



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

BASES PARA LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de

Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público

Alumna: Valeska Bernardita Zamorano Morales

Profesor guía: Jonatan Valenzuela Saldias

2018

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	4
INTRODUCCION	6

PRIMERA PARTE

DISCRECION JUDICIAL, VALORACION DE PRUEBA Y ESTANDAR DE PRUEBA LABORAL

1. Discreción Judicial.	12
2. Discreción Judicial en los Derechos Fundamentales	17
3. Sistema de Valoración de la prueba en el proceso laboral: Sana Crítica.....	22
4. Sana crítica y estándar de prueba en el proceso laboral	28
5. La prueba en materia laboral y la corrección epistémica de la sentencia	33
6. De algunas consideraciones preliminares	35

SEGUNDA PARTE

PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL Y LA CORRECCION EPISTEMICA DE LA SENTENCIA

1. Relación entre prueba y verdad laboral: La distribución de los costos de error judicial	36
2. Defecto Laudaniano en el proceso laboral	43
3. Estándar de prueba y garantías del empleador en los procedimientos laborales	47
3.1 Procedimiento por despido injustificado	47
3.2 Procedimiento por accidentes del trabajo	50

3.3 Procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales	52
CONSIDERACIONES FINALES	54
BIBLIOGRAFIA	57

BASES PARA LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL *

[Bases for the reconstruction of the proof standard in the labor process]

Valeska Zamorano Morales**

"We are not final because we are infalible, but we are infalible only because we are final".

Robert H. Jackson, Brown vs. Allen (1953).

RESUMEN

El proceso laboral se enmarca dentro de la lógica continental de los "beneficios" de los litigios civiles, en oposición al análisis que invoca el reparto de los costos del error judicial. Dicho balance –innegablemente premunido de buenas razones de

ABSTRACT

The labor process is framed within the continental logic of the "benefits" of civil litigation, as opposed to the analysis that invokes the distribution of the costs of judicial error. This balance-undeniably premise of good reasons of probatory policy, translates into

* El presente trabajo corresponde a una Actividad Formativa Equivalente a Tesis (AFE), para optar al grado de Magíster en Derecho de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, bajo la nomenclatura de un artículo académico que reúne los requisitos de una publicación indexada.

** Abogada Universidad Andrés Bello, Candidata a Magíster en Derecho con y sin mención de la Universidad de Chile. Dirección postal: Jaime Labarca 051-B, Til. Correo electrónico: valeska.zamorano@gmail.com.

política probatoria—, se traduce en distorsiones identificables en nuestros juicios laborales que abren paso a un campo discrecional sumamente peligroso en nuestros estrados: el de la prueba infernal para el empleador. El estándar de prueba en el proceso laboral recoge los defectos del proceso interno y subjetivo de convicción de los jueces del trabajo que amenazan la armonía entre los poderes del empleador y la seguridad del trabajador en la vigencia y eficacia de sus derechos. En otros términos, el resultado de la adjudicación se encuentra premunido de justificaciones probatorias a la confianza del juzgador que, con prescindencia, del procedimiento en que se inserten, acrecienta los peligros de los falsos positivos. El presente estudio se sitúa en el campo del análisis del estándar probatorio de las partes de la relación de trabajo a fin de comprobar la existencia de dos vicios de que adolece el procedimiento laboral, cuales son los de inseguridad y de error judicial. Para lograr el cometido propuesto, se considerará la evidencia empírica

identifiable distortions in our labor judgments that open the way to an extremely dangerous discretionary field in our podiums: that of the infernal test for the employer. The standard of proof in the labor process includes the effects of the internal and subjective conviction process of the labor judges that threaten the harmony between the powers of the employer and the worker's safety in the validity and effectiveness of their rights. In other words, the result of the adjudication is provided with justifications probatory to the confidence of the judge, regardless of the procedure in which they are inserted, increases the dangers of false positives. The present study is placed in the field of the analysis of the probatory standard of the parties of the labor relation in order to verify the existence of two vices that suffer the labor procedure, which are those of insecurity and judicial error. To achieve the task proposed, we will consider the empirical evidence thrown by studies that analyze the percentages of causes in which the employer has been defeated based on the non-satisfaction of the test standard,

arrojada por estudios que analizan los porcentajes de causas en los que el empleador ha sido vencido en base a la no satisfacción del estándar de prueba, así como por el desarrollo dogmático de los encuadres a los estándares de prueba sugeridos por la ambivalencia del peso de la prueba y por la probabilidad de veracidad de los hechos ante el examen del juez laboral.

as well as the dogmatic development of the fit the test standards suggested by the ambivalence of the burden of proof and by the probability of truthfulness of the facts before the examination of the labor judge.

PALABRAS CLAVES: Derecho Procesal Laboral – estándar de prueba – discreción judicial – despido injustificado – falsos positivos – error judicial.

KEY WORDS: Labor Procedural Law - standard of proof - judicial discretion - unjustified dismissal - false positives - judicial error.

INTRODUCCIÓN

La resolución de un asunto judicial, ergo, el ejercicio mismo de la función jurisdiccional, se encuentran siempre sujetos al pavor de la extrema libertad, es decir, al cataclismo de la absoluta discreción judicial, tributaria de consideraciones personales de índole moral. Dicho temor se traduce en la necesidad imperante en la sociedad administrada de que la máscara de misterio sea arrancada del rostro de la judicatura³ en aras de la seguridad jurídica.

³ Expresión ideada a partir de las doctrinas infundidas por el profesor Bethman, en BENTHAM, Jeremy (1859): *A Fragment on Government*. London, Bowring ed. (preface, 41st para.), p. 235.

Ciertamente el error judicial, aun en cuanto fenómeno polisémico, constituye uno de los vicios a los cuales todo proceso está llamado a rehuir.

La deliberación normativa que precede el estándar de prueba (en adelante "EdP") en el proceso laboral, recoge la decisión colectiva de salvaguardar la posición clásicamente desmejorada del trabajador.

Aun cuando se hayan derramado océanos de tinta en torno a las causas que cimentaron la disyunción entre el Derecho Civil y la normativa laboral⁴, formular algunas explicaciones colaborará con nuestro propósito de exponer en forma sistemática las consecuencias derivadas del estándar de probatorio al cual se encuentra sujeta la práctica judicial de nuestros tribunales, desde la perspectiva del empleador.

El Derecho del Trabajo germina sus bases en la adopción de un desafío impuesto por la vulneración de los derechos laborales durante décadas. El desafío consistía –y consiste– en la protección de la parte débil del contrato de trabajo, ajeno a la igualdad de las relaciones contractuales de índole privada⁵. Aquel es el objeto y bien jurídico tutelado por el Derecho Laboral contemporáneo.

El concierto europeo del siglo XIX fue testigo de las causas originarias y del nacimiento del Derecho del Trabajo, así como de su evolución: las funestas condiciones de trabajo hicieron que el Estado interviniera en las relaciones laborales, hasta entonces, sujetas a las normas de Derecho común⁶.

⁴ Un buen ejemplar, véase en ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro (2009): *Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*. Lima, Palestra Editores, pp. 169 y s.s.

⁵ Véase en PÉREZ CHÁVEZ, José y FOL OLGUIN, Raymundo (2010): *Taller de prácticas laborales y de Seguridad Social*. México D.F., Tax Editores, pp. 22-30.

⁶ Sobre el origen del Derecho del Trabajo, véase a DÁVALOS, J. (2003): *Derecho individual de trabajo*. Ciudad de México: Editorial Porrúa. V.a. HUMERES NOGUER, Héctor (2009): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 37 y s.s.

En este orden de cosas, la nota de subordinación, característica del contrato de trabajo, se alza como un punto cardinal de inflexión entre la sujeción del trabajador a los poderes del empleador⁷, intensificado lo anterior, a causa de la supremacía de la autonomía de la voluntad y de la libertad imperante en los periodos pre-revolucionarios⁸, lo que se tradujo en la necesidad de acentuar la protección del obrero, desmejorado por el ejercicio del poder contractual del empleador, compensando fuerzas a través de la intervención estatal y de la vigencia del principio protector del Derecho del Trabajo⁹.

De esta manera, la libertad del empleador requería de la imposición de cortapisas en pos de asegurar la vigencia de los derechos del trabajador. La referida pugna entre libertad del empleador e indemnidad del trabajador ha sido recogida en nuestra legislación a partir del artículo 5º del Código del Trabajo, que expresa que el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, adicionando la irrenunciabilidad de los derechos laborales del trabajador mientras el contrato de trabajo se encuentre vigente.

Conviene destacar en este punto, que el Derecho del Trabajo nace para dar respuesta a una situación de desigualdad, teniendo en consideración a las partes

⁷ "Los primeros estudios en Italia dan cuenta de la resistencia inicial: El dato sobre el que se fundamenta es que Ludovico Barassi no puede tener simpatía por el concepto de subordinación acriticamente acogido por las leyes sociales de su tiempo. Suponiendo un estado de sujeción que altera brutalmente el principio de igualdad jurídica, ello implica una inadmisibile erosión del pilar de la codificación civil. De hecho, con una aprehensión que no es inferior a lo compartido, Barassi afirma que: «La aversión contra la subordinación está viva entre los operarios»; ésta según él es la «cuestión más candente»". Cfr. JARAMILLO JASSIR, Iván (2011): *Del Derecho Laboral al Derecho del Trabajo*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, pp. 27 y ss.

⁸ DE LA CUEVA, M. (1965): *Síntesis derecho del trabajo*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 21.

⁹ MONTALVO ROMERO, Josefa y MONCAYO RODRÍGUEZ, Socorro (2010): *Origen y actualidad del derecho del trabajo*. Revista Letras Jurídicas (22): pp. 1-8.

del contrato de trabajo, como clases de operadores. En otros términos, el Derecho del Trabajo se orienta a la corrección de los desajustes sociales¹⁰.

La decisión moral que encierran las precedentes premisas, constituye el fundamento del Derecho del Trabajo y, el Derecho Procesal Laboral, no escapa de los referidos caracteres tuitivos. Quizás, la manifestación más evidente de lo anterior, es el recogimiento de reglas de adjudicación protectoras de los derechos del trabajador en el proceso. La protección de la parte débil de la relación laboral cobra renovada fuerza en los Estados Modernos, cuando consideramos que el Derecho Civil fue incapaz de abordar con justicia las relaciones de trabajo que se suscitaron después de la Revolución Industrial. El Derecho del Trabajo vino a ser la herramienta idónea que las sociedades democráticas dispusieron para el control del conflicto, otorgando protección al trabajador, dando certeza a los empleadores y estabilidad al sistema económico y político, al menos programáticamente.

Así las cosas, el sentido protector de las leyes de esta rama del Derecho es evidente y permanece hasta nuestros días en cada norma que se dicta (v.gr. ley N° 20.769 sobre concesión de permisos para la toma de exámenes médicos para trabajadores mayores de 50 años y trabajadoras mayores de 40 años, ley N° 20.773 sobre la colación de trabajadores portuarios, ley N° 20.764 sobre protección a la maternidad, paternidad y vida familiar, todas de 2014, y antes de ellas las N° 20.607 sobre acoso moral laboral o la ley N° 20.611 sobre protección de las remuneraciones, ambas publicadas en agosto de 2012). Esto implica que la interpretación de las normas debe ser ejecutada considerando el principio protector, so pena de desconocer el sentido primigenio de la ley, argumento que se ve reforzado por el sentido que el Tribunal Constitucional ha dado al texto del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República que consagra el principio de protección al trabajo en el texto fundamental (sentencias ROL N° 2182-2012 y 2197-

¹⁰ En tal sentido, véase a THAYER, W. y NOVOA, P. (1993): *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 31.

2012). En consecuencia, entre dos interpretaciones posibles debe preferirse aquella que más ampare al sujeto protegido, utilizando el criterio interpretativo denominado *pro operario*¹¹.

Por tanto, adhiriendo a la tesis que tiene como única forma de enfrentar el Derecho Procesal Laboral y encararlo con su esencia misma, la de definir un regla de EdP edificada sobre la clase de error que, como sociedad, estamos dispuestos a tolerar en el proceso adjudicatorio, así como la medida de dicha tolerancia¹², lo cierto es que la distribución de errores entregada a la judicatura con competencia laboral transgrede el carácter correctivo del Derecho Laboral, en tanto acuerdo social del ideal que éste persigue, en aras de la desprotección e indefensión en la que queda el empleador en manos del pre-juzgamiento, de la elevación del estándar de prueba hasta alcanzar ribetes insospechados siquiera por el legislador y de la práctica de una discreción judicial vulneratoria del Derecho de prueba.

Dentro de ese escenario, el Derecho Procesal Laboral es la realización del derecho probatorio y, en este sentido, se trata de un derecho sustantivo en cuya virtud se afianzan los valores y directrices definidos por el marco normativo. Forzoso es reconocer que el trabajador está dotado de garantías procesales-probatorias concedidas en su beneplácito y en ventaja de quien, al menos teóricamente, cuenta con el dominio del ámbito probatorio: el empleador. Sin embargo, debemos detenernos a analizar cuál es el grado de error que estamos dispuestos a tolerar en la adjudicación de los conflictos laborales, especialmente en consideración de otros bienes jurídicos que resultan socialmente relevantes (además de la protección al

¹¹ En este sentido, véase Juzgado de Letras de San Bernardo (2016): Sentencia ROL N° 0-215-2016, de 12 de agosto de 2016, considerando décimo sexto.

¹² Sobre la reivindicación del Derecho Procesal, véase a VALENZUELA, Jonatan (2017): *Contra el derecho procesal*. Ponencia para las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Probatorio. Valdivia, agosto de 2017.

trabajador y al trabajo en sí mismo), como son la estabilidad en las relaciones laborales, el empleo y la seguridad jurídica.

El estándar de prueba al que están sometidas las partes del contrato de trabajo y que atiende al ideal que preside las relaciones laborales, envuelve el peligro de desconocer errores o anomalías dentro del campo del Derecho Laboral: la de los falsos positivos. Para efectos de nuestro estudio, el precitado fenómeno, extrapolado desde el Derecho penal¹³, significa que una hipótesis se encuentra probada cuando es, en realidad, falsa. La precitada categoría se opone a la de los falsos negativos, es decir, a aquella de las hipótesis que no son probadas en juicio –o tenidas por verdaderas–, relativas a hechos que sí ocurrieron.

Debemos prever que no nos aventuraremos a juzgar la veracidad de los hechos de la casuística a la que aludamos a lo largo del presente trabajo (mal podríamos hacerlo), en la medida en que la comprobación empírica de los hechos es una cuestión que escapa incluso al juez. Por el contrario, nos interesa aquí adentrarnos hacia el camino racional que la valoración de la prueba impone al juzgador, en pos de examinar la correspondencia entre la convención social que implica el estándar de prueba y el respeto por las garantías del empleador dentro del proceso.

¹³ Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): *Valoración Racional de la Prueba*. Colección de Filosofía y Derecho. Madrid, Editorial Marcial Pons, p. 146.

PRIMERA PARTE

DISCRECIÓN JUDICIAL, VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y EdP LABORAL

1. Discreción judicial

Nos parece apropiado formular algunas observaciones en torno al fenómeno de la discreción judicial, no porque sea una cuestión propia del ámbito laboral, claro está, sino porque creemos ineludible el hacernos cargo de la vinculación entre la valoración de la prueba –ergo del sistema por el cual se rige dicha valoración– y el margen de libertad que tiene el juez para administrar justicia.

Autores tales como H.L.A Hart¹⁴, aluden al fenómeno de la discreción mediante reflexiones foráneas a la técnica judicial norteamericana, desde donde destaca la necesidad de abandonar la viciada noción del juez como mero instrumento entre la ley y el individuo. De manera fascinante, pero a-contextualizada, dentro de un Estado de Derecho, Montesquieu declaraba: "*Los jueces de la nación no son (...) más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes*"¹⁵.

El ejercicio de las facultades discrecionales del juez, ha sido, en gran medida, visto con temor por los positivistas y, con recelo, por los fervientes defensores de la legitimidad exclusiva del legislador en la creación de normas jurídicas vinculantes. Empero, muchas de las críticas vertidas en torno a la discreción judicial, se

¹⁴ Véase en HART, H.L.A (1994): *Una mirada inglesa a la teoría del Derecho Norteamericana: La pesadilla y el noble sueño*, En: El ámbito de lo jurídico. Lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo, coord. por Pompeu Casanovas, Josep Joan Moreso (Barcelona, Crítica), p. 327 y ss.

¹⁵ MONTESQUIEU (1975): *Del Espíritu de las Leyes* (Madrid, Editorial Tecnos), Libro XI, cap. VI.

difuminan en la medida en que la inteligencia de dicha locución, sea acertada o, al menos, convenida.

La palabra discreción puede adoptar dos grandes sentidos. El primero, referido a la toma de decisión "a discreción", lo que significa que la autoridad (judicial) adopta una decisión mediante el uso de su inteligencia individual o moral personal¹⁶. Lo anterior aparece refrendado, por ejemplo, en casos en donde, generalmente, opera una autorización legal o delegación reglamentaria en el ejercicio discrecional de las facultades de los órganos del Estado, v.gr. la apreciación "en conciencia" de la prueba recaída en el procedimiento en donde se determina la indemnización de perjuicios derivada del error judicial, como también respecto del conocimiento que le cabe a la Corte Suprema del recurso de reclamación por pérdida o desconocimiento de la nacionalidad y de la resolución y declaración de culpabilidad o ausencia de ella, en la acusación constitucional dirigida por la Cámara de Diputados en contra del Presidente de la República, en donde dichos órganos operan "como jurado", resolviendo libremente en calidad de simples ciudadanos. Estos ejemplos son casos declarados de discreción según la nomenclatura utilizada por H.L.A Hart¹⁷.

Luego, la voz "discreción", implica cierta clase de dirección de deliberación o sabiduría que envuelve la opción escogida por la autoridad (judicial). Es esta la correcta acepción con que cualquier estudio serio, debe avocarse a la viabilidad y efectividad de la discreción en la resolución de asuntos judiciales. La discreción no es, en ningún caso, la actividad jurisdiccional supeditada al mero capricho del juez

¹⁶ Véase a PEÑA GONZÁLEZ, Carlos (1995): *Discreción e interpretación judicial: las tesis de Dworkin*, En: Interpretación, integración y razonamientos jurídicos (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 183-191.

¹⁷ "These two factors may face us in a given sphere alone or jointly: in any sphere in which we may want to regulate in advance by general principles or rules to be invoked in successive particular occasions as they arise, we find our capacity limited by them. Sometimes the limitation imposed by the factors is so patent at the outset that we do not attempt to lay down specific rules but ab initio confer a discretionary jurisdiction on some official or authority: these are cases of Avowed Discretion", HART, H.L.A (2013): Discretion, Harvard Law Review N° 2 Vol. 127, p. 661.

o a motivaciones ajenas a la administración de justicia, sino que, por el contrario, no hay sitio para la discreción en tales casos. Con todo, en la utilización de la discreción tácita, como ocurre en el caso de las decisiones judiciales, deben ponderarse factores, tales como la coherencia entre las decisiones sentadas con anterioridad como con otras partes del sistema jurídico y el respeto por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Negar la presencia de la discreción en los procesos judiciales es tanto como negar el ejercicio de la facultad adjudicatoria en sí misma. Cada vez que los jueces resuelven un asunto, actúan con discrecionalidad. Lo hacen al realizar un examen de admisibilidad, al valorar la prueba, al conceder un plazo judicial, al determinar el monto de una indemnización de perjuicios, al ponderar los derechos que colisionan en un conflicto intersubjetivo, etc. De allí que la concepción de Derecho que se tenga (como un conjunto de normas jurídicas positivas rígidas e inequívocas o como un plexo complejo integrado, además, por principios y valores), empero, constituye un tópico que sobrepasa con creces el objetivo del presente trabajo. Sin perjuicio de la precedente advertencia, dentro de la concepción de un orden jurídico en el cual concurren leyes, políticas y principios, el fenómeno de la discreción no parece tan aterrador. En efecto, cuando el juez decide un caso, lo hace sujeto no sólo a las normas jurídicas, sino que, además, se ve constreñido por el conjunto de impresiones comunes que comparten con los demás miembros de la comunidad interpretativa a la que pertenecen.

En cualquier caso, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, el derecho al acceso a la justicia no sólo se limita al mero deber de fallar que le corresponde al órgano judicial ni a la prohibición de justificación del no ejercicio de jurisdicción que impide eludir la resolución de los negocios puestos bajo su conocimiento, sino que es la contrapartida de otro derecho, el derecho de acción, en su faz de derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia, que en caso alguno se agota con la resolución del asunto, sino que integra la exigencia de tutela

efectiva del derecho que se reclama, coherente con el sistema americano de Derechos Humanos donde la Corte ha sostenido que no es suficiente que a una decisión se le denomine "sentencia" sino que es necesario que no presente vicios que la descalifiquen como acto jurisdiccional (Caso Cantos vs. Argentina y caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala).

En efecto, el principio de inexcusabilidad en los casos de tutela de derechos no se satisface sólo con admitir a trámite la acción, efectuar las audiencias, recibir las pruebas y fallar, cuando el acto decisorio final se excusa de la tutela efectiva del derecho que se invoca.

El constitucionalismo clásico instituyó la separación de poderes como uno de los dogmas sobre los cuales era preciso construir la teoría del Estado. La propia Declaración de los Derechos del Hombre, prevé en su artículo 16: "*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los Poderes se halla determinada, carece de Constitución*". Así las cosas, esta concepción impone la división de poderes o funciones¹⁸, según la cual el órgano legislativo genera las normas jurídicas; el poder ejecutivo se encarga de la ejecución de tales normas y el poder judicial de la resolución de controversias, todo de forma exclusiva y excluyente. Empero, la doctrina ya ha observado que el fundamento, tanto de Locke como de Montesquieu, para defender la referida separación e independencia absoluta, radica en la necesidad de impedir la intervención de un órgano sobre el otro, en detrimento de los derechos y libertades de los individuos¹⁹. Pues bien, la intervención judicial en la interpretación y producción del Derecho, debe encuadrarse siempre en el aumento –o al menos en la mantención del *status*

¹⁸ Para efectos de nuestro estudio no resulta relevante distinguir entre poderes o funciones o distribución de competencias. Cfr. VARGAS, M. (2010): "La antigua teoría de la separación de los poderes y la moderna doctrina de la colaboración de los poderes públicos como fundamento del Derecho Administrativo", *Revista Doctrinas Esenciales* (Derecho Constitucional): pp. 118-141.

¹⁹ En este sentido véase a CARMONA TINOCO, J. (2007): "La división de poderes y la función jurisdiccional", *Revista Mexicana de Justicia* N° 9: pp. 45-78

quo- de los derechos de las personas en cuanto a bienes jurídicos específicos tutelados.

Los términos en que H. Kelsen alude al rol legislativo de la actividad jurisdiccional son muy iluminadores en esta materia. El citado autor señala:

“La función creadora de derecho de los tribunales se manifiesta especialmente cuando la decisión judicial tiene el carácter de un precedente, es decir, cuando da origen a una norma general. Cuando los tribunales están facultados no solamente para aplicar el derecho sustantivo anterior, sino para crear nuevo derecho al resolver situaciones concretas, existe la tendencia muy explicable de dar a tales decisiones el carácter de precedentes. Dentro de un sistema jurídico de este tipo, los tribunales son órganos legislativos exactamente en el mismo sentido que el órgano que llamamos legislador en la acepción estricta y ordinaria de la palabra. Los tribunales son creadores de normas jurídicas generales”²⁰.

Si se reconoce que los jueces crean normas jurídicas, al interpretar o aplicar la ley, específicamente en la fundamentación de la sentencia –como efectivamente ocurre– entonces se abre la puerta a las posibles consecuencias normativas de dicha creación. En concreto, se genera la posibilidad de discutir acerca de la viabilidad de la *sumisión al precedente*, lo que en las recientes reformas procesales chilenas y en los proyectos de reforma procesal en tramitación se ha intentado impulsar a través de los recursos de unificación de jurisprudencia. En efecto, sólo si se admite que el Poder Judicial crea normas jurídicas resulta lógico el establecimiento de tales recursos.

²⁰ KELSEN, H. (1945): *Teoría general del derecho y del Estado* (traducc. E. García Máynez. 1988. México, Universidad Nacional Autónoma de México), p. 178.

La aceptación de que los jueces detentan una facultad que es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional, no porque su razonamiento sea superior al del legislador²⁰, ni porque se trate del juez Hércules de Dworkin, sino que porque la democracia no se configura sólo a partir de la elección de ciertas autoridades – cuestión que no sucede respecto de los jueces–, sino que también a partir del respeto de los derechos y garantías fundamentales de las personas, como bien expresa N. Bobbio: "*Derechos del hombre, democracia y paz son tres momentos necesarios del mismo movimiento histórico: sin derechos del hombre reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen mínimas condiciones para la solución pacífica de conflictos*"²¹.

Sin lugar a dudas el fulgor de la decisión judicial depende de ciertos factores preponderantes. Es decir, de la energía que le sea suministrada por los operadores jurídicos y la comunidad en general, en orden adherir a la colaboración del juez al proceso democrático de un Estado de Derecho en donde los derechos fundamentales sean las brújulas del camino hermenéutico del juzgador.

2. Discreción judicial en los derechos fundamentales

Constituye negación del derecho al juez y del acceso a la justicia garantizado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, la afirmación que apunta a una suerte de clausura, formulada en el sentido de que al estar ciertas materias contempladas en la ley –en sentido amplio–, la tutela de los derechos de las personas se trataría de una materia regulada y, por ende, resuelta o protegida. La afirmación no resiste y es, por cierto, totalitaria. La tesis significa que por la sola circunstancia de que una materia se regule por ley, en los hechos la ley se cumple. Si ello es así, entonces, no es necesaria la jurisdicción, basta el legislador.

²¹ BOBBIO, N. (1992):. A Era dos Direitos. Sao Paulo, Editora Campus, p.10.

Es verdad que nuestra premisa aborda la teoría constitucional del acceso a la justicia desde un enfoque determinado (mismo que quedará evidenciado ante el lector), en palabras de S. Barber y J. Fleming²², pero también es cierto que coincide con aquel que creemos le hace mayor justicia al ajuste entre la realidad y el Derecho.

Bajo el prisma de una teoría contra-esencialista como la sostenida por D. Levinson, en razón de la cual los derechos dependen de los remedios no sólo para su aplicación en el mundo real, sino también respecto de su alcance, forma y existencia misma, apreciar la íntima relación entre derechos y remedios es intrínsecamente útil y es, también, un importante correctivo al pensamiento esencialista de los derechos²³.

Asumida la posición de D. Levinson, ha de tenerse en cuenta que el objeto del presente estudio se enmarca, íntegramente, dentro de aspectos normativos y sustanciales. No se trata del tratamiento de los aspectos adjetivos del derecho probatorio (si es que pudiera calificar de esta forma), por el contrario, el respeto judicial al EdP previsto por el sistema laboral tiene efectos sustanciales-constitucionales, desde dos perspectivas fácilmente identificables: a) el EdP forma parte del plexo ius fundamental del derecho a la prueba²⁴ y, b) el EdP se ubica en una posición flexibilizada a raíz de los derechos fundamentales de las partes en el proceso y de su protección efectiva. Contra esta última afirmación no tenemos reparo alguno, sino hasta que el EdP se ultra-subjetiviza en nuestros estrados. Volveremos sobre este punto más adelante.

²² BARBER, S. y FLEMING, J. 2007. Constitutional Interpretation: The Basic Questions (Approaches to Constitutional Interpretation). *Published to Oxford Scholarship Online*, January 2009, p. 2.

²³ LEVINSON, D. 1999. Rights Essentialism. *Columbia LawReview*, May 1999, p. 859.

²⁴ Cfr. RUIZ JARAMILLO, Luis (2007): El derecho a la prueba como un derecho fundamental. Medellín, Comité para el Desarrollo de la Investigación de la Universidad de Antioquia.

Sin embargo, nos interesa realizar algunas observaciones en torno a lo señalado en la letra b). Una de las intuiciones más extendidas en materia constitucional (acaso extendida y ramificada al resto del ordenamiento jurídico) es la que dice relación con la protección de los derechos fundamentales aun cuando aquello se aparte de la ritualidad del proceso. Aceptar que la función jurisdiccional no se agota con la aplicación irrestricta del texto claro de la ley, sino que se extiende a la supeditación de una reflexión filosófica, en donde los jueces superpongan los ideales morales de la democracia y el bien común en la resolución de los conflictos sometidos a su decisión; es una cuestión que, necesaria e inevitablemente, acarreará la levitación de la norma escrita por sobre la aplicación de principios concordantes con los valores de justicia y equidad.

En nuestra opinión, lo anterior converge en dos posibles resultados. Apostamos por la asunción de un sistema jurisdiccional en donde prime la protección de los derechos fundamentales de las partes o aceptamos que la tutela de derechos fundamentales, dentro del proceso, no puede alcanzar cánones de igualdad material cuando nos hallamos ante el fenómeno de la colisión. La preferencia, por tanto, es ineludible.

En materia laboral, la supremacía de la protección de los derechos y garantías del trabajador constituye la sustancia de la precitada rama, desde donde aceptamos coartar los derechos y libertades del empleador. Dicho esto, aceptamos, además, la ocurrencia reiterada de una realidad sentada por la experiencia: el empleador ejercita sus poderes en abuso de la parte trabajadora. Sin embargo, nos parece necesaria una revisión de los márgenes de las limitaciones y asunciones que resultan tolerables en el marco de las relaciones de trabajo, a fin de que se alejen lo más posible a) de la discreción como convicción personal del juez; b) de la supeditación del resultado de nuestros juicios laborales a un estándar de prueba extremadamente subjetivo; c) de la inclinación, sin reparos, hacia la asunción de falsos positivos y, d) de la infracción a las normas –principalmente constitucionales–

que establecen derechos en beneficio del empleador y, más que infracción a las normas, infracción a los derechos mismos, tales como la libertad de empresa, el derecho al debido proceso (dentro del cual se halla el derecho a la prueba) y a la imparcialidad del juez.

Sobre éste último respecto, parece ser que el Derecho Laboral mismo invoca la idea de que el juez laboral no debe ser imparcial, dado que las partes que llevan ante él su conflicto intersubjetivo, no se encuentran plantadas en un plano de igualdad²⁵. Por tanto, la igualdad por diferenciación conlleva la necesidad de que el juez se incline por la parte trabajadora. Aquí hablamos de discreción judicial convencionalmente delegada. Ya lo advertía Aristóteles, en los siguientes términos:

*"Parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales"*²⁶.

En tal sentido, el *principio de consideración de estatus* ilumina nuestra reflexión a través de sus postulados, en la medida en que se refiere al trato diferenciado que debe dársele a una persona que tiene un estatus, generalmente social, respecto de otra que no lo tiene²⁷. Es lo que ocurre en las relaciones de trabajo, en donde el trabajador se hace merecedor de un trato privilegiado en razón de la posición que, históricamente, ha ocupado en el contrato de trabajo.

En reconocimiento pleno de lo que planteamos en el párrafo precedente, creemos que los derechos de las partes (trabajador y empleador), importan no sólo desde la perspectiva de la realización formal del proceso, sino que además desde la vereda de la realización de éste conforme a los principios que informan la

²⁵ Véase en DÍAZ GARCÍA, Iván (2012): Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. Revista *Ius et Praxis* 18(2): pp. 33-76.

²⁶ ARISTÓTELES. *Política*, III, 9 (1280a).

²⁷ LAPORTA, Francisco J. (1994): Problemas de la igualdad, *En*: Amelia Valcárcel (compiladora), *El concepto de igualdad*. Madrid, Editorial Pablo Iglesias, pp. 20 y s.s.

intervención de los actores dentro del litigio, tales como los principios de contradicción, bilateralidad de la audiencia e imparcialidad. Estas son garantías que también tienen como titular al empleador, por lo que nos parece, que la práctica judicial viene sacudiendo la esencia de los derechos constitucionales-sustanciales y aquellos de índole procesal que le pertenecen en el marco de la adjudicación laboral, sin miramientos más que a los beneficios de la legitimidad de la tarea de los tribunales, en desmedro de la operación que manda a sopesar los costos del error judicial. En el mismo sentido, el profesor J. Larroucau ha señalado respecto del procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales, lo siguiente:

“La diferencia entre el modelo continental y el Common Law estriba en este punto en una cuestión normativa sobre balance de costos y beneficios: mientras la justicia civil del sistema continental boga por los beneficios (“legitimar el trabajo de los tribunales”), la segunda se preocupa de los costos (“equivocarse en el fallo”). Es precisamente esta disparidad de enfoques lo que se observa en la justicia laboral chilena posterior a la reforma de 2006, en el juicio de tutela por violación de derechos (“fundamentales”) no laborales (o “inespecíficos”). En este juicio el actor únicamente debe aportar una ‘chispa’ de prueba para que se acoja su relato (“de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes”, art. 493 Código del Trabajo), de modo que una vez que se despierta en el tribunal la “sospecha razonable” de que han ocurrido los hechos tal como ha relatado el trabajador, el juez laboral está autorizado para acoger su demanda inmunizándolo de los errores en el veredicto. No dudo de que puedan haber buenas razones para repartir así los riesgos en materia laboral, pero lo que ahora me interesa remarcar es que ese estándar de prueba responde a la lógica continental de los beneficios (“acoger los reclamos de atentados a ciertos derechos fundamentales del trabajador”), sin

*preocuparse de justificar el reparto de costos que conlleva (“¿por qué debemos cargar a los empleadores con los gastos de una sentencia errónea?”)*²⁸.

El proceso, como forma establecida por la ley para ejercer la jurisdicción²⁹, se debe al respeto de los postulados elementales del Derecho probatorio en cuya virtud ambas partes cuenten con la vigencia de los derechos esenciales que inciden en dicho campo (sustanciales y procesales). No resulta lícito que el *compromiso espiritual del juez*, aun en el ámbito laboral, influya en la decisión vertida en el proceso, más allá del interés objetivo que le compete en virtud de las convenciones morales que subyacen en éste³⁰. Tenemos, entonces, una imparcialidad particular que autoriza al juez laboral a favorecer al trabajador, sea en la sentencia misma (por aplicación del principio pro operario), sea en la admisión y valoración de la prueba rendida.

3. Sistema de valoración de la prueba en el proceso laboral: sana crítica

Las reformas procesales de las que hemos sido testigos durante las últimas décadas (v.gr. reforma penal, de familia y laboral), han optado por el sistema o modelo de valoración de la prueba de la sana crítica.

El dilema central del referido modelo se centra en la dotación precisa de su contenido, así como en lo que significa valorar la prueba con *libertad*. Aun cuando existan ciertos elementos a los cuales el juez debe atender al valorar y examinar la prueba, tales como los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, lo cierto es que aquello sigue dejando

²⁸ LARROUCAU TORRES, Jorge (2012): *Hacia un estándar de prueba civil*. Revista Chilena de Derecho 39(3): p. 788.

²⁹ OTERO LATHROP, Miguel (2010): *La nulidad procesal civil, penal y de Derecho Público*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 40.

³⁰ ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2009): *La Prueba Judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación judicial*. Santiago, Editorial Librotecnia, *passim*.

abierto un amplio abanico de posibilidades en el ámbito de lo que debe darse por acreditado en el proceso. De allí que la doctrina especializada haya puntualizado:

“De esta manera, las expectativas que tienen los juristas sobre la SC³¹ suelen verse frustradas ante la constatación de que no estamos siendo capaces de ir más allá de lo que nos ofrece ese modo de pensar que llamamos cultura, a los efectos de domesticar el pasado que se discute en los juicios”³².

En similares términos, la literatura ha expresado:

“Se sostiene que una definición nominal de ‘reglas de la sana crítica’, compartida por la comunidad jurídica nacional, no es garantía suficiente para su apropiación conceptual o su implementación práctica. Una y otra cosa suponen la capacidad de dotar de un contenido sustantivo a las nociones tradicionalmente incorporadas en la misma y disponer de un método de aproximación que permita la efectiva apropiación de la idea por parte de los operadores jurídicos”³³.

Dentro de la dimensión adjudicatoria de la actividad judicial, tal y como advertíamos en la parte introductoria de nuestro estudio, la libertad o discrecionalidad ilimitada de los jueces, detona en serios desajustes entre el valor de la seguridad jurídica y la legitimidad de las sentencias judiciales. Dicho de otro modo, la labor de establecer si la prueba traduce la verdad o falsedad de un determinado enunciado fáctico según las reglas de la sana crítica, no implica, en caso alguno, irracionalidad para dejarse llevar por la sola intuición. Insignes

³¹ Siglas utilizadas por los autores para referirse a la Sana Crítica.

³² COLOMA CORREA, Rodrigo y AGÜERO SAN JUAN, Claudio (2014): Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica. *Revista Ius et Praxis* 20(2): p. 378.

³³ BENFELD, Johann (2015): Una concepción no tradicional de la sana crítica. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 65: p. 153.

procesalistas advertían sobre la limitación más evidente del sistema de la sana crítica, de caras a la arbitrariedad. Así, E. Couture sentenciaba:

*"El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente"*³⁴.

Aquellas expresiones que, *prima facie*, parecen tan lógicas, no lo son tanto en nuestros estrados, especialmente ante la evidencia empírica que hace sospechar sobre el pre-juzgamiento de los conflictos laborales y la vulneración de los derechos o garantías procesales de los empleadores (de esta evidencia empírica nos haremos cargo más adelante al tratar el estándar de prueba en el proceso laboral).

La sana crítica, entendida clásicamente como aquel sistema que contiene las reglas del correcto entendimiento humano³⁵, parece catalizar una expresión de estilo a través de la cual los jueces justifican el camino lógico que han transitado en el proceso hasta la adopción de su resolución judicial que, por lo demás, excluye casi automáticamente la revisión jerárquica de las sentencias judiciales en razón de la imposibilidad de los tribunales superiores de revisar cuestiones de hecho. Así, sostenidamente, los tribunales *ad quem* han procurado, a toda costa, evitar entrometerse en el campo de la valoración de la prueba, especialmente a partir del recurso de nulidad.

A modo ejemplar, encuéntrese nuestra referencia a sentencias del siguiente tipo:

"Que, de conformidad con lo razonado en los motivos precedentes, se sigue que el finiquito no puede constituir plena prueba del término de la relación laboral cuando el trabajador ha seguido trabajando para el

³⁴ COUTURE, Eduardo J. (2010): *Obras. Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Santiago, Editorial Thomson Reuters Puntotex, p. 244.

³⁵ COUTURE, Eduardo J. (2005): *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo, Editorial B de F, p. 219.

mismo empleador. Su valor probatorio deberá ser apreciado conforme a las reglas de la sana crítica en conjunto con las demás pruebas rendidas en juicio.

En consecuencia, como la sentencia impugnada se ajusta a dicha línea de razonamiento, en el sentido que si se inicia una relación laboral con el mismo empleador a quien se otorga finiquito, éste carecerá de poder liberatorio si la prueba rendida en juicio, apreciada conforme a las reglas de la sana crítica, acredita que no ha habido solución de continuidad en la relación laboral, corresponde desestimar el recurso que se examina"³⁶.

No resulta difícil comprobar cómo no existe una explicación más que referencial al sistema de valoración de la prueba, empero, no una muestra transparente de los términos en que se razonó la sentencia.

A mayor abundamiento y, extremando posiciones, lo anterior implica que el recurrente de nulidad (generalmente el empleador) no contará nunca con posibilidades reales de obtener la revisión o control judicial de la sentencia, aun cuando el tribunal de alzada es competente para revisar la valoración de la prueba que ha hecho el tribunal *a quo*, puesto que, de lo contrario, la causal de nulidad relativa a la sana crítica sería superflua e inoperante³⁷.

El escenario descrito no mejora en primera instancia, por el contrario, una somera revisión de sentencias vertidas en juicios laborales, reportará la alusión

³⁶ Corte Suprema (2015): Sentencia ROL N° 29712-2014, de 27 de octubre de 2015, considerando décimo.

³⁷ En este sentido, véase a ROJAS CONTRERAS, Cristián (2011): El recurso de nulidad laboral como herramienta de control de las exigencias impuestas por la sana crítica a propósito de la sentencia Rol 1068-2019 de la Corte de Apelaciones de Santiago. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 18(1): pp. 269-280.

constante al pensamiento del juzgador, a pretexto de la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica³⁸.

Con todo, el temor que persiste en la comunidad (de legos y letrados) en torno a la arbitrariedad que amenaza la actividad judicial –especialmente ante un modelo de apreciación de la prueba que es, en gran medida, libre– se encuentra sujeto a un atenuante: el de las reglas que limitan la actividad valorativa de la prueba en el proceso.

Nuestra jurisprudencia ha sistematizado las reglas que limitan el modelo de la sana crítica, a través de las reglas de la lógica (dentro de las cuales cabe incluir la de la identidad, no contradicción y tercero excluido) y de la razón suficiente³⁹.

El objeto de la referida arista del Derecho de prueba, es la corrección del razonamiento, es decir que, a partir de premisas verdaderas se arribe a conclusiones correctas y que, por lo demás, produzcan una inequívoca objetividad a la labor de ponderación.

³⁸ Sic. "Que analizada conforme a las reglas de la sana crítica toda la prueba incorporada, con especial atención a la documental incorporada por la demandada, esto es, los comprobantes señalados como 'anticipos de sueldos' de fecha 25 de Diciembre de 2016 por \$587.000. - que en el ítem 'turno' contiene una observación que señala "abono dif. TBK 25.000 PROMAE 562.000' y el comprobante de la misma fecha por \$135.000.- el que señala como observación 'abono Dif. TB 01/12/2016', y que se encuentra en concordancia con lo declarado por el demandado en la prueba confesional, lo declarado por el testigo de la demandada y el testigo de la demandante, se tendrá por acreditado que dichos descuentos fueron efectuados por la demandada por diferencias en las cuadraturas de los turnos correspondientes a esa fecha". Juzgado de Letras de Talagante (2017): Sentencia ROL N° M-26-2017, de 17 de julio de 2017, considerando vigésimo tercero.

³⁹ "La primera de éstas son las llamadas reglas de la lógica. Forman partes de ella la regla de la identidad, por la cual se asegura que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra; la regla de la (no) contradicción, por la que se entiende que una cosa no puede entenderse en dos dimensiones, como ser falsa o verdadera, al mismo tiempo; la regla del tercero excluido, la cual establece que entre dos proposiciones en la cual una afirma y otra niega, una de ellas debe ser verdadera; y, la regla de la razón suficiente, por la cual cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente". HUNTER AMPUERO, Iván (2012): Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema). *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 25(1): pp. 243-251.

No es sino a través del conocimiento del examen lógico-formal de la argumentación del juez, mediante lo cual es posible aproximarnos hacia un control de la valoración que éste ha hecho de las pruebas en el proceso. En consecuencia, las reglas de la lógica arbitran buenos medios para la corrección de la valoración de la prueba. *"La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida"*⁴⁰.

En efecto, las *máximas de la experiencia*, configuran la segunda valla que debe sortear la valoración de la prueba sujeta a la sana crítica. Ésta regla se refiere a *"un criterio objetivo, interpersonal o social (...) patrimonio del grupo social, de la psicología, de la física y de otras ciencias experimentales"*⁴¹.

Finalmente, tenemos la regla del conocimiento científicamente afianzado, en alusión a un *saber* de carácter técnico refrendado por la comunidad científica.

De perogrullo, ninguna de las referidas reglas es autónoma, es decir, ninguna es suficiente por sí sola. A contrario sensu, la corrección lógica de la valoración de la prueba supone la aplicación simultánea de dichas reglas.

En suma, el sistema de la sana crítica, no obstante ser libre en contraste con la prueba legal o tasada, debe apoyarse en la prueba que el proceso exhibe al juez y no en el grado de confianza que el asunto le inspira. Se trata, por tanto, de un sistema objetivo y racional de valoración de la prueba. Es en lo anterior en que se fundaba E. Couture, al afirmar la medianidad del sistema de la sana crítica, caracterizándolo de la forma que sigue:

"Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los

⁴⁰ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2006): La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho* 33(1): p. 96.

⁴¹ ECHANDÍA, Devis (1981): *Teoría general de la prueba pericial*. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Zavalia, p. 336.

excesos a que la arbitrariedad del magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en un sentido absoluto (...)"⁴².

Justamente por aparecer como un plexo presidido por la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, es que se trata de un sistema reglado.

4. Sana crítica y estándar de prueba en el proceso laboral

En la valoración de la prueba el juez recurre a los EdP. Dichos estándares determinan cuándo el juez está autorizado para considerar algo como probado⁴³. Por tanto, las reglas que limitan la actividad valorativa de la prueba, indican directamente en la determinación de la suficiencia probatoria para formar la convicción del juzgador a partir de un EdP determinado.

En materia laboral, el artículo 456 del Código del Trabajo señala:

"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".

⁴² COUTURE, Eduardo J (2010), Ob. cit. p. 249.

⁴³ LAUDAN, Larry (2005): Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28: pp. 95-113.

Sin adentrarnos todavía en la especificidad de ciertos procedimientos laborales, adelantaremos algunas observaciones que nos ayudarán a avanzar hacia el desenmarañamiento del tópico objeto del presente estudio.

El EdP a que está sujeto el empleador es siempre e innegablemente alto. Lo reconoce la práctica judicial, lo reconocen nuestros jueces a través de expresiones como las que siguen:

“Que, es preciso señalar que el despido es una sanción determinada por el empleador, en uso de su poder disciplinario, que es a la vez parte de su poder de dirección. Que, el despido es la sanción más grave y onerosa que contempla el ordenamiento jurídico laboral, que implica la ruptura del vínculo y, desde un punto de vista material, significa privar de su fuente de sustento intempestivamente a un trabajador y a su grupo familiar, por lo cual el estándar de prueba que se exige al empleador que ha invocado la causal de despido es alto”⁴⁴.

Día a día somos testigos de la imposición del grado personal de confianza del juzgador por encima de la valoración concienzuda de la prueba rendida en el proceso, de acuerdo a las limitaciones impuestas a su arbitrio. Lo anterior supone una pre-disposición o pre-juzgamiento ante cuestiones que, aun cuando convenientemente deban hacer prevalecer el ejercicio de ciertos derechos (del trabajador), implican la elevación del estándar de prueba al que se sujeta la otra parte del litigio, hasta alcanzar ribetes insospechados, no convenidos y que deben ser repudiados.

Desde una perspectiva elemental, el EdP determina hasta qué punto deben las partes probar para formar la convicción del juez: esa es la seguridad jurídica con

⁴⁴ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2017): Sentencia ROL N° O-1629-2017, de 25 de agosto de 2017, considerando quinto letra c).

la que cuentan. Algunos ejemplos servirán para mejorar le inteligencia de lo sostenido hasta acá.

a) En el procedimiento ordinario por despido injustificado, debemos distinguir dos EdP.

El primero, es aquel definido en términos especiales por el legislador en el artículo 454 N° 1 del Código del Trabajo, que dispone la ordenación en la rendición de pruebas a cargo del demandado, agregando que le toca a éste "(...) *acreditar la veracidad de los hechos imputados en las comunicaciones a que se refieren los incisos primero y cuarto del artículo 162, sin que pueda alegar en el juicio hechos distintos como justificativos del despido*".

Lo anterior hace suponer que la prueba del proceso versará únicamente sobre los hechos contenidos en la carta de despido, ergo que, probada su veracidad, el despido ha de tenerse por configurado. Sin embargo, conocemos un desenlace distante del descrito.

El segundo, se trata de aquel definido en términos generales por el artículo 456 del Código del Trabajo, que exige la concurrencia de los requisitos de multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes en los que se basa la decisión.

b) Con prescindencia del procedimiento de que se trate, el EdP al que debe sujetarse la prueba del empleador, avanza varios niveles más allá de lo que dispone el legislador laboral. El juez del trabajo ha venido practicando una técnica de adición de requisitos configurativos para tener por ejercidos, válidamente, los poderes empresariales. Esta sustancia tiene injerencia directa en los EdP utilizados por el juzgador para valorar la prueba rendida en juicio.

Así las cosas, aun cuando las normas legales pertinentes (artículos 159, 160 y 161) autoricen la terminación del contrato de trabajo en las hipótesis que contemplan, lo cierto es que los jueces con competencia laboral agregan nuevos peldaños al EdP que tornan inalcanzable la prueba con que el empleador puede lograr la "convicción" de justificación de despido del tribunal. Muestra de lo anterior es la adición del requisito de tipificación de la falta laboral que planea en nuestros estrados, a propósito del despido disciplinario por falta de probidad de la letra a) del numeral 1 del artículo 160, aun cuando la Corte Suprema haya repelido dicha técnica⁴⁵.

El despido por necesidades de la empresa es otro buen ejemplo en donde la sumisión de la justificación del despido se sujeta la discreción abierta de los jueces. A los requisitos de gravedad, objetividad y permanencia de la necesidad económica que sustenta al despido, nuestros jueces han exigido un cuarto elemento, cual es el de la exterioridad en términos análogos a los del caso fortuito. Tal es el sentido de un fallo de instancia del Juzgado de Letras del Trabajo de punta Arenas, en el año 2015, que expresaba:

"Que en doctrina la causal necesidades de la empresa se cataloga como una causal objetiva de término del contrato de trabajo, entendiéndose por tal las que corresponden a hechos que pueden provocar la disolución del vínculo por sí mismos y que debido a su carácter afectan a condiciones

⁴⁵ "La norma del numeral 1 letra a) del artículo 160 del Código del Trabajo, es clara en orden a facultar al empleador para finalizar la vinculación existente con el trabajador, cuando éste ha incurrido en una falta de probidad. Tal prerrogativa, evidentemente, aparece concebida dentro del especial nexo habido entre las partes, esto es, la prestación de servicios personales, bajo vínculo de subordinación o dependencia, a cambio de una remuneración. En esta relación contractual uno de los sujetos resulta, en mayor o menor medida, supeditado al otro y es el contratante débil al cual la ley protege mediante toda una reglamentación contenida en el Código de la especialidad. Sin embargo, dicha honradez en el actuar exigida al dependiente, la ley laboral la ha establecido sin mayores calificativos, es decir, basta que concurra -y haya sido acreditada- para que dé lugar a la sanción más arriba mencionada. Por ende, ante la ausencia de esa rectitud o integridad recibe aplicación la aludida disposición, sin que sea necesario considerar la concomitancia de otras circunstancias, por no exigirlo ni poder interpretarse de esa manera, sin infringir la norma en examen". Corte Suprema (2010): Sentencia ROL N° 1605-2010, de 1 de julio de 2010, considerando quinto.

objetivas de la relación laboral, no siendo atribuibles a la persona o conducta de alguna de las partes, es decir, dicen relación con hechos o acontecimientos que no dependen de la voluntad de las partes. La jurisprudencia trata esta causal como una causal económica de tipo objetivo, no le importa si el empleador quiere reestructurar la empresa o quiere eliminar un área completa porque considera que así va a 'producir mejor', lo que importa es que exista una causal económica objetiva que obliga al empleador a despedir un trabajador. No procede esta causal cuando el empleador quiere hacer cambios de gestión porque tiene problemas de gestión o mala administración de la empresa. Tampoco procede cuando 'le está yendo mal en su negocio' o cuando tiene problemas financieros producidos por el mismo empleador y su mala gestión, es decir, que no puede invocar una razón de economía objetiva cuando ha sido el mismo quien gatilló esa situación. En consecuencia, el despido por necesidades de la empresa procede cuando 'hay una causa económica externa a la empresa', por ejemplo, una crisis económica. Además, las situaciones en que se funda la causal deben ser de carácter grave, estos es, que ponga en riesgo la subsistencia de la empresa; permanente, es decir, no debe ser transitoria o susceptible de remediarse por vías distintas del despido y debe tener relación causal con el despido, además, la 'necesidad de la empresa' debe tener una relación causal con el despido del trabajador, así lo expresa el Art. 161, al utilizar la expresión: '... que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores'⁴⁶.

Un desafío mayor en cuanto al EdP se suscita en los juicios por responsabilidad del empleador a raíz de un accidente laboral. El vocablo

⁴⁶ Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, Sentencia ROL N° T-23-2014, de 16 de marzo de 2015 (procedimiento de tutela de derechos fundamentales), considerando vigésimo tercero.

eficazmente del artículo 184 del Código del Trabajo ha originado sendas discusiones sobre la naturaleza jurídica de la obligación de seguridad del empleador. Sin embargo, la discusión no se ha centrado en los alcances probatorios que tiene asumir una posición determinada⁴⁷, empero, nuevamente, la sustancia y la funcionalidad se identifican en la elevación del EdP hasta tornarse una prueba infernal.

5. La prueba en materia laboral y la corrección epistémica de la sentencia

En palabras de la profesora F. Cabonell, la prueba es un hecho que se observa directamente y que induce a tener por acaecido otro hecho pasado del cual no cabe una observación directa⁴⁸. En el campo laboral, las dificultades probatorias han transitado a la par de la evolución del Derecho del Trabajo. De allí que la complejidad de apreciación de los hechos haya devenido en las atribuciones concedidas a los inspectores de la Inspección del Trabajo.

En términos estrictos, la prueba dentro del proceso laboral se restringe a lo estatuido por los artículos 454 y 456 del Código del Trabajo. Sin embargo, la producción de la prueba sujeta al control judicial y racional del juzgador no es un tópico abarcado por ninguna de las normas señaladas.

Con todo, las actuaciones antojadizas provenientes de los jueces se fraguan como *déjà vu* en los litigios laborales. El referido defecto viene siendo anotado por la doctrina, en términos de un desborde de potestades judiciales (v.gr. al excluir prueba que resulta, según las reglas procesales, admisibles y al adelantar su decisión judicial en las audiencias del procedimiento) transgrediendo los principios

⁴⁷ Cfr. DIEZ SCHWERTER, José Luis (2008): Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: aspectos relevantes de su regulación operatoria actual. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 31: pp. 163-185.

⁴⁸ CARBONELL BELLOLIO, Flavia (2015): Sobre la idea de decisión judicial correcta. *Paper Seminario Permanente Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia* 19 de febrero de 2015, p. 3.

que orientan el debido proceso⁴⁹. Relatos relativos a la formulación de preguntas a los testigos en forma asertiva por parte del juez de la causa⁵⁰, a los prejuicios⁵¹, y a la arbitrariedad judicial en la producción de la prueba, son habituales en nuestro medio.

Las reglas de valoración de la prueba y los EdP a los cuales las partes deben sujetar su actividad probatoria, se caen ante fallos en donde la posición personal del juez soslaya las pruebas aportadas al proceso. Tal y como sucede en V. con Corporación Nacional del Cobre de Chile, Codelco Chile, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en donde el juez de la causa proliferó expresiones tales como: *"pero quiere que le diga algo y en esto yo tengo toda mi jurisprudencia, es así, no hay ninguna acción sub estándar del trabajador que no esté originada en una acción sub estándar de la empresa"*. De igual forma, el sentenciador expresaba: *"A ver, hagamos algo, mejor sinceremos el asunto, esto se va enfocar a cómo la demandada controvierte los informes múltiples de tres órganos al menos relevantes que intervienen en el accidente y que yo ya he logrado estudiar y si no hay prueba suficiente usted sabe cuál es la consecuencia, el tribunal va a condenar"*⁵².

En tales situaciones no podemos, sino más que compartir la apreciación del recurrente, en torno a la obligación del juzgador de respetar las garantías de orden procesal en la ritualidad del procedimiento en este tipo de materias, teniendo especialmente presente que lo que motiva el recurso dice relación con la actitud parcial que habría mantenido el juez, en orden a haber anticipado su decisión.

⁴⁹ PALOMO VÉLEZ, Diego (2014): Sobre la conducta procesal de algunos jueces. De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas. *Revista Ius et Praxis* 20(1): pp. 377-396.

⁵⁰ PALOMO VÉLEZ, Diego y MATAMALA SOUPER, Pedro (2011): Juez y parte. El compromiso espiritual del juez en el interrogatorio de testigos en el juicio laboral y sus necesarios límites. *Revista Ius et Praxis* 17(2): pp. 485-504.

⁵¹ PALOMO VÉLEZ, Diego (2014), Ob. cit. pp. 377 y s.s.

⁵² Lo anterior según consta en fallo de nulidad, véase en Corte de Apelaciones de Santiago (2016): Sentencia ROL N° 2144-2016, de 4 de abril de 2016, considerando primero.

6. De algunas consideraciones preliminares

El EdP constituye una de las garantías procesales de las partes en todo tipo de litigio. Aquello se deriva de la vigencia de los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Sin embargo, en materia laboral el tópico del EdP plantea una serie de aristas, al menos, cuestionables. Las garantías sustanciales, stricto sensu (v.gr. libertad de trabajo) y sustanciales-procesales (v.gr. derecho a rendir prueba, a que sea valorada conforme a las normas legales que la regulan y la limitan, bilateralidad de la audiencia, ergo, al debido proceso) se ven arrinconadas ante el ejercicio de la facultad discrecional del juez del trabajo, abierta hacia sus convicciones morales de índole personal que sobrepasan los márgenes que, convencionalmente, estamos dispuestos a tolerar en el proceso de adjudicación, lo que conlleva consecuencias indeseadas, como la de los falsos positivos y del error judicial.

El presente estudio proseguirá con el tratamiento de la prueba en el proceso laboral y con algunas referencias a la corrección epistémica de la sentencia dentro de los litigios del trabajo. Así, se analizará la relación entre la prueba y la verdad característica del conflicto laboral, así como el *defecto laudaniano* en dicho proceso; utilizando la referida expresión con la finalidad de evidenciar los defectos de un estándar extremadamente subjetivo en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Finalizará nuestra investigación con el análisis especializado sobre el tópico del EdP y la vigencia de las garantías del empleador en los procedimientos por despido injustificado, por accidentes del trabajo y de tutela laboral de derechos fundamentales. Todo lo anterior será refrendado a través de la exposición de jurisprudencia atingente y de datos estadísticos aportados por algunos estudios empíricos realizados durante los últimos años en nuestro país.

SEGUNDA PARTE

PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL Y LA CORRECCIÓN EPISTÉMICA DE LA SENTENCIA

1. Relación entre prueba y verdad laboral: la distribución de los costos del error judicial

Antes de adentrarnos en el análisis del EdP en algunos procedimientos laborales, nos parece apropiado formular algunas consideraciones en torno a la relación existente entre prueba y verdad en el ámbito laboral, así como de las implicancias que la distribución del riesgo del error judicial puede acarrear en el plano del EdP para el empleador.

La reforma procesal laboral introducida por la Ley N° 20.087, publicada en el Diario Oficial el 3 de enero de 2006, impuso una serie de cambios al régimen laboral vigente, de entre los cuales destacan la introducción de los procesos a través de audiencias orales, la recuperación de la figura del juez y la revalorización de la prueba⁵³.

Precisamente en materia probatoria, la mencionada ley propuso ajustar el sistema laboral a los requerimientos impuestos por la necesidad de modernizar el proceso y de entregar a los administrados una respuesta jurisdiccional afín a las exigencias de la intermediación judicial efectiva⁵⁴ y de la celeridad⁵⁵. Sin lugar a dudas,

⁵³ PALOMO VÉLEZ, Diego y MATAMALA SOUPER, Pedro (2012): Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: Observaciones críticas y apelación al equilibrio. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 19(2): p. 238.

⁵⁴ DELGADO CASTRO, Jordi (2008): Principios del nuevo procedimiento laboral chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco* 9(9): p. 65.

⁵⁵ Téngase presente que ni aún este objetivo procesal resulta suficiente para desatender los compromisos constitucionales del legislador laboral. Así lo ha sentenciado el Tribunal Constitucional al acoger la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 470 del Código del Trabajo que redujo las excepciones que podía deducir el empleador en el juicio ejecutivo laboral, declarando: "De lo anterior, se colige que la ultima ratio para reemplazar el procedimiento laboral, estuvo en la celeridad que éste debe tener, considerando el principio pro operario, cosa loable, pero que en

el sistema probatorio en proceso laboral (así como en aquellos insertos en el marco de la justicia moderna) se instrumentaliza en la consecución de finalidad que, *prima facie*, persigue el procedimiento, cual es el del descubrimiento de la verdad, no en términos de correspondencia, ciertamente, pero sí al menos en los términos probabilísticos que implica la valoración racional de la prueba⁵⁶.

Creemos que la postura que se asuma en torno al rol que desempeña la verdad en los sistemas de resolución de conflictos, de entre los cuales destaca el proceso judicial, dependerá la finalidad que se impute al respectivo mecanismo de adjudicación⁵⁷.

Ahora bien, el sistema de valoración de la prueba de la sana crítica puede ser considerado, precisamente, como un método de optimización de los fines del proceso, en la medida en que la determinación de los hechos se logra a través de la aplicación de criterios epistemológicos generales de racionalidad⁵⁸.

La idea axiomática en este tipo de régimen probatorio es "(...) *que el ciudadano tiene derecho a demostrar la verdad de los hechos en los que funda su pretensión procesal. En otras palabras, el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Sólo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y (...) una adecuada seguridad jurídica*"⁵⁹.

ningún caso pudo el propósito de la celeridad afectar el derecho a la defensa plena que la Carta Fundamental establece como una garantía a toda persona en juicio". Tribunal Constitucional (2016): Sentencia ROL N° 3005-2016, de 22 de noviembre de 2016, considerando séptimo.

⁵⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Editorial Marcial Pons, p. 47.

⁵⁷ BILBAO BONOMEELLI, Francisco (2014): 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* 5(9): pp. 107-137.

⁵⁸ MATURANA BAEZA, Javier (2014): *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*. Santiago, Editorial Thomson Reuters, p. 26.

⁵⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi (2007), *Op. cit.*, p. 54.

De vuelta a la cuestión relacional entre la prueba y la verdad, cabe señalar que toda decisión sobre los hechos del proceso se realiza siempre bajo parámetros residuales de incertidumbre. Esto porque no hay certeza sobre la integridad de los elementos de juicio que son considerados por el juzgador al momento de fallar. Claro está que el precitado fenómeno no es exclusivo del proceso, ni menos del proceso laboral, sino que, por el contrario, es propio de cualquier empresa epistémica.

Por tanto, en el plano del proceso, el objetivo perseguido estará dado en términos probabilísticos, es decir, por la mayor probabilidad de verdad de una hipótesis fáctica, ergo, el riesgo asociado a la inducción es también el riesgo de la actividad probatoria⁶⁰.

Indudablemente, las conclusiones que podemos extraer de hechos que no conocemos, son conclusiones que adolecen de algún grado de incertidumbre, por tanto, en el contexto del proceso el juez se encuentra permanentemente ante el riesgo del error. Sin embargo, el proceso se enfrenta a tal riesgo, de cara a la distribución del error judicial que puede materializarse desde dos perspectivas ya apuntadas en el presente trabajo. El error de tener por probado algo falso (falso positivo) o el error de tener por no probado algo verdadero (falso negativo).

En principio, el Derecho debe distribuir simétricamente el riesgo entre esos dos errores y asumir que ambos son sintomáticos de un costo que no estamos dispuestos a tolerar. Sin embargo, en el ámbito del proceso laboral aparentemente el sistema se allana a soportar los falsos positivos en beneplácito del trabajador. En este caso los costos son asimétricos y se justifica un tratamiento diferenciado por parte del ordenamiento jurídico laboral. Evidentemente la justificación está dada por

⁶⁰ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2016): Normas probatorias que apuntan a fines diferentes a la búsqueda de la verdad. Cuartas Jornadas Chilotas de Derecho "Verdad y Proceso", Castro, 1 y 2 de julio de 2016 [En línea] Publicado por Poder Judicial Chile, Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=NFO2bCkEq6U>> [consulta: 13 septiembre 2018].

la aceptación de una discriminación por equiparación de los poderes o posiciones contractuales existentes entre trabajador y empleador.

Sin embargo, el tratamiento diferenciado de los costos originados a partir del error judicial, especialmente en los casos de los falsos positivos, colisiona con el hecho de que la norma tutelar de los derechos de los trabajadores, sería aplicada injustamente en caso de que el hecho condicionante de dicha tutela no se hubiere producido⁶¹, como sería el caso de que el juzgador tenga por acreditada la relación laboral cuando la verdad material es que dicho vínculo contractual no existía en la especie⁶².

Ahora bien, el mecanismo por medio del cual el Derecho realiza un tratamiento diferenciado de los costos de error en el proceso es el de ciertas normas especiales, esto es, aquellas configurativas de los EdP, mismos que definen el grado de probabilidad que las partes deben satisfacer ante el juzgador en la valoración de la prueba para tener por acreditada una proposición acerca de los hechos. Y dicho *grado de prueba* debe ser conocido previamente por las partes⁶³

⁶¹ TARUFFO, Michele (2002): *Idee per una teoría della decisione giusta*. En: *Sui confini Scritti sulla giustizia civile*. Bolinia, Editorial Il Mulino, p. 224.

⁶² Este es el error que la Corte Suprema imputó a la Corte de Apelaciones de Concepción en X.A.Y.A v. Corporación Campos Deportivos Llancolén S.A., declarando: "*Que, de este modo, resulta que sobre la base de los presupuestos fácticos establecidos en la sentencia atacada, la prestación de servicios efectuada por la demandante se orienta a la existencia de un arrendamiento de servicios inmateriales y no de un contrato de trabajo, por cuanto no concurre el elemento esencial de este tipo de convención, cual es, la subordinación y dependencia, a lo que cabe agregar el principio contenido en la denominada Teoría de los Actos Propios, según la cual si un sujeto define su posición jurídica mediante el desarrollo de determinadas conductas, no le es lícito desconocer, posteriormente, sus propias actuaciones, de modo que si la demandante durante casi seis años concurrió a generar una relación de naturaleza civil, a través de las sucesivas suscripciones de contratos de esa naturaleza, no es dable que ahora pretenda desconocer dichos acuerdos, aludiendo a una realidad distinta y a derechos irrenunciables.*

Que, por consiguiente, al establecerse en la sentencia atacada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, se han infringido los artículos 7º y 8º del Código del Trabajo y 1546 del Código Civil, por equivocada interpretación y aplicación, errores que han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en la medida en que condujeron a condenar a la demandada al pago de prestaciones improcedentes". Corte Suprema (2008): Sentencia ROL N° 7178-2008, de 31 de diciembre de 2008, considerandos noveno y décimo.

⁶³ VÁSQUEZ, Carmen (2013): *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid, Editorial Marcial Pons, p. 14.

(trabajador y empleador), a fin de que sus probanzas deliberadamente se encaucen a sobrepasar el umbral exigido por el EdP.

Con todo, el EdP definido por el legislador laboral ha sido determinado desde su base de una manera asimétrica, en la medida en que la prueba que el empleador debe rendir para hacer probanza de sus alegaciones debe superar un parámetro de suficiencia más alto que el del trabajador. Lo anterior no ha de sorprender a nadie, puesto que ni siquiera ha sido ocultado por nuestros tribunales cuando han afirmado que el legislador impone al empleador un alto estándar probatorio⁶⁴.

Sin embargo, debemos prevenir que no sólo las reglas del EdP funcionan como mecanismos de resolución o distribución del riesgo del costo del error judicial, lo hacen también las normas relativas a la carga de la prueba. Nuevamente en este sentido, es posible constatar cómo el legislador imputa la carga de la prueba al empleador, determinando que la proposición de éste haga sobre los hechos del juicio es la que debe satisfacer el EdP (v.gr. la veracidad de los hechos en que se funda el despido –sólo sobre aquellos contenidos en la carta de despido y no respecto de otros– autorizado por el legislador laboral, debe ser acreditada por el empleador según prevé el artículo 454 N° 1 del Código del Trabajo).

Finalmente, aun en caso de empate probatorio, el orden jurídico laboral entrega al juzgador laboral una herramienta para resolver dicha situación, a través de los principios jurídico-laborales, en particular, el principio *pro operario*. Esto porque aun cuando la referida regla consiste en que ante dos o más interpretaciones posibles de una norma, el juzgador debe adherir a aquella que más favorezca al trabajador⁶⁵, lo cierto es que en términos prácticos, esta regla es utilizada en nuestro proceso laboral para justificar la adopción de un alcance más amplio de tutela al

⁶⁴ Juzgado de Letras de Copiapó (2017): Sentencia ROL N° O-7-2017, de 20 de marzo de 2017, considerando séptimo.

⁶⁵ GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2013): El principio de protección al trabajador en la Constitución chilena. Revista Estudios Constitucionales 11(1): p. 431.

trabajador en la satisfacción del EdP con impacto inminente en la adjudicación misma⁶⁶. Dicho de otro modo, tanto los tribunales como los litigantes aluden al principio *pro operario* de manera unidireccional, olvidando que para que éste tenga aplicación debe tratarse de que una misma norma puede ser interpretada de diversas maneras, es decir, cuando hay una verdadera duda⁶⁷.

Ahora bien, la determinación del costo del riesgo del error judicial, es una finalidad complementaria en la de aproximación a la verdad. Las normas de EdP persigue realizar este fin.

Empero, la realización de dicho fin requiere, por decirlo menos, de una terapia conceptual que, por cierto, excede los propósitos del presente trabajo. Sin embargo, hemos de advertir que los alcances conceptuales del EdP han sido omitido por la larga vigencia de la prueba legal o tasada, que ha hecho pensar a los operadores jurídicos que cuando esos sistemas se abandonan por alguno de libre valoración de la prueba, no existen reglas y que la decisión judicial es un asunto remitido a la "convicción" del juzgador. Sin embargo, aun en el plano de la "convicción", el desconocimiento acerca del contenido de la "convicción" judicial no proporcionará

⁶⁶ Dicho peligro ha sido anotado muy conspicuamente por la Corte de Apelaciones de La Serena, al sentenciar: "*Que por lo indicado no resulta plausible pretender en este caso específico dar pábulo a la conversión de la relación laboral a una de carácter indefinido, en tanto la interpretación de la voluntad contractual de las partes no puede ser severamente distorsionada y separada de la realidad y del mérito de los antecedentes, al punto de lesionar gravemente los legítimos derechos de las partes ni aun a pretexto del principio pro operario, que naturalmente no puede llegar a amparar la interpretación arbitraria e infundada con tal que sea en perjuicio del empleador*". Corte de Apelaciones de La Serena (2016): Sentencia ROL N° 46-2016, de 15 de julio de 2016, considerando noveno.

⁶⁷ "*Por lo pronto, la tutela judicial efectiva siempre está sujeta al cumplimiento de plazos o a la observancia de formalidades que pueden obstar a ella; y, de otro lado, tampoco se está ante un caso donde tenga cabida el criterio 'in dubio pro operario', porque éste opera cuando realmente una misma norma (el artículo 171) puede ser interpretada de diversas maneras, cuando hay una verdadera duda; porque 'No se trata de corregir la norma, ni siquiera de integrarla: sólo cabe utilizar esta regla cuando existe una norma y únicamente para determinar el verdadero sentido dentro de varios posibles. De modo que cuando una norma no existe, no es posible recurrir a este procedimiento para sustituir al encargado de dictarla*". Corte de Apelaciones de Santiago (2017): Sentencia ROL N° 953-2017, de 27 de junio de 2017, considerando cuarto.

motivos suficientes para tenerla como base de la decisión adoptada, alentando el defecto de la inseguridad jurídica⁶⁸.

El EdP determina sobre qué el juzgador debe formar su "convicción". Pero hemos de recordar lo señalado en este trabajo sobre la discrecionalidad judicial. Coincidimos en este punto con M. Taruffo en cuanto a que los sistemas de valoración libre de la prueba, entre los cuales se encuentra el sistema de la sana crítica, aun cuando implica un margen de valoración discrecional de la prueba, lo anterior no significa en caso alguno que se trate de un acto irracional o de íntima "convicción" del juzgador⁶⁹.

Creemos, por tanto, en la necesidad de la reconstrucción que el juez haga en su sentencia de la razonabilidad de los criterios (v.gr. multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes) que deben converger en el EdP que debe satisfacer el empleador. En cambio, las sentencias de nuestros jueces con competencia laboral frecuentemente utilizan una suerte de mantra judicial con la enumeración de medios de prueba, sin claridad sobre lo que requiere el EdP⁷⁰. Lo anterior a pesar de lo establecido en el numeral 4 del artículo 459 del Código del Trabajo, que establece que la sentencia definitiva deberá

⁶⁸ Concordamos con Ferrer en cuanto, ni aun en el ámbito del proceso penal y la importación del "estándar" del "más allá de toda duda razonable", se satisface la necesidad de un control intersubjetivo del EdP, entregando la decisión en manos de la subjetividad del decisor. FERRER, Jordi (2013): La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasibenthamiana. En: Vázquez, Carmen (ed.), Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid, Editorial Marcial Pons, pp. 21-39.

⁶⁹ TARUFFO, Michele (2016): Valoración de la prueba científica. Cuartas Jornadas Chilotas de Derecho "Verdad y Proceso", Castro, 1 y 2 de julio de 2016 [En línea] Publicado por Poder Judicial Chile, Disponible en: <[https://www.youtube.com/watch?v=NFO2bCkEq6U&index=4&list=PLiM1Z2DRIWDPNWwBpybUZx5v_k10Bcwu_](https://www.youtube.com/watch?v=NFO2bCkEq6U&index=4&list=PLiM1Z2DRIWDPNWwBpybUZx5v_k10Bcwu_>)> [consulta: 13 septiembre 2018].

⁷⁰ En el proceso civil las normas de prueba legal o tasada constituyen más bien líneas orientadoras sobre qué medios de prueba cumplen con el parámetro de completitud probatoria para adoptar una decisión judicial, referidos más bien al peso de la prueba, más que a la resolución del fenómeno del empate probatorio (dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 428 Código de Procedimiento Civil que sí fija un umbral probatorio).

contener el análisis de toda la prueba rendida, de los hechos que estime probados y del razonamiento que conduce a esta estimación.

2. Defecto laudiano en el proceso laboral

Ya habíamos advertido que utilizaríamos la expresión *defecto laudiano* para explicar los defectos de un estándar probatorio extremadamente subjetivo en el ámbito del proceso laboral. L. Laudan acusa los efectos de un EdP en el marco de la epistemología jurídica cuyo interés radica en la reducción de las probabilidades de error judicial⁷¹ tanto como permita la evidencia. Con todo, el mismo autor alude a los intereses quasi-epistémicos que se traducen en la distribución particular de los errores judiciales.

Es en este plano en donde se sitúa el presente estudio. Esto porque tal y como advertimos el inicio de este trabajo, el sistema laboral se basa en la lógica de los beneficios y en tal sentido opta por sobre-privilegiar el pacto social que antecede a la decisión de política jurídica según la cual cierto tipo de errores es más aceptable que otros.

Nuestra reflexión es que dicho pacto no puede justificar la legitimación de decisiones judiciales que impliquen pre-juzgamiento o inclinación invariable respecto de la posición jurídico-procesal del empleador. En tal sentido, L. Laudan ha señalado refiriéndose al proceso penal, lo siguiente:

“(...) si podemos fijar un EdP que incorpore lo que la sociedad opina sobre el valor apropiado para m, sería un error proponer que otros aspectos del proceso (como las reglas probatorias) otorguen al acusado beneficios adicionales a la dosis del BdD⁷² ya concedido al fijar el EdP.

⁷¹ LAUDAN, Larry (2005), Op. cit. p. 97.

⁷² La sigla utilizada por el autor hace referencia a al beneficio de la duda en favor del imputado en un proceso penal.

Adoptar procedimientos pro-absoluciones o que aumenten la probabilidad de éstas violaría, de hecho, el contrato social establecido en torno al valor adecuado para m , dado que cada regla probatoria o procesal que incline la balanza para propiciar la emisión de absoluciones estaría incrementando el valor de m ⁷³.

Aun cuando la lógica del autor esté referida al proceso penal, lo cierto es que resulta aplicable de forma análoga al proceso laboral, de suerte que el EdP está definido legislativamente en beneficio del trabajador, especialmente en los procedimientos sobre despido injustificado (artículo 454 N° 1 inciso 2° del Código del Trabajo) y sobre tutela laboral de derechos fundamentales (artículo 493 del mismo cuerpo normativo).

Ahora bien, en sintonía con lo anterior, diremos que el EdP en el proceso laboral es un concepto integrante de la familia de aquellos que sirven en la distribución del error en favor del trabajador. Creemos que otros conceptos que sirven al mismo fin son el principio protector y las reglas de la carga de la prueba en el proceso laboral. Estos, en principio, son los elementos que el juzgador debe tener a la mano para determinar la suficiencia probatoria de los hechos y alegaciones de las partes.

Sin embargo, el procedimiento laboral está imbuido dentro de un EdP ultra-subjetivizado y aquello importa, al menos, la asunción de dos peligros.

El primero ya lo dejamos entrever al referirnos a la sobreprotección de la parte débil de la relación laboral en el marco de la extensión del principio protector del Derecho del Trabajo o de la regla *pro operario*, traspasando los límites e intención legislativa. En este caso creemos que existe una errónea lectura del pacto

⁷³ LAUDAN, Larry (2013): Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera, traduc.). Madrid, Editorial Marcial Pons, p. 119.

social asociado a la tolerancia de los errores que los administrados estamos dispuestos a tolerar en la adjudicación de los litigios laborales.

El principio protector que caracteriza el Derecho del Trabajo responde al objeto de restablecimiento de la igualdad jurídica⁷⁴ que las diferencias fácticas determinan en la posición de las partes del contrato laboral. Este principio orienta el desempeño de la actividad jurisdiccional hacia la mantención de una balanza que abone igualdad de derechos entre empleadores y trabajadores, de donde no parece justificable inclinar la balanza en favor del trabajador perdiendo de vista el objetivo de la igualdad sustancial⁷⁵. Con todo, según hemos venido advirtiendo, el sistema judicial-laboral refleja la orientación continental de los beneficios, indiferente de la importancia de distribución de los costos del error judicial como riesgo permanente dentro de todo proceso.

El defecto laudiano se incrementa si se tiene presente que en realidad el EdP laboral debe ser iluminado con la intención de aminorar la probabilidad de error judicial y no con la perspectiva de distribuir los costos del error en forma invariablemente perjudicial para el empleador.

En segundo término, el EdP determinado por las convicciones subjetivas de los jueces, acarrea el peligro del pre-juzgamiento y, nuevamente, de error judicial. De lo segundo no podemos dar cuenta de forma empírica, pero en cuanto al primero sólo cabe recordar lo señalado por el Ministro de la Corte Suprema, C. Cerda, en el año 2015, en el marco del Seminario "Los derechos fundamentales y la eficacia directa en el ámbito laboral nacional: La experiencia italiana y chilena", quien expresó:

⁷⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (2015): Los principios del Derecho del Trabajo. Montevideo, Ediciones Fundación de Cultura Universitaria, p. 73.

⁷⁵ *Ibíd.*

"(...) porque aquí no podemos decir lo que se piensa y yo como juez, hoy día en la Corte Suprema digo: yo estoy aquí para defender al trabajador en la materia laboral, porque el derecho laboral es tutelar de la parte más débil, es un derecho de fuero y eso no se lo callo a nadie, sin que nadie me pueda decir que por eso estoy pre-juiciando, es lo que el legislador quiere (...).

Hoy día (...) corren vientos (...) de supeditar esta especial protección jurídica [refiriéndose al principio pro operario] del trabajo y del trabajador a la eficacia del sistema productivo.

Entonces el mundo del trabajador queda de suyo postergado, no tiene otra salida, por lo menos yo no la capto, entonces nada o poco vale la afirmación del principio pro operario"⁷⁶.

Cabe adicionar, por si fuera necesario, que el activismo judicial es un fenómeno del que ha dado cuenta nuestra doctrina laboralista, evidenciando el efecto de la pérdida de la confianza en el proceso judicial⁷⁷.

Por tanto, creemos que la corrección del defecto acusado por L. Laudan en torno a la construcción de un EdP ultra-subjetivo y que hemos individualizado de dos formas –la irrupción y errónea lectura del pacto social que justifica la protección del trabajador en la desigualdad fáctica dentro de la relación laboral y la preminencia de un EdP de contenido y resultados ultra-subjetivizado a partir de las convicciones personales de los juzgadores– requiere de elementos epistemológicos y, –aun en contra de lo que sostiene una parte de la doctrina– de elementos extra-epistémicos

⁷⁶ Corte Suprema [en línea] Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=4wSjAbITh00>> [consulta: 22 de julio de 2018].

⁷⁷ Véase en BILBAO BONOMELLI, Francisco (2014), Op. cit., p. 120.

que den cuenta de los acuerdos morales básicos que resultan administrados y que dan forma y fundamentan el Derecho del Trabajo⁷⁸.

En tal sentido, el EdP laboral debe reflejar las reglas epistemológicas que permiten reconstruir el umbral probatorio al que se someten las partes del litigio laboral.

3. EdP y garantías del empleador en los procedimientos laborales

3.1. Procedimiento por despido injustificado

El artículo 168 del Código del Trabajo dispone que el trabajador cuyo contrato de trabajo haya terminado por aplicación de alguna de las causales establecidas en los artículos 159, 160 o 161 del mismo cuerpo legal, y considere que su aplicación ha sido injustificada, indebida, improcedente o que no se ha invocado ninguna causa legal, podrá recurrir al juzgado competente a fin de que el juez así lo declare.

En principio, en los procedimientos por despido, EdP del empleador estaría determinado por el inciso 2º del numeral 1 del artículo 454 del Código del Trabajo. Sin embargo, una lectura detenida proporcionará las luces para comprender que dicha norma no establece el umbral probatorio que debe satisfacer el empleador a fin de acreditar los hechos en los que se funda el despido. Por el contrario, lo que hace la norma se limita a establecer sobre qué debe recaer la prueba en el proceso.

En esos términos nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Si el empleador logra probar todos y cada uno de los hechos descritos en la comunicación del despido habrá satisfecho el EdP? Nuestra respuesta no puede ser, sino, negativa.

De lo contrario bastaría con que el empleador probara los hechos contenidos en la comunicación del despido para alcanzar el EdP exigido. Sin embargo, en

⁷⁸ VALENZUELA, Jonatan (2017), Op. cit., p. 4.

términos prácticos, lo cierto es que el criterio del empleador debe, además, coincidir con el criterio del juzgador, de suerte que si el juez considera que los hechos que el empleador eligió para dotar de contenido a la causal de despido aplicada en la comunicación que envía al trabajador al efecto, no son constitutivos de la causal respectiva, el empleador será vencido.

El referido fenómeno es de frecuente ocurrencia. Piénsese en el caso en que el empleador, utilizando una causal de despido autorizada por el legislador laboral, incumplimiento grave de las funciones que impone el contrato, por ejemplo, pruebe los hechos contenidos en la comunicación del despido, pero el tribunal tenga por no satisfecho el EdP, aun desde una perspectiva esencialmente sustancial (v.gr. el empleador no logra probar la configuración legal de la causal de despido). Muestra de lo anterior es la sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Arica del año 2017, que no consideró acreditada la procedencia de la causal de incumplimiento grave de las funciones que impone el contrato, en base a que la falta laboral del trabajador, consistente en el desempeño de sus funciones de trabajo, bajo la influencia de las drogas, no podía ser considerada una falta reiterada⁷⁹. Y en este punto, nos perdemos la construcción del EdP del empleador, porque cuando el legislador lo manda a probar gravedad del incumplimiento, el juez le ordena probar, además, reiteración.

La situación se reproduce respecto de otras causales de despido, especialmente a propósito de la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio. Así las cosas, a los requisitos que es posible desprender de lo establecido en el artículo 161 del Código del Trabajo, los tribunales han venido exigiendo la concurrencia del requisito de exterioridad como una suerte de caso fortuito para el empleador. He ahí un nudo gordiano para el empleador, porque le toca probar que la contingencia económica en que se basa la decisión de despido,

⁷⁹ Juzgado de Letras del Trabajo de Arica (2017): Sentencia ROL N° 72-2017, de 5 de septiembre de 2017, considerando cuarto.

se encuentra totalmente dentro de la esfera de su riesgo. Sin embargo, nuestros tribunales exigen que la necesidad que alega la empresa, no provenga ni se atribuya en ningún sentido a la voluntad del empleador⁸⁰.

En este plano nos interesa insistir en que los efectos de la convicción personal del juez como telón en la construcción de un EdP en extremo subjetivo, acarrea la lamentable consecuencia del pre-juzgamiento, aumentando así el riesgo de ocurrencia de error judicial y de falsos positivos en nuestros estrados. Sin dudas, la posición moral que el juzgador tenga ante una determinada categoría de administrado o de conflicto y que imponga a la Litis, aun antes de recibir la causa a prueba, nos hace retroceder en el desafío de avanzar hacia la construcción de un EdP que otorgue seguridad jurídica a las partes y que excluya la incorrecta lectura del compromiso social inserto en el marco del proceso laboral para con el trabajador, que nos impulse a legitimar el beneficio procesal al trabajador desde una doble fuente (tanto desde la perspectiva de la protección de sus garantías sustanciales, así como la extremada holgura con que se le permite ejercer su derecho fundamental a la prueba en el proceso), empero, *non bis in ídem*.

En este orden de ideas, los defectos laudanianos se hacen evidentes, tal como constata un estudio realizado por el Observatorio Judicial, patrocinado por el Instituto Libertad y Desarrollo, cuyos resultados fueron publicados el 27 de agosto de 2017 en "El Mercurio". La investigación arrojó que el 90% de los juicios realizados durante el primer semestre del año 2016, ante los Juzgados de Letras del Trabajo de Santiago y la Corte de Apelaciones de Santiago, en donde el empleador invocó la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, éste fue vencido⁸¹.

⁸⁰ Juzgado de Letras de Punta Arenas (2014): Sentencia ROL N° T-23-2014, de 16 de marzo de 2015, considerando vigésimo tercero.

⁸¹ El Mercurio. (2017). Necesidades de la empresa: causal tendrá pronta interpretación de la Suprema. Economía y Negocios Online, 28 de agosto de 2017.

En menos de un mes, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, a propósito de la misma causal, condenaba a "El Mercurio" en los siguientes términos:

*"Este tópico –no estudiado por la doctrina- está relacionado ciertamente con el uso general de la causal de necesidades de la empresa de la forma que se viene señalando, en una práctica que hunde sus raíces en desde el origen mismo del instituto, que ha terminado por prescindir de razones de naturaleza económica, evidencia habituales déficit de relato al momento de invocarse la causal –con el clásico parafraseo de la norma sin referencia a hechos determinados, por carecer normalmente de conexión con procesos reales de reorganización y causas objetivas-, cuando no ha servido para encubrir prácticas de despido abiertamente inconstitucionales"*⁸².

El EdP que asiste a las partes en su derecho a saber con antelación hasta donde debe llegar en la probanza de sus proposiciones, mal puede ser construido en base a consideraciones extra-epistémicas que el acuerdo pacto social no tuvo por objeto integrar como las malas praxis de una de las partes como justificadoras de la distribución de los costos del error judicial. Advertiríamos lo mismo si nuestros jueces se predispusieran ante el trabajador porque es su convicción que éste ha venido abusando de la aplicación de las normas que salvaguardan sus derechos.

3.2. Procedimiento por accidentes del trabajo

El artículo 184 del Código del Trabajo ordena al empleador que adopte "todas" las medidas "necesarias" para proteger "eficazmente" la vida y salud de sus trabajadores. Las comillas utilizadas tienen por finalidad resaltar la ambigüedad

⁸² Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2017): Sentencia ROL N° T-536-2017, de 20 de octubre de 2017, considerando vigésimo noveno.

sobre la cual debe ser reconducido el EdP en los procedimientos por accidentes de trabajo, desde la materialidad de las medidas de protección adoptadas hacia las probanzas introducidas en juicio.

En tal sentido, la dogmática laboral ha anotado recurrentemente la indeterminación de los elementos utilizados en la técnica legislativa de la norma en comento⁸³, lo que ciertamente se traduce en la indeterminación de la suficiencia probatoria que debe alcanzar el empleador en torno a la eficacia de las medidas adoptadas para proteger la vida y salud de sus trabajadores.

Normativamente el trabajador debe probar los requisitos configurativos de la responsabilidad aquiliana. Por su parte, el empleador debe probar la eficacia de sus medidas, en orden a destruir la causalidad entre el hecho dañoso y la acción u omisión del empleador en el cumplimiento de su deber de seguridad, dejando como *condictio sine qua non* la acción fortuita ajena a su voluntad o la acción del propio trabajador⁸⁴.

Sin embargo, el EdP gordiano para el empleador, en no pocas ocasiones importa la ineficacia de su derecho de prueba como elemento del debido proceso, ante el yugo del EdP de la eficacia de las medidas incoadas en el seno del deber de seguridad. Tal es nuestra opinión del fallo del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, que condenó al empleador al pago de una indemnización de perjuicios al trabajador que se accidentó una de sus manos en el desempeño de sus funciones (finalmente le fueron amputados algunos de sus dedos) como mecánico, al manipular un cilindro hidráulico. En la especie, el empleador logró acreditar dentro del proceso que el trabajador había sido capacitado en torno al protocolo estandarizado de reparación y fabricación de cilindros hidráulicos; que la

⁸³ GAJARDO HARBOE, María Cristina (2014): El deber de seguridad. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 5(9): p. 21.

⁸⁴ En este sentido, véase a BARROS BOURIE, Enrique (2010): Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 376 y ss.

calidad del trabajador, esto es, mecánico hidráulico experimentado, no podía sino obligarle a prever que si no retiraba las manos al momento de que el operador hiciera funcionar el cilindro, éstas se quedarían atrapadas y, finalmente, que el operador le explicó antes de comenzar con el proceso que cuando estuviera listo, utilizara la señal verbal "vamos" habiendo retirado ya las manos en ese momento. Con todo, el tribunal consideró que el empleador no superó el EdP que el aspecto epistemológico de la locución eficacia requiere.

A la inversa, somos testigos de casos en que el tribunal condena al empleador cuando éste ha aplicado una causal de despido basada en el hecho del incumplimiento de los propios deberes de autocuidado del trabajador⁸⁵ y de su exposición imprudente al daño.

En este contexto, el Tercer Juzgado de Letras de Ovalle, rehuendo al aporte probatorio que el empleador introdujo en el proceso sobre el hecho de que el trabajador despedido se negaba a utilizar los zapatos de seguridad que la empresa le entregó, recibiendo amonestaciones por aquello, fallo en favor del trabajador, expresando con liviandad: "*Preciso es señalar que no consta en autos probanza alguna con los caracteres de multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión conducente a establecer como acreditada la causal invocada*", sin hacerse cargo de las razones por las cuales los medios probatorios de la demandada no satisficieron el EdP.

3.3. Procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales

El artículo 493 del Código del Trabajo establece:

⁸⁵ NÚÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano (2014): Prevención de riesgos laborales en Chile. Alcance y contenido del artículo 184 del Código del Trabajo. Segunda Edición Actualizada. Santiago, Editorial Librotecnia, p. 122.

“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 nuestro medio, la dogmática jurídica ha abocado sus esfuerzos por definir el alcance de la regla antes transcrita, básicamente en torno al ámbito de la carga de prueba que representa para el empleador. Recordemos que las reglas de *onus probandi* son complementarias al EdP en el marco del derecho de prueba.

En tales términos S. Gamonal se inclina por el tratamiento de una prueba indiciaria, definida como "(...) *un estándar probatorio que exige una prueba mínima de la vulneración de un derecho fundamental del trabajador subordinado para que sea el empleador quien deba justificar la licitud de la acción*"⁸⁶.

Por su parte, R. Walter y G. Lanata sostienen que se trataría de una inversión aparente de la carga de la prueba, en la medida en que aún recae sobre el trabajador el peso de aportar antecedentes mínimos para considerar que la vulneración se ha producido⁸⁷.

J.L. Ugarte señala que el trabajador no está libre de probar la vulneración denunciada, sino que debe acreditar la existencia de indicios suficientes.

Finalmente, C. Palavecino apunta hacia la noción de cargas dinámicas, agregando que no se trata de una inversión que opere de pleno derecho, por lo que deja un amplio margen a la incertidumbre y al decisionismo judicial⁸⁸.

⁸⁶ GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2008): El procedimiento de tutela de derechos laborales. Santiago, Editorial Legalpublishing, p. 27.

⁸⁷ WALTER, Rodolfo y LANATA, Gabriela (2009): Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno. Sexta Edición. Santiago, Editorial Legalpublishing, p. 274.

⁸⁸ PALAVECINO CÁCERES, Claudio (2008): La carga de la prueba en el procedimiento de tutela laboral. Revista La Semana Jurídica (380): p.3.

Con todo, no es sino el primero de los autores señalados (S. Gamonal) quien realiza un análisis a nivel del EdP del procedimiento de tutela laboral. En tal orden de cosas, el autor sostiene que el EdP involucra la decisión del grado de certeza que se requiere para dar por probado un hecho y su formulación debe darse en términos objetivos. Sin embargo, el autor coincide con la afirmación de M. Taruffo, que señala "(...) *los estándares de prueba pueden variar en función de la estructura del contexto procesal, de las finalidades que se asignen al proceso concreto, de los valores ético-políticos que en él se consideren prioritarios y de la regulación procesal que se atribuyan a las partes*".

En este punto S. Gamonal hace suyas las apreciaciones de M. Taruffo al sostener que la finalidad última del proceso laboral es mejorar la posición de debilidad del trabajador en relación al empleador, empero, creemos que lo anterior supone que el proceso laboral ya no se alza como un mecanismo de resolución de conflictos, no al menos en la pureza que el concepto exige, o lo hace en menor medida⁸⁹.

CONSIDERACIONES FINALES

El derecho a la prueba es una garantía fundamental que asegura a las partes del proceso la posibilidad de formular sus alegaciones mientras pende su tramitación, así como la posibilidad de rendir la prueba que estimen pertinente y de contradecir las probanzas de la parte contraria, con la certeza de que éstas serán valoradas en la sentencia.

La anterior garantía es parte del derecho fundamental al debido proceso que le asiste a ambas partes de la relación procesal (entiéndase empleador y

⁸⁹ MARTÍNEZ RIVERA, Jorge (2010): GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El procedimiento de Tutela de Derechos Laborales. Santiago: tercera edición, LegalPublishing, 2008, 92 pp. Revista Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 1(1): p. 173.

trabajador). De manera más amplia puede ser defendida desde la vereda del derecho a la defensa jurídica.

Ahora bien, la valoración racional de la prueba es, sin duda alguna, una parte esencial del derecho a la prueba. Esto porque sólo la valoración racional habilitará a las partes para promover el control superior jerárquico y recursal de la sentencia. La discreción judicial desempeña un rol activo en el campo de la valoración probatoria. Empero, lo anterior no significa que el juez esté libre de justificar en términos motivacionales la resolución por medio de la cual otorga determinado valor probatorio a los instrumentos de prueba rendidos en el proceso.

Dicha valoración debe ser acorde con el EdP que las partes deben satisfacer. Sin embargo, incurre arbitrariedad el juzgador que sobrepasa los límites del pacto o compromiso moral que justifica la posición del Derecho Laboral en torno al favorecimiento del trabajador respecto de la distribución de los riesgos del error judicial.

Nuestro sistema laboral, basado en la lógica continental de los beneficios de legitimación de la actividad jurisdiccional, es más afín con los defectos laudanianos anotados en el presente estudio. El fundamento de lo señalado con antelación es que el procedimiento laboral está imbuido dentro de un EdP ultra-subjetivizado y aquello importa, al menos, la asunción de dos peligros.

El primero dice relación con la sobre-extensión del principio de protección que caracteriza el Derecho del Trabajo, de suerte que éste ha venido desempeñando un rol sistémico de justificación dentro de una práctica judicial, muchas veces pobre, a través de sentencias de estilo que lo utilizan como antecedente de la posición jurisdiccional particular de favorecimiento procesal del trabajador. Lo anterior se devenga a partir de una extendida lectura del pacto social asociado a la tolerancia de los errores que los administrados estamos dispuestos a tolerar en la adjudicación de los litigios laborales, olvidando que el principio protector

responde al objeto de restablecimiento de la igualdad jurídica, de donde no parece justificado inclinar la balanza en favor del trabajador perdiendo de vista el objetivo de la igualdad sustancial en el ejercicio de los derechos garantizado en el numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental.

En segundo término, el EdP determinado por las convicciones subjetivas de los jueces, acarrea el peligro del pre-juzgamiento y, nuevamente, de error judicial.

La corrección epistémica de la sentencia no exige tanto la reducción de la probabilidad de error judicial, como la distribución de los costos del error en la forma en que las reglas epistémicas y extra-epistémicas dictan, olvidando los beneficios de que el EdP sea invariablemente perjudicial para el empleador.

No resulta lícito que el *compromiso espiritual del juez*, aun en el ámbito laboral, influya en la decisión vertida en el proceso, más allá del interés objetivo que le compete en virtud de las convenciones morales que subyacen en éste y de los principios procesales contruidos en base a las garantías fundamentales de las partes. Desde la perspectiva del empleador éstas serán las del debido proceso y todos los derechos en que éste pueda descomponerse, de la igualdad jurídico-procesal, por una parte, y los derechos de propiedad, de libertad de empresa y de trabajo que le asisten en el plexo normativo de derechos constitucionales del empleador; normas que, al igual que aquellas que salvaguardan los derechos de los trabajadores, son de orden público.

En consecuencia, el EdP laboral debe ser edificado como un estandarte necesario de garantías con que deben contar ambas partes de la relación laboral, a partir de las reglas probatorias que definen el contenido de la prueba, la carga de la misma, así como el nivel satisfactor de sus probanzas, siempre teniendo en vista la *ratio legis* y no la *ratio decidendi*, así como también por razones de igualdad jurídica a las que el principio protector del Derecho del Trabajo pretendía atender.

Finalmente debemos señalar que es nuestra intención expresa que el presente estudio sirva como punto de partida para la discusión que la institución del EdP pide a gritos en el marco del proceso laboral, con la finalidad de dotarlo de contenido y adjetivarlo bajo el prisma de la seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO SCAGLIOTTI, D. (2016): Normas probatorias que apuntan a fines diferentes a la búsqueda de la verdad. Cuartas Jornadas Chilotas de Derecho "Verdad y Proceso", Castro, 1 y 2 de julio de 2016 [En línea] Publicado por Poder Judicial Chile, Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=NFO2bCkEq6U>> [consulta: 13 septiembre 2018].
- ALVARADO VELLOSO, A. (2009): *La Prueba Judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación judicial*. Santiago, Editorial Librotecnia.
- ARISTÓTELES. 1280 a. Política, III, 9.
- BARBER, S. y FLEMING, J. 2007. Constitutional Interpretation: The Basic Questions (Approaches to Constitutional Interpretation). *Published to Oxford Scholarship Online*, january 2009.
- BARROS BOURIE, E. (2010): *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BENFELD, J. (2015): Una concepción no tradicional de la sana crítica. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 65: pp. 153-176.
- BENTHAM, J. (1859). *A Fragment on Government*. London, Bowring ed. (preface, 41st para.).
- BILBAO BONOMELLI, F. (2014): 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* 5(9): pp. 107-137.
- BOBBIO, N. (1992): *A Era dos Direitos*. Sao Paulo, Editora Campus.

- CARBONELL BELLOLIO, F. (2015): Sobre la idea de decisión judicial correcta. *Paper Seminario Permanente Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia* 19 de febrero de 2015.
- CARMONA TINOCO, J. (2007): La división de poderes y la función jurisdiccional. *Revista Mexicana de Justicia* (9): pp. 45-78.
- COLOMA CORREA, R. y AGÜERO SAN JUAN, C. (2014): Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica. *Revista Ius et praxis* 20(2): pp. 375-414.
- Corte Suprema [en línea] Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=4wSjAbITh00>> [consulta: 22 de julio de 2018].
- COUTURE, E. J. (2010): *Obras. Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Santiago, Editorial Thomson Reuters Puntolex.
- COUTURE, E. J. (2005): *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo, Editorial B de F.
- DÁVALOS, J. (2003): *Derecho individual de trabajo*. Ciudad de México, Editorial Porrúa.
- DE LA CUEVA, M. (1965): *Síntesis derecho del trabajo*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- DELGADO CASTRO, J. (2008): Principios del nuevo procedimiento laboral chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco* 9(9): pp. 63-76.
- DÍAZ GARCÍA, I. (2012): Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. *Revista Ius et Praxis* 18(2): pp. 33-76.
- DIEZ SCHWERTER, J. L. (2008): Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: aspectos relevantes de su regulación operatoria actual. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 31: pp. 163-185.
- ECHANDÍA, D. (1981): *Teoría general de la prueba pericial*. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Zavalía.
- El Mercurio. (2017). Necesidades de la empresa: causal tendrá pronta interpretación de la Suprema. Economía y Negocios Online, 28 de agosto de 2017.
- FERRER BELTRÁN, J. (2013): *La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasibenthamiana*. En: Vázquez, Carmen (ed.), Estándares de

- prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid, Editorial Marcial Pons, pp. 21-39.
- FERRER BELTRÁN, J. (2007): *Valoración Racional de la Prueba*. Colección de Filosofía y Derecho. Madrid, Editorial Marcial Pons.
- GAJARDO HARBOE, M. C. (2014): El deber de seguridad. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 5(9): pp. 15-32.
- GAMONAL CONTRERAS, S. (2013): El principio de protección al trabajador en la Constitución chilena. *Revista Estudios Constitucionales* 11(1): pp. 425-458.
- GONZÁLEZ CASTILLO, J. (2006): La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho* 33(1): pp. 93-107.
- HART, H.L.A (2013): *Discrecion*. Harvard Law Review Nº 2 Vol. 127.
- HART, H.L.A (1994): *Una mirada inglesa a la teoría del Derecho Norteamericana: La pesadilla y el noble sueño*, En: El ámbito de lo jurídico. Lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo (Pompeu Casanovas, Josep Joan Moreso coord.). Barcelona, Editorial Crítica.
- HUMERES NOGUER, H. (2009): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 37 y s.s.
- HUNTER AMPUERO, I. (2012): Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema). *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 25(1): pp. 243-251.
- JARAMILLO JASSIR, I. (2011): *Del Derecho Laboral al Derecho del Trabajo*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.
- KELSEN, H. (1945): *Teoría general del derecho y del Estado* (E. García Máynez traducc. 1988). México, Ediciones Universidad Nacional Autónoma de México.
- LAPORTA, F. J. (1994): *Problemas de la igualdad*. En: Amelia Valcárcel (compiladora), El concepto de igualdad. Madrid, Editorial Pablo Iglesias.
- LARROUCAU TORRES, J. (2012): *Hacia un estándar de prueba civil*. Revista Chilena de Derecho 39(3): pp. 783-808.
- LAUDAN, L. (2013): *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera, traduc.). Madrid, Editorial Marcial Pons.

- LAUDAN, L. (2005): Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28: pp. 95-113.
- LEVINSON, D. 1999. Rights Essentialism. *Columbia LawReview*, may 1999.
- MARTÍNEZ RIVERA, Jorge (2010): GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El procedimiento de Tutela de Derechos Laborales. Santiago: tercera edición, LegalPublishing, 2008, 92 pp. *Revista Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 1(1): pp. 163-188.
- MATURANA BAEZA, Javier (2014): *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*. Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- MONTALVO ROMERO, J. y MONCAYO RODRÍGUEZ, S. (2010): Origen y actualidad del derecho del trabajo. *Revista Letras Jurídicas* (22): pp. 1-8.
- MONTESQUIEU (1975): *Del Espíritu de las Leyes*. Libro XI, cap. VI. Madrid, Editorial Tecnos.
- NÚÑEZ GONZÁLEZ, C. (2014): *Prevención de riesgos laborales en Chile. Alcance y contenido del artículo 184 del Código del Trabajo*. Segunda Edición Actualizada. Santiago, Editorial Librotecnia.
- OTERO LATHROP, M. (2010): *La nulidad procesal civil, penal y de Derecho Público*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio (2008): La carga de la prueba en el procedimiento de tutela laboral. *Revista La Semana Jurídica* (380): p.3.
- PALOMO VÉLEZ, D. (2014): Sobre la conducta procesal de algunos jueces. De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas. *Revista Ius et Praxis* 20(1): pp. 377-396.
- PALOMO VÉLEZ, D. y MATAMALA SOUPER, P. (2012): Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: Observaciones críticas y apelación al equilibrio. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 19(2): pp. 237-274.
- PALOMO VÉLEZ, D. y MATAMALA SOUPER, P. (2011): Juez y parte. El compromiso espiritual del juez en el interrogatorio de testigos en el juicio laboral y sus necesarios límites. *Revista Ius et Praxis* 17(2): pp. 485-504.
- PEÑA GONZÁLEZ, C. (1995): *Discreción e interpretación judicial: las tesis de Dworkin*. En: Interpretación, integración y razonamientos jurídicos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- PÉREZ CHÁVEZ, J. y FOL OLGUIN, R. (2010): *Taller de prácticas laborales y de Seguridad Social*. México D.F., Tax Editores.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (2015): *Los principios del Derecho del Trabajo*. Montevideo, Ediciones Fundación de Cultura Universitaria.
- ROJAS CONTRERAS, C. (2011): El recurso de nulidad laboral como herramienta de control de las exigencias impuestas por la sana crítica a propósito de la sentencia Rol 1068-2019 de la Corte de Apelaciones de Santiago. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 18(1): pp. 269-280.
- RUIZ JARAMILLO, L. (2007): *El derecho a la prueba como un derecho fundamental*. Medellín, Comité para el Desarrollo de la Investigación de la Universidad de Antioquia.
- TARUFFO, M. (2016): Valoración de la prueba científica. Cuartas Jornadas Chilotas de Derecho "Verdad y Proceso", Castro, 1 y 2 de julio de 2016 [En línea] Publicado por Poder Judicial Chile, Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=NFO2bCkEq6U&index=4&list=PLiM1Z2DRIWDPNWwBpybUZx5v_k10Bcwu_> [consulta: 13 septiembre 2018].
- TARUFFO, M. (2002): *Idee per una teoría della decisione giusta*. En: *Sui confini Scritti sulla giustizia civile*. Bolinia, Editorial Il Mulino.
- THAYER, W. y NOVOA, P. (1993): *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VALENZUELA SALDÍAS, J. (2017): *Contra el derecho procesal*. Ponencia para las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Probatorio. Valdivia, agosto de 2017.
- VARGAS, M. (2010): La antigua teoría de la separación de los poderes y la moderna doctrina de la colaboración de los poderes públicos como fundamento del Derecho Administrativo. *Revista Doctrinas Esenciales* (Derecho Constitucional): pp. 118-141.
- VÁSQUEZ, C. (2013): *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid, Editorial Marcial Pons.
- WALTER, R. y LANATA, G. (2009): *Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno*. Sexta Edición. Santiago, Editorial Legalpublishing.
- ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. (2009). *Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*. Lima: Palestra Editores.

JURISPRUDENCIA

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2017): Sentencia ROL N° T-536-2017, de 20 de octubre de 2017.

Juzgado de Letras del Trabajo de Arica (2017): Sentencia ROL N° 72-2017, de 5 de septiembre de 2017.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2017): Sentencia ROL N° O-1629-2017, de 25 de agosto de 2017.

Corte de Apelaciones de Santiago (2017): Sentencia ROL N° 953-2017, de 27 de junio de 2017.

Juzgado de Letras de Copiapó (2017): Sentencia ROL N° O-7-2017, de 20 de marzo de 2017.

Tribunal Constitucional (2016): Sentencia ROL N° 3005-2016, de 22 de noviembre de 2016.

Juzgado de Letras de San Bernardo (2016): Sentencia ROL N° 0-215-2016, de 12 de agosto de 2016.

Corte de Apelaciones de La Serena (2016): Sentencia ROL N° 46-2016, de 15 de julio de 2016.

Corte de Apelaciones de Santiago (2016): Sentencia ROL N° 2144-2016, de 4 de abril de 2016.

Corte Suprema (2015): Sentencia ROL N° 29712-2014, de 27 de octubre de 2015.

Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, Sentencia ROL N° T-23-2014, de 16 de marzo de 2015.

Corte Suprema (2010): Sentencia ROL N° 1605-2010, de 1 de julio de 2010.

Corte Suprema (2008): Sentencia ROL N° 7178-2008, de 31 de diciembre de 2008.