dijimos que tal reformulación podía ser problemática nos referíamos a dos cosas: i) que el hecho indicativo es bastante amplio; y ii) que como consecuencia de ello, no queda claro cuándo hay indicios suficientes. La segunda situación la abordaremos posteriormente.

### 5.2.3. EL HECHO BASE DE LA PRESUNCIÓN

Al referimos a normas sobre presunción se puede apreciar que, en general, es bastante claro lo que se debe probar. Así en el caso de la presunción de pagos anteriores el deudor debe probar que ha pagado tres periodos consecutivos (ART. 1570 CC), o en el caso de la presunción de paternidad debe probarse que el hijo nació dentro del matrimonio (ART. 184 CC). En este caso la amplitud de la conducta que servirá para presumir la vulneración no goza de tal claridad.

Sin embargo, de esto no se sigue que se deba descartar esta estructuración de la norma. Debemos señalar que la presunción del ART. 493 CDT tiene una particularidad puesto que el hecho que funda la presunción no está previamente tipificado por la ley. Por lo que el juez deberá identificar el hecho base a partir de las circunstancias contenidas en la denuncia (que el denunciante deberá probar). Tal formulación se conoce como presunciones legales con el hecho básico “en blanco” (Taruffo, *La Prueba* 511).

Sostener que el hecho indicativo se encuentra en blanco permite entender de mejor forma esta presunción<sup>48</sup>. Por lo que, agregando tal cuestión a la reformulación del ART. 493 como norma de presunción obtendríamos el siguiente resultado: cuando hayan indicios suficientes de que se ha limitado el pleno ejercicio de los derechos del trabajador, debe presumirse que tal limitación fue injustificada y/o arbitraria. Quedando la determinación de tales indicios circunscrita al contenido de la denuncia.

---

<sup>48</sup> Esta suerte de indeterminación previa del hecho base de la presunción se justificaría por las mismas razones que hacen necesaria una regla de facilitación probatoria en este procedimiento.

### 5.3. FUNCIONAMIENTO DE LA PRUEBA INDICIARIA

Habiendo establecido que la regla del ART. 493 CDT se trata de una norma de presunción, cuyo hecho base se encuentra en blanco, queda señalar las consecuencias que de ello se derivan al procedimiento.

#### 5.3.1. CONTENIDO DE LA DENUNCIA Y DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL JUICIO

Una primera cuestión tiene que ver con la determinación de los indicios. Si aceptamos que la prueba indiciaria del procedimiento de tutela no ha tipificado el hecho indicativo de vulneración, ello implica que debe ser extraído de otra parte.

Por una parte, el ART. 490 CDT establece que la denuncia, además de los requisitos general, debe contener: i) la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada; y ii) antecedentes en que se fundamente. Ya nos hemos referido a estos requisitos, por lo que queda decir que justamente este requisito adicional es el que permitirá al juez identificar las circunstancias que permiten fundamentar la presunción.

Por otra parte, el ART. 490, INC. 2° CDT establece que en caso que la denuncia no contenga tales requisitos, se concederá un plazo de cinco días para su incorporación.

Si el juez debe identificar a partir de la denuncia, los hechos o circunstancias que permiten fundamentar la presunción y, además, en caso de no cumplir con los requisitos de la denuncia puede no ser admitida; lo que debemos concluir es que la denuncia deberá contener una descripción circunstanciada de los hechos de los que puedan desprenderse indicios (suficientes) de que ha habido vulneración. No estamos señalando que de la sola admisibilidad de la denuncia se derive tal conclusión, sino que en caso que todos los indicios contenidos en la denuncia se encuentren probados, debe operar la presunción.

De cualquier forma, podrían ocurrir situaciones diversas: i) cuando de los hechos contenidos en la denuncia no puedan extraerse indicios suficientes para (en caso de ser probados) presumir la vulneración, deberá procederse conforme al ART. 490, INC. 2° CDT; ii) cuando ninguno de los indicios contenidos en la denuncia hayan sido probados, no aplicará la presunción; iii) cuando algunos indicios contenidos en la denuncia hayan sido probados, corresponderá al juez determinar su suficiencia conforme a las reglas de la sana crítica; y iv) cuando todos los indicios contenidos en la denuncia se hayan probado, se deberá presumir la vulneración<sup>49</sup>.

Es bastante claro que no cualquier indicio podrá ser suficiente y que unos podrían ser más confiables que otros. Ejemplifiquemos la situación: un trabajador denuncia haber sido despedido injustificadamente en razón de su orientación sexual. Así, los hechos indicativos de despido discriminatorio serían: i) que el despido fue injustificado; y ii) que el denunciado conocía o podía conocer el factor tutelado.

En tal caso, además de la inversión a la carga de la prueba respecto a la justificación de la causal del despido (CA Concepción 42/2018), el denunciante debe aportar prueba respecto al conocimiento del empleador del factor tutelado. Si al finalizar el juicio solo se da por establecida la primera circunstancia deberá rechazarse la denuncia de vulneración, puesto que no es suficiente que un despido sea injustificado para considerarlo vulneratorio. En cambio, si el despido fue justificado y se prueba la segunda circunstancia, tampoco parecería que fuera suficiente para dar por establecida la vulneración; más allá de que nada impide que un despido justificado pueda ser vulneratorio (En tal sentido Ugarte Cataldo, “Tutela laboral” 226–27), en este caso no serían suficientes para presumir que el despido fue vulneratorio.

Una segunda cuestión dice relación con el objeto del juicio. Al respecto, diremos que tiene estricta relación con el contenido de la denuncia y que dicha determinación debiese realizarse en forma explícita. Es decir, no será suficiente con que se señale como hecho a probar la efectividad o no de la vulneración, sino que se deberían incorporar los hechos

---

49 Ello no quita que se admita prueba en contrario en relación al ART. 493 CDT.

indicativos como objeto de prueba. A pesar de que ya hemos señalado que la determinación genérica de los hechos a probar no es compatible con la sana crítica; atender a tal cuestión es doblemente necesario en este caso, pues ello entrega mayores certezas a las partes respecto al objeto del juicio.

### 5.3.2. ¿QUÉ SE DEBE PROBAR?

Habidos ya en el funcionamiento de la regla, corresponde determinar que deberá probar cada parte. Esta cuestión se hace aún más relevante en la medida que algunos sostienen que la prueba indiciaria justamente afectaría la carga de la prueba.

No debería ser controvertido sostener que al denunciante le corresponde la prueba de los indicios o hechos indicativos de la vulneración, no bastando las meras alegaciones. En tal sentido, respecto de los indicios se realiza un juicio de probabilidad ya que se hace referencia a la prueba del hecho; es decir, a la presencia de elementos cognitivos que lo confirman (Taruffo, *La Prueba* 504).

Respecto a la suficiencia de tales indicios si podríamos encontrar problemas. Sin embargo, tal cuestión –dada la naturaleza de la norma– solo podrá resolverse en el caso concreto. Cabe decir que para su correcta determinación la denunciante debería ser bastante prolija en su exposición, analizando previamente cuales indicios deberían ser suficientes y no sobreabundar; pues ello aumentaría el riesgo de probar algunos indicios que, sin embargo, no sean considerados suficientes para presumir la vulneración. Además, si bien la prueba de la falta de justificación o proporcionalidad es resuelta mediante la presunción del ART. 493 CDT, nada obsta a la denunciante para que aporte elementos de juicio en ese sentido, pudiendo desvirtuar las alegaciones de la contraria.

Entonces, si los hechos constitutivos deben ser probados por quien demanda dentro del proceso, en este caso la denunciante, ¿qué deberá probar la denunciada? Sin adentrarnos en el procedimiento de tutela, diremos que en general, la parte demandada deberá probar los hechos

impeditivos, modificativos o extintivos –además de todos los que alegue y que sean distintos a los invocados por el demandante– (Peyrano 968).

Que el denunciado deba aportar prueba de que no se ha producido la vulneración no importa alterar nada<sup>50</sup>. Como hemos señalado, que alguien deba aportar prueba es una cuestión distinta a quien debe soportar las consecuencias adversas ante la indeterminación de un enunciado probatorio. Es decir: que el denunciado deba aportar prueba es simplemente porque este no quiere un resultado desfavorable, puesto que no está obligado a probar.

Cuando la denunciante logra probar los enunciados fácticos en los cuales se funda la pretensión no implica alterar la carga de la prueba; ss más, en tal caso siquiera será necesario aplicar la regla. Por tanto, es un error sostener que ante la presencia de indicios suficientes se altere la carga de la prueba. Lo que ocurre es que se procede como si se hubiera probado la vulneración y por tanto corresponde al denunciado probar los hechos impeditivos, modificativos o extintivos.

Finalmente, tratándose de una norma de presunción, es claro que el denunciado podría no solo atacar el hecho presumido mediante la destrucción de la presunción, sino que también podría atacar los indicios mediante la estrategia del bloqueo.

### 5.3.3. OPORTUNIDAD

Como última cuestión, cabe determinar la oportunidad en que esta regla se aplicará. Recordemos que este tema también era objeto de discusión a propósito de quienes plantean la prueba indiciaria como carga dinámica.

Determinar la oportunidad en que se aplica la regla del ART. 493 CDT, tratándose de una norma de presunción, no es problemático. La única oportunidad en que podría verificarse que los indicios se encuentran probado –y que son suficientes– es al momento de dictar la

---

<sup>50</sup> Puesto que si la vulneración queda inciertamente determinada el resultado adverso deberá ser soportado por la denunciante.

sentencia. A diferencia de lo que ocurre con la aplicación de la doctrina de cargas dinámicas, en que es necesario dar aviso de la alteración; en caso de las presunciones, no es necesario advertir que pueden ser aplicadas, sino lo que importa es verificar los hechos probados, como ocurriría en cualquier procedimiento.

## **CAPÍTULO IV CONCLUSIONES**

A lo largo de este trabajo hemos examinado diversas instituciones relacionadas a la prueba en el proceso y, en específico, en el procedimiento de tutela laboral. En este apartado nos referiremos a algunos de estos elementos que permiten sostener que el ART. 493 CDT se trata funcionalmente<sup>51</sup> de prueba de indicios así como la conveniencia de adoptar dicho criterio.

a) Los indicios son aquellos hechos en que se fundan las presunciones. La prueba de indicios (o prueba indirecta) es aquella en que la información que se proporciona al juez no guarda vínculo directo con el hecho pero que permite el establecimiento de un vínculo racional asociativo con él (Miranda Vázquez 78–79); es decir, que ofrece elementos de confirmación de la hipótesis sobre el hecho a probar y que tal confirmación se alcanza mediante un paso lógico de un hecho a otro (Taruffo, *La Prueba* 256).

b) La prueba directa no posee superioridad funcional respecto a la prueba indirecta. Es más, hay diversas razones para sostener que, en el fondo, toda la prueba es indirecta; puesto que es el punto de arranque de la valoración racional (crítica) de la prueba.

c) La regla de la carga de la prueba es una regla de juicio que indica al juez cómo debe

---

51 Puesto que no solo se “denomina” prueba de indicios, sino que “es” prueba de indicios.

fallar cuando no existan en el proceso pruebas que permitan determinar los hechos en que se debe fundamentar la decisión. Esta es la denominada carga material de la prueba.

La regla que establece quien debe probar los hechos se denomina carga subjetiva o formal de la prueba. Esta regla no contiene un deber normativo, sino práctico, y tampoco se deriva de la carga objetiva de la prueba pues: i) regula situaciones distintas; ii) se dirige a sujetos distintos; y iii) se refieren a actividades probatorias distintas. Además, en razón del principio de adquisición procesal, no es condición necesaria para obtener una decisión favorable que la parte aporte prueba sobre los hechos que alega. Entonces, si la carga subjetiva de la prueba no se deriva de la carga objetiva y tampoco es funcional al procedimiento, deberíamos prescindir de esta noción.

d) La doctrina de las cargas probatorias dinámicas hace suya la confusión entre la carga objetiva y subjetiva de la prueba. Pues, si la carga subjetiva de la prueba se deriva de la carga objetiva, la única forma de modificar el deber de aportación es alterando la regla que determina cual de las partes deberá enfrentar el resultado adverso ante la falta de prueba. Tal problema (insalvable) de seguridad jurídica no es la única razón para descartar tal doctrina. Ya que alterar la carga objetiva de la prueba no es la única (ni mejor) forma de generar incentivos para aportar prueba al proceso. Además, tampoco sirve para los fines que se pretenden; pues nadie va a traer prueba contraria a sus intereses. Finalmente, diremos que quién debe aportar prueba al procedimiento y quién debe soportar el resultado adverso si no hay prueba suficiente son preguntas independientes, que esta doctrina trata de forma indebida.

e) Las presunciones se caracterizan por ser instrumentales, derrotables y parciales. Son instrumentales puesto que permiten superar situaciones de *impasse*; son derrotables porque admiten prueba en contrario; y son parciales ya que al operar necesariamente favorecen a alguna de las partes. Además, podemos clasificar las presunciones basándonos en dos criterios: i) su carácter normativo; y ii) su estructura condicional.

Las presunciones establecidas en la ley, o normas de presunciones, obligan al juez a

usar una cierta premisa en la resolución de los casos en que estas normas sean aplicables (Aguiló Regla, “Presunciones” 16). Las presunciones *hominis* no imponen la obligación de presumir el hecho desconocido, puesto que la garantía es impugnabile.

Las presunciones *hominis* siempre son condicionales. Es decir, para dar por establecido un hecho desconocido debe cumplirse alguna condición (probar el hecho base). Las normas de presunciones no siempre lo son. Cuando las presunciones no tienen una estructura condicional, estas operan como principios e importan una alteración a la carga material de la prueba. En cambio, las presunciones que sí tienen dicha estructura, operan como reglas y no alteran la carga de la prueba.

f) La facilitación probatoria contemplada en el procedimiento de tutela laboral se justifica por: i) la situación de desigualdad que deriva del trabajo subordinado y el desequilibrio procesal que de ello deriva, en tanto el empleador tendrá mayor disponibilidad y control respecto de los elementos probatorios; ii) el carácter intrínsecamente axiológico de los derechos fundamentales, que hace todo menos obvia e inmediata su identificación y, por tanto, determinar cuándo han sido vulnerados; iii) el carácter polimórfico de las conductas vulneratorias de derechos fundamentales, puesto que no responden a un paradigma o patrón común que pueda evidenciarse; y iv) la aparente legalidad de las conductas vulneratorias.

g) La prueba indiciaria, en el procedimiento de tutela laboral español, es una cuestión distinta al principio de prueba. Respecto a la primera no hay dudas que se trata de una presunción y que no altera la carga de la prueba. En cuanto a la idea de principio de prueba, hemos examinado que la real diferencia pasa por la tipificación de los hechos indicativos de vulneración, pero que no escapa realmente al razonamiento presuntivo y tampoco altera la carga de la prueba.

h) Es un error sostener que la regla del ART. 493 CDT tenga por finalidad alterar la carga de la prueba. Por una parte, ello se funda sobre la base que la prueba de los indicios sería inferior a la prueba directa de la vulneración; puesto que, aún si existen indicios suficientes (y

probados), el hecho oculto quedaría inciertamente determinado. Respecto a este punto ya nos hemos pronunciado largamente por lo que debe ser descartado.

Por otra parte, no queda claro si la alteración se refiere a la dimensión objetiva o subjetiva de la carga de la prueba. Sin embargo, a partir de lo expuesto por Ugarte es posible sostener que se trata de la carga material (Ugarte Cataldo, “Tutela laboral” 221); es decir, la carga objetiva. Se podría reafirmar esta última cuestión en la medida que se ha dicho que el momento de aplicación de la norma es al momento de dictar sentencia; recordemos que la carga subjetiva o formal de la prueba tiene aplicación durante la etapa probatoria. Sin embargo, si lo que se pretende es que el juez (y no la ley) altere la carga material de la prueba, no hay forma en que ello ocurra sin que implique una clara vulneración al debido proceso. Respecto a la posibilidad que, en realidad, se altere la carga subjetiva o formal de la prueba también debemos descartarlo como hemos sostenido en este mismo capítulo. Por lo demás, si la regla del ART. 493 CDT tiene como finalidad alterar la carga de la prueba, ello implica que no tiene como objetivo la prueba de la vulneración; puesto que los indicios –por algún motivo– no permitirían probar tal cuestión.

i) A nuestro juicio quienes sostienen que la prueba de indicios tiene como finalidad alterar la carga de la prueba, en realidad hacen referencia a la doctrina de cargas probatorias dinámicas. Ello pues no solo se funda en las mismas razones (control y disponibilidad probatoria), sino que opera de la misma forma y tiene las mismas consecuencias; salvo en lo referido a la advertencia de la aplicación de la regla que nuestra literatura parece obviar. De cualquier forma, ya hemos expuesto razones para rechazar su aplicación.

j) También es erróneo sostener que la regla del ART. 493 CDT tenga por finalidad establecer un estándar de prueba disminuido en favor del denunciante. Esta interpretación parte de la base que el resultado de la prueba de indicios es necesariamente inferior al de la prueba directa.

Además, a lo que se hace mención en esta interpretación es que el “estándar de prueba

indiciario” sería un estándar que permitiría probar la vulneración sin que exista plena convicción, plena prueba o absoluta certeza. Todas esas cuestiones son absolutamente ajenas al procedimiento laboral, por lo que no es necesaria ninguna regla que limite su aplicación.

Finalmente, y ante la evidente indeterminación del estándar de prueba laboral (y en general, en todas las materias de nuestro ordenamiento) solo se justificaría recurrir al estándar de prueba entregado por las reglas de la racionalidad general. Este mínimo racional se suele traducir en la regla de “más probable que no” y se identifica con la idea de probabilidad prevaleciente. Según este estándar, se debe aceptar la hipótesis del hecho en cuanto esta sea más probable que cualquier otra hipótesis alternativa sobre el hecho y que, también, dicha hipótesis sea más probable que la no ocurrencia del mismo. En este caso, es bastante obvio que el estándar se aplica a los indicios (cuestión distinta a señalar que los indicios sean el estándar) y no a la presunción, puesto que esta se funda en una inferencia práctica.

k) Sería cómodo afirmar que la prueba de indicios es una presunción porque, justamente, la prueba de indicios es sinónimo de presunción. Sin embargo, esta no es la única razón para sostenerlo. Así, la norma del ART. 493 CDT comprende la estructura clásica del razonamiento presuntivo; ya que a partir de un hecho conocido o indicativo<sup>52</sup> se debe tener por probado un hecho desconocido (la vulneración de un derecho fundamental).

Además, otra característica propia de las presunciones es que el hecho presumido admite prueba en contrario. Esta situación se encuentra explícitamente recogida por el ART. 493 CDT. Pues, cuando hubieren indicios suficientes (y probados) de la vulneración, “... corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su justificación”.

El momento en que la norma recibe aplicación también permite concluir que se trataría de una presunción, puesto que será al momento de dictar la sentencia cuando el juez determine si es que existen indicios suficientes. Tal situación no quedaba del todo clara a propósito de

---

<sup>52</sup> Respecto a la naturaleza de tal hecho indicativo este se encontraría en blanco. Hemos hecho referencia a tal cuestión en el capítulo anterior.

quienes sostenían que la norma tenía como finalidad alterar la carga de la prueba<sup>53</sup>.

Si bien existen presunciones que tienen por finalidad alterar la carga de la prueba, estas se refieren a las normas de presunción no condicionales o presunciones-principio. En este caso, hay acuerdo que no bastan las meras alegaciones del denunciante para aplicar la presunción, sino que se deben probar los indicios. Por ello es que sostenemos que se trataría de una norma de presunción condicional o presunción-regla (cuyo hecho base está en blanco) por lo que no altera la carga de la prueba.

l) Entender la prueba de indicios como presunción puede presentarse ventajoso desde más de una perspectiva, como pasaremos a enumerar: i) si el ART. 493 CDT es una presunción, determinar la oportunidad en que se aplica la norma deja de ser problemático; ii) en este caso las cargas probatorias son claras en todo momento, puesto que –como señalamos al final del capítulo anterior– estas no sufren ninguna variación; iii) que estemos frente a una norma sobre presunción (regla) cuyo hecho base se encuentra en blanco reafirma la importancia del ART. 490 CDT, puesto que a partir de la denuncia es que se identifican los indicios; iv) que se trate de una norma de presunción implica, además, la posibilidad de revisar la decisión por infracción de ley, aunque solo en caso que se hayan probado todos los indicios contenidos en la denuncia y ninguno de los hechos impositivos, modificativos o extintivos se encuentren probados.

m) Finalmente, podemos decir que la falta de determinación previa del hecho base de la vulneración también es una oportunidad. En el sentido que permite generar criterios que puedan asentarse y permitir “tipificación” de ciertos indicios, en términos similares a la doctrina del principio de prueba. Tales criterios facilitarían la declaración de suficiencia de los indicios de vulneración, sin alterar el razonamiento presuntivo (por lo que igualmente deberán ser probados).

---

53 Más allá que fuera claro el momento en que se atribuía su aplicación, dicha cuestión traía aparejados problemas de seguridad jurídica.

# BIBLIOGRAFÍA

## 1. DOCTRINA

- Academia Judicial. *Manual de Juicio del Trabajo*. Segunda Edición, Talleres Propios, 2017.
- Accatino Scagliotti, Daniela. “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”. *Revista de derecho (Valparaíso)*, n° 37, 2011, pp. 483–511. *SciELO*, doi:10.4067/S0718-68512011000200012.
- Aguiló Regla, Josep. “Las presunciones hominis y las inferencias probatorias”. *Derecho PUCP*, n° 79, noviembre de 2017, pp. 99–110. *revistas.pucp.edu.pe*, doi:10.18800/derechopucp.201702.005.
- . “Nota sobre «Presunciones» de Daniel Mendonca”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 22, 1999, pp. 649–60. *doxa.ua.es*, doi:10.14198/DOXA1999.22.28.
- . “Presunciones, verdad y normas procesales”. *Isegoría*, n° 35, diciembre de 2006, pp. 9–31. *isegoria.revistas.csic.es*, doi:10.3989/isegoria.2006.i35.27.
- Balic Norambuena, Cristóbal. “Intervención del juez laboral en el interrogatorio de testigos: iniciativa probatoria oficiosa y debido proceso”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 6, n° 11, 2015, pp. 107–32. *revistatrabajo.uchile.cl*, doi:10.5354/rdyss.v6i11.38215.
- Bilbao Bonomelli, Francisco Javier. “La búsqueda de la verdad en el proceso: una visión crítica del procedimiento laboral chileno”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 5, n° 9, 2014, pp. 107–37. *revistas.uchile.cl*, doi:10.5354/rdyss.v5i9.42642.
- Caamaño Rojo, Eduardo, y José Luis Ugarte Cataldo. “El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales”. *Ius et Praxis*, vol. 20, n° 1, 2014, pp. 67–90. *SciELO*, doi:10.4067/S0718-00122014000100004.
- Cáceres Nieto, Enrique. “Constructivismo Jurídico, Verdad y Prueba”. *Problemas Contemporáneos de la Filosofía Del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 113–132.
- Cárcamo Zamora, Ximena, y Cayetano Núñez González. “La prueba indiciaria en el procedimiento de tutela laboral chileno”. *Revista Laboral Chilena*, febrero de 2012, pp. 83–89.
- Castro Castro, José Francisco. “La garantía o derecho de indemnidad laboral y su relación con la prueba indiciaria”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 3, n° 6, 2012, pp. 111–35. *revistatrabajo.uchile.cl*, doi:10.5354/rdyss.v3i6.42809.

- Chocrón Giráldez, Ana María. “La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el proceso laboral, a propósito de la reforma de la jurisdicción social”. *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*, 2011, pp. 373–86. *idus.us.es*, <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/17908>.
- Coloma Correa, Rodrigo. “Bases de un modelo conceptual para decidir hechos”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 40, diciembre de 2017, pp. 69–92. *doxa.ua.es*, doi:10.14198/DOXA2017.40.03.
- . “La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica”. *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 25, nº 2, diciembre de 2012, pp. 207–28. *SciELO*, doi:10.4067/S0718-09502012000200009.
- . “¿Realmente importa la sana crítica?” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, nº 3, diciembre de 2012, pp. 753–81. *SciELO*, doi:10.4067/S0718-34372012000300007.
- Dei Vecchi, Diego. “Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 37, diciembre de 2014, pp. 237–61. *doxa.ua.es*, doi:10.14198/DOXA2014.37.13.
- . “Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad”. *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, nº 13, 2013, pp. 233–64. *www.cervantesvirtual.com*, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/tres-discusiones-acerca-de-la-relacion-entre-prueba-y-verdad/>.
- Donaires Sánchez, Pedro. “Los sucedáneos de los medios probatorios”. *Derecho y Cambio Social*, vol. 4, nº 11, 2007, pp. 115–25. *dialnet.unirioja.es*, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5505337>.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos, y Rodolfo Walter Díaz. “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”. *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 24, nº 2, diciembre de 2011, pp. 91–111. *SciELO*, doi:10.4067/S0718-09502011000200004.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *Carga dinámica de la prueba: entre lo innecesario y la confusión*. <http://uchile.cl/d145188>. Workshop: Fundamentos filosóficos del derecho procesal. 19 de agosto de 2018. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- . *La Carga de la Prueba en el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil*. 12 de junio de 2018. IUS 360°, *YouTube*, <https://www.youtube.com/watch?v=iXC-6xQKyUI>.
- . “La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil”. *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Marcial Pons, 2014.
- . “La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”. *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot, LegalPublishing, 2010, pp. 3–19.
- . “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, vol. 7, nº 2, marzo de 2017, pp. 137–64. *revistas.pucp.edu.pe*, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19697>.

- . *Prueba y proceso judicial*. Càtedra de Cultura Jurídica. <https://www.youtube.com/watch?v=M6dQxcIkKi0>. 23 de abril de 2015. Workshop “Ciencia y proceso judicial”, Buenos Aires.
- Gama Leyva, Raymundo. “Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 19, 2013, pp. 65–89. [revistaestudiosarabes.uchile.cl](http://revistaestudiosarabes.uchile.cl), doi:10.5354/rej.v0i19.36187.
- Gamonal Contreras, Sergio. “La eficacia de la libertad sindical en el procedimiento de tutela de derechos”. *Revista Laboral Chilena*, enero de de 2010, pp. 56–61.
- . “Prueba indiciaria en el nuevo Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales”. *Revista Laboral Chilena*, noviembre de 2008, pp. 78–81.
- Gascón Abellán, Marina. “Concepciones de la prueba. Observación a propósito de ‘Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad’ de Michele Taruffo”. *Discusiones: Prueba y conocimiento*, n° 3, 2003, pp. 43–54. [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), <http://www.cervantesvirtual.com/obra/concepciones-de-la-prueba-observacion-a-proposito-de-algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad/>.
- . “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28, 2005, pp. 127–39. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA2005.28.10.
- González Ortega, Santiago. “El conflicto entre los Derechos Fundamentales del Trabajador y la Libertad de Empresa: el necesario tránsito desde el juicio de proporcionalidad al juicio de ponderación”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 3, n° 6, 2012, pp. 29–52. [revistatrabajo.uchile.cl](http://revistatrabajo.uchile.cl), doi:10.5354/rdytys.v3i6.42770.
- Haack, Susan. “Los realismos y sus rivales: nuestra inocencia recuperada”. *Ciencia, sociedad y cultura: Ensayos Escogidos*, traducido por Edison Otero Bello, Ediciones Universidad Diego Portales, 2008.
- . “Toda la verdad y nada más que la verdad”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 35, diciembre de 2012, pp. 571–87. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA2012.35.25.
- Hernández Marín, Rafael. “El control de la actividad judicial y las teorías jurídicas actuales”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 40, diciembre de 2017, pp. 123–46. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA2017.40.05.
- Hunter Ampuero, Iván. “Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil”. *Ius et Praxis*, vol. 23, n° 1, septiembre de 2017, pp. 247–72. *SciELO*, doi:10.4067/S0718-00122017000100008.
- Igartua Salaverría, Juan. “Prolongaciones a partir de Laudan”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28, diciembre de 2005, pp. 141–50. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA2005.28.11.

- Jara Astudillo, Nadia Paz, y Cristián Andrés Vigneaux Ramírez. *Estándar de prueba en el proceso civil. Estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno*. Tesis. Universidad de Chile, 2017.
- Jara Bustos, Francisco. “La facilidad probatoria en el Procedimiento de Tutela Laboral. Constitucionalidad y tramitación procesal”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 1, n° 2, 2010, pp. 153–84. [revistatrabajo.uchile.cl](http://revistatrabajo.uchile.cl), doi:10.5354/rdtyss.v1i2.43096.
- Lanata Fuenzalida, Gabriela. “El despido indirecto y el nuevo procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales del trabajador”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2, n° 3, 2011, pp. 55–77. [revistatrabajo.uchile.cl](http://revistatrabajo.uchile.cl), doi:10.5354/rdtyss.v2i3.42926.
- Lanata Fuenzalida, Gabriela, y Rodolfo Walter Díaz. *Régimen Legal del nuevo proceso laboral chileno*. 6ta Edición, LegalPublishing, 2009.
- Larroucau García, María Matilde. “La buena fe procesal y el deber de colaboración de las partes en los procedimientos laborales”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 67–81. [revistatrabajo.uchile.cl](http://revistatrabajo.uchile.cl), doi:10.5354/rdtyss.v1i1.43028.
- Larroucau Torres, Jorge. “Hacia un estándar de prueba civil”. *Revista chilena de derecho*, vol. 39, n° 3, diciembre de 2012, pp. 783–808. *SciELO*, doi:10.4067/S0718-34372012000300008.
- Laudan, Larry. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28, 2005, pp. 95–113. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA2005.28.08.
- . “Una breve réplica”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28, diciembre de 2005, pp. 151–55. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA2005.28.12.
- Leguisamón, Héctor E. *Las presunciones judiciales y los indicios*. Segunda Edición, Rubinzal - Culzoni, 2006.
- Lifante Vidal, Isabel. “Seguridad jurídica y previsibilidad”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 36, diciembre de 2013, pp. 85–105. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA2013.36.04.
- Lousada Arochena, José F. “La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n° 400, 2016, pp. 17–46. [dialnet.unirioja.es](http://dialnet.unirioja.es), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5582604>.
- Manson, Manuel. “Normas, verdad y lógica formal”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 2, n° 21, 1998, pp. 237–50. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA1998.21.2.19.

- Mazzarese, Tecla. “Razonamiento judicial y derechos fundamentales: observaciones lógicas y epistemológicas”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 26, 2003, pp. 687–716. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA2003.26.27.
- Mendonca, Daniel. “Presunciones”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 1, nº 21, 1998, pp. 83–98. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA1998.21.1.05.
- Miranda Vázquez, Carlos de. “Prueba directa vs. prueba indirecta (un conflicto inexistente)”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 38, diciembre de 2015, pp. 73–100. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA2015.38.03.
- Montt Retamales, María Eugenia. “Apuntes de Derecho Procesal Laboral”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 3, nº 6, 2012, pp. 233–45. [revistatrabajo.uchile.cl](http://revistatrabajo.uchile.cl), doi:10.5354/rdyss.v3i6.42863.
- Palavecino Cáceres, Claudio. “Crítica a la iniciativa probatoria judicial, a propósito del Procedimiento Laboral Chileno”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2, nº 3, 2011, pp. 15–36. [revistatrabajo.uchile.cl](http://revistatrabajo.uchile.cl), doi:10.5354/rdyss.v2i3.42924.
- . “El nuevo ilícito de acoso laboral en el Derecho del Trabajo chileno”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 3, nº 6, 2012, pp. 13–28. [revistatrabajo.uchile.cl](http://revistatrabajo.uchile.cl), doi:10.5354/rdyss.v3i6.42769.
- . “El Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales del trabajador en Chile”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 5, nº 9, 2014, pp. 33–45. [revistas.uchile.cl](http://revistas.uchile.cl), doi:10.5354/rdyss.v5i9.42638.
- . “El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno.” *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, nº 13, 2011, pp. 117–40. [dialnet.unirioja.es](http://dialnet.unirioja.es), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4791574>.
- . “La Reforma Procesal Laboral Chilena. Una visión crítica desde el garantismo procesal”. *Revista Laboral Chilena*, julio de 2012, pp. 59–68.
- Palavecino Cáceres, Claudio, y Pablo Ramírez Soto. “Examen crítico de la sentencia anticipada en el Procedimiento Monitorio Laboral”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 1, nº 2, 2010, pp. 71–80. [revistas.uchile.cl](http://revistas.uchile.cl), doi:10.5354/rdyss.v1i2.43052.
- Palomo Vélez, Diego. “Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?” *Ius et Praxis*, vol. 19, nº 2, 2013, pp. 447–66. *SciELO*, doi:10.4067/S0718-00122013000200015.
- Palomo Vélez, Diego, y Pedro Matamala Souper. “Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio”. *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 19, nº 2, 2012, pp. 237–74. *SciELO*, doi:10.4067/S0718-97532012000200008.
- Peyrano, Jorge W. “La carga de la prueba”. *Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*, 2013.

- Pintore, Anna. “Consenso y verdad en la jurisprudencia”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, traducido por Josep Aguiló Regla, n° 20, 1997, pp. 279–93. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA1997.20.09.
- Planet Sepúlveda, Lucía. “Eficacia del Procedimiento de Tutela Laboral como protección contra el mobbing en Chile”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 93–122. [revistas.uchile.cl](http://revistas.uchile.cl), doi:10.5354/rdtyss.v1i1.43030.
- Priori Posada, Giovanni, y Roberto Pérez-Prieto. “La carga de la prueba en el proceso laboral”. *IUS ET VERITAS*, vol. 22, n° 45, abril de 2012, pp. 334–45. [revistas.pucp.edu.pe](http://revistas.pucp.edu.pe), <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12007>.
- Quintana Abbate, María Teresa. “Efecto jurídico de la no contestación de la demanda en el Procedimiento Laboral de Aplicación General: ¿ficta confessio o ficta litis contestatio?” *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 8, n° 16, diciembre de 2017, pp. 53–80. [revistatrabajo.uchile.cl](http://revistatrabajo.uchile.cl), doi:10.5354/0719-7551.2017.48031.
- Reyes Molina, Sebastián. “Sobre derecho y la averiguación de la verdad”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 40, diciembre de 2017, pp. 317–36. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA2017.40.13.
- Riffo Elgueta, Ernesto. “La verdad como un fin del proceso bajo una concepción garantista”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 7, n° 14, diciembre de 2016, pp. 39–49. [revistatrabajo.uchile.cl](http://revistatrabajo.uchile.cl), doi:10.5354/rdtyss.v7i14.44737.
- Rosas Yataco, Jorge. “Prueba indiciaria: doctrina y jurisprudencia nacional”. *La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal*, 2004, pp. 287–302.
- Ruiz Sanz, Mario. “Dialogando sobre lo fáctico en el Derecho: a propósito del modelo cognoscitivista en la prueba”. *Anuario de filosofía del derecho*, n° 19, 2002, pp. 475–88. [dialnet.unirioja.es](http://dialnet.unirioja.es), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=756908>.
- Santibañez Boric, Cristina. “Las cargas probatorias dinámicas”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 83–92. [revistatrabajo.uchile.cl](http://revistatrabajo.uchile.cl), doi:10.5354/rdtyss.v1i1.43029.
- Stein, Alex. “Contra la “prueba libre””. *Revista de derecho (Valdivia)*, traducido por Jorge Larroucau Torres, vol. 26, n° 2, 2013, pp. 245–61.
- Taruffo, Michele. “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”. *Discusiones: Prueba y conocimiento*, n° 3, 2003, pp. 15–41. [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), <http://www.cervantesvirtual.com/obra/algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad/>.
- . “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”. *Discusiones: Prueba y conocimiento*, n° 3, 2003, pp. 81–97. [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com),

- <http://www.cervantesvirtual.com/obra/algunos-comentarios-sobre-la-valoracion-de-la-prueba/>.
- . *Escucho sobre todo en Latinoamérica este mito de la inmediación conectado con el mito de la oralidad*. Entrevistado por Sofía Martín Leyton, 10 de septiembre de 2012. *El Mercurio*, <http://www.ichdp.cl/wp-content/uploads/entrevista-michele-taruffo-el-mercurio-legal.pdf>.
- . *La prueba: artículos y conferencias*. Editorial Metropolitana, 2009.
- . *La Prueba de los Hechos*. Traducido por Jordi Ferrer Beltrán, Segunda Edición, Editorial Trotta, 2005.
- . *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Traducido por Daniela Accatino Scagliotti, Marcial Pons, 2010.
- . “Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’, de Larry Laudan”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28, diciembre de 2005, pp. 115–26. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA2005.28.09.
- Teubner, Gunther. “El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 25, 2002, pp. 533–71. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA2002.25.16.
- Thayer, James B. “Presumptions and the Law of Evidence”. *Harvard Law Review*, vol. 3, n° 4, noviembre de 1889, pp. 141–66, doi:10.2307/1321688.
- Ugarte Cataldo, José Luis. “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”. *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 20, n° 2, diciembre de 2007, pp. 49–67. *SciELO*, doi:10.4067/S0718-09502007000200003.
- . “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”. *Revista de derecho (Valparaíso)*, n° 33, diciembre de 2009, pp. 215–28. *SciELO*, doi:10.4067/S0718-68512009000200005.
- Ureña Carazo, Belén. “La verdad de los hechos como conditio sine qua non de una decisión judicial justa en el pensamiento de Michele Taruffo”. *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 49, n° 146, 2016, pp. 281–304.
- Utman Suárez, Felipe. “Oportunidades probatorias no reglamentadas explícitamente en los nuevos procedimientos laborales”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n° 3, diciembre de 2011, pp. 639–44. *SciELO*, doi:10.4067/S0718-34372011000300013.
- Vásquez Goerlt, Cristián. “¿Cumple nuestro Sistema Recursivo Laboral con asegurar el Debido Proceso?” *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2, n° 4, 2011, pp. 171–92. [revistatrabajo.uchile.cl](http://revistatrabajo.uchile.cl), doi:10.5354/rdytss.v2i4.42903.
- Vázquez-Rojas, Carmen. “Entrevista a Susan Haack”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 36, diciembre de 2013, pp. 573–86. [doxa.ua.es](http://doxa.ua.es), doi:10.14198/DOXA2013.36.24.
- Villalón Esquivel, Jorge. “¿Es el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales una adecuada herramienta de control y sanción del acoso laboral?: reflexiones a partir de la

dictación de la ley 20.607”. *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 20, n° 1, 2013, pp. 229–62. *SciELO*, doi:10.4067/S0718-97532013000100009.

## 2. JURISPRUDENCIA

- Corte de Apelaciones de Antofagasta. *Barrios con Ilustre Municipalidad de Sierra Gorda*. Rol 43/2018 (Nulidad Laboral), 26 de abril de 2018.
- . *González con Orica Chile S.A.* Rol 194/2017 (Nulidad Laboral), 30 de julio de 2017.
- Corte de Apelaciones de Arica. *Lee con Fisco de Chile*. Rol 87/2018 (Nulidad Laboral), 24 de octubre de 2018.
- Corte de Apelaciones de Chillán. *Muñoz con Ilustre Municipalidad de Cobquecura*. Rol 146/2016 (Nulidad Laboral), 17 de enero de 2017.
- Corte de Apelaciones de Concepción. *Solar con Comercial CCU Chile S.A.* Rol 42/2018 (Nulidad Laboral), 11 de mayo de 2018.
- . *Medina con Foraction Chili S.A.* Rol 296/2017 (Nulidad Laboral), 28 de agosto de 2018.
- Corte de Apelaciones de Iquique. *Ruiz con Importadora y Exportadora Atlantida S.A.* Rol 84/2015 (Nulidad Laboral), 3 de febrero de 2016.
- . *Diaz con Acosta y otros*. Rol 79/2015 (Nulidad Laboral), 12 de enero de 2016.
- Corte de Apelaciones de La Serena. *Órdenes con Cencosud Supermercados S.A.* Rol 213/2017 (Nulidad Laboral), 5 de febrero de 2018.
- . *Inspección Provincial del Trabajo con Cristina Manuel Espinoza Peña E.I.R.L.* Rol 213/2016 (Nulidad Laboral), 9 de enero de 2017.
- Corte de Apelaciones de Puerto Montt. *Giordano con Ilustre Municipalidad de Castro*. Rol 182/2017 (Nulidad Laboral), 20 de octubre de 2017.
- Corte de Apelaciones de Rancagua. *Valdebenito con Chile Impresores S.A.* Rol 6/2017 (Nulidad Laboral), 1 de febrero de 2017.
- Corte de Apelaciones de San Miguel. *Opazo con Mimet S.A.* Rol 296/2017 (Nulidad Laboral), 1 de septiembre de 2017.
- . *González con Ilustre Municipalidad de la Cisterna*. Rol 244/2017 (Nulidad Laboral), 3 de agosto de 2017.
- Corte de Apelaciones de Santiago. *Rebolledo con Empresa Nacional de Energía ENEX S.A.* Rol 1993/2017 (Nulidad Laboral), 29 de diciembre de 2017.
- . *Leiva con Superintendencia de Electricidad y Combustibles*. Rol 2130/2017 (Nulidad Laboral), 20 de diciembre de 2017.
- . *González con Constructora Asfalcura S.A.* Rol 474/2017 (Nulidad Laboral), 17 de mayo de 2017.

- Corte de Apelaciones de Talca. *Anabalón con Farmacias Cruz Verde S.A.* Rol 263/2017 (Nulidad Laboral), 27 de febrero de 2017.
- Corte de Apelaciones de Valdivia. *Santivañez con Educacional Garden Victoria Cifuentes E.I.R.L.* Rol 70/2017 (Nulidad Laboral), 14 de junio de 2017.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso. *Torres con Centro Educacional el Sueño de Emprender LTDA.* Rol 628/2017 (Nulidad Laboral), 24 de enero de 2017.
- Corte Suprema. *Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente con Corporación de Desarrollo de la Reina.* Rol 65417/2015 (Unificación de Jurisprudencia), 21 de marzo de 2017.
- . *Lamas con Ilustre Municipalidad de Chaiten.* Rol 12362/2015 (Unificación de Jurisprudencia), 13 de junio de 2016.
- . *Inspección Provincial del Trabajo de Los Andes y Sindicato de Trabajadores, Supervisores, Rol A, Codelco Chile, División Andina con Codelco Chile División Andina.* Rol 55135/2017 (Unificación de Jurisprudencia), 3 de abril de 2016.
- . *Lizama con Profin S.A.* Rol 1806/2015 (Unificación de Jurisprudencia), 8 de marzo de 2016.