



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO



**LA PRUEBA INDICIARIA EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TUTELA  
LABORAL: UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA**

**TESINA ESCUELA DERECHO**

**NOVIEMBRE 2011**

**PROFESORA GUÍA: DANIELA MARZI MUÑOZ**

**ALUMNA: MÓNICA BASCUÑÁN MORALES.**

## ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| RESUMEN.....  | 4  |
| DESCRIPTORES O PALABRAS CLAVES .....  | 4  |
| I. INTRODUCCIÓN: .....  | 5  |
| 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: .....  | 5  |
| 1.1. TEMA.....  | 5  |
| LA PRUEBA INDICIARIA EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL: UNA MIRADA A LA<br>JURISPRUDENCIA. .... | 5  |
| 1.2. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA.....   | 5  |
| 1.3. RELEVANCIA DEL TEMA.....   | 5  |
| 1.4. LOS OBJETIVOS .....  | 5  |
| 2. NOCIONES BÁSICAS Y CONTEXTUALIZACIÓN: .....  | 6  |
| 2.1. ¿EFICACIA HORIZONTAL INMEDIATA - DIRECTA O MEDIATA -INDIRECTA?.....                            | 6  |
| 2.2. MARCO LEGAL: .....   | 7  |
| 2.2.1. ANTECEDENTES DE LA PROMULGACIÓN LEY 20.087:.....   | 7  |
| 2.2.2. LEY 20.087 SOBRE EL NUEVO PROCESO DE TUTELA LABORAL:.....                                    | 9  |
| 2.2.3. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES.....   | 10 |
| II. MARCO TEÓRICO .....   | 12 |
| 1. LA PRUEBA .....  | 12 |
| 1.1. CONCEPTO DE LA PRUEBA:.....  | 12 |
| 1.2. ¿QUIÉN DEBE PROBAR?:.....  | 12 |
| 1.3. REGLAS O DIRECTRICES EN TORNO A LA CARGA DE LA PRUEBA .....                                    | 13 |
| 1.4. ¿CUÁL ES LA EFICACIA DE LA PRUEBA? .....   | 15 |
| A) SISTEMA DE PRUEBA LEGAL O TASADA:.....   | 15 |
| B) SISTEMA DE VALORACIÓN JUDICIAL:.....   | 15 |
| 2. LA PRUEBA INDICIARIA Y LAS PRESUNCIONES.....   | 16 |
| 2.1. CONCEPTO:.....   | 16 |
| 2.2. LA PRUEBA INDICIARIA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES: .....                               | 17 |
| 3. LA DOCTRINA .....  | 17 |
| 3.1. EL DERECHO COMPARADO .....   | 17 |
| 3.2. LA DOCTRINA NACIONAL.....  | 19 |

|   |    |
|---|----|
| 3.2.1. DEBATE EN TORNO A LA NATURALEZA DEL SISTEMA PROBATORIO ESTABLECIDO EN EL ART. 493:.....          | 19 |
| 3.2.2. CRÍTICAS AL SISTEMA PROBATORIO ESTABLECIDO EN EL ART. 493 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO:.....           | 23 |
| III. HACIA UNA DEFINICIÓN DE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA INDICIARIA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES..... | 25 |
| 1. SISTEMA PROBATORIO ESTABLECIDO EN EL ART. 493 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.....                            | 25 |
| 1.1. LOS INDICIOS SUFICIENTES .....   | 25 |
| 1.2. LA PRUEBA LIBERATORIA .....  | 26 |
| 2. ESTÁNDAR PROBATORIO EN MATERIA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....                              | 27 |
| 2.1. ESTÁNDAR PROBATORIO .....  | 27 |
| 2.2. HACIA UNA DEFINICIÓN DE ESTÁNDAR DE PRUEBA EN MATERIA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....     | 28 |
| 2.2.1. GRADO DE PROBABILIDAD O CERTEZA QUE SE REQUIERE PARA DAR POR PROBADO UN HECHO.....               | 28 |
| 2.2.2. PRECISIÓN DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA INDICIARIA PARA EL DERECHO LABORAL.....                         | 30 |
| 2.2.3. PRUEBA LIBERATORIA.....  | 32 |
| IV. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA .....  | 35 |
| V. RESULTADOS Y CONCLUSIÓN.....   | 46 |
| VI. REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA .....  | 50 |

## **RESUMEN**

El trabajo intenta sistematizar criterios que den eficacia al sistema de prueba indiciaria y aproximarnos a una definición de estándar probatorio en materia de derechos fundamentales. A partir de dichos criterios, se pretende dar una mirada a la jurisprudencia, a través del análisis de fallos, para hacernos una idea en torno a la postura que sobre la materia han asumido los tribunales de justicia.

Con este objetivo, estructuramos el trabajo a partir de un marco teórico que hace referencia a la teoría de la prueba, para comprender mejor el sistema probatorio establecido en el ámbito de los derechos fundamentales. Posteriormente, abordamos la discusión doctrinal sobre dicha temática, aproximándonos a una definición de estándar probatorio en materia de derechos fundamentales. Finalmente, seleccionaremos y analizaremos algunos fallos, con el fin de verificar los criterios jurisprudenciales contenidos en los mismos, en torno a la prueba indiciaria y sistema de valoración de la prueba.

## **DESCRIPTORES O PALABRAS CLAVES**

- Derechos fundamentales
- Tutela de derechos fundamentales
- Prueba
- Indicios
- Estándar probatorio

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1. TEMA

La prueba indiciaria en el procedimiento de tutela laboral: Una mirada a la jurisprudencia.

#### 1.2. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

A nivel nacional, se ha generado un debate en torno al concepto de *prueba indiciaria* y la constitucionalidad del precepto que lo contiene. Sobre el particular, nos interesa conocer la postura que han asumido en la práctica los tribunales de justicia.

#### 1.3. RELEVANCIA DEL TEMA

La vaguedad del concepto *indicios probatorios*, se ha traducido en un amplio debate en torno al concepto y la constitucionalidad del precepto que lo contempla. Algunos autores hablan de la alteración del *Onus Probandi*, otros de cargas dinámicas de la prueba y otros la entienden como una prueba aliviada. Dentro de este debate doctrinal, nos parece relevante conocer a partir del análisis jurisprudencial, la postura que han asumido los tribunales de justicia, ello debido a la importancia de los derechos fundamentales en sí y la dificultad probatoria a que pueden verse sometidos los trabajadores.

#### 1.4. LOS OBJETIVOS

La investigación se ha planteado los siguientes objetivos:

##### **OBJETIVO GENERAL**

Identificar y comprender las peculiaridades probatorias del juicio de tutela de derechos fundamentales y el razonamiento propio de la sentencia definitiva en esta materia.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- a) ¿Qué postura han asumido los tribunales de justicia en materia de prueba indiciaria?  
Es decir, identificar los requisitos exigidos a la prueba indiciaria.
- b) ¿Cuál es el grado certeza que los tribunales exigen para dar por probado un hecho?

## **2. NOCIONES BÁSICAS Y CONTEXTUALIZACIÓN**

### **2.1. ¿EFICACIA HORIZONTAL INMEDIATA - DIRECTA O MEDIATA - INDIRECTA?**

Existe cierta concordancia en la doctrina, respecto de la aplicación horizontal e inmediata de los derechos fundamentales al interior de las relaciones laborales. En esos términos se han pronunciado, entre otros, Eduardo Caamaño<sup>1</sup> y José Luis Ugarte Cataldo, quienes plantean que en Chile, la eficacia horizontal ha sido plenamente recepcionada en su versión más radical: la eficacia directa o inmediata, bajo el “principio de vinculación directa de la Constitución”, según lo prescribe su artículo 6º, inciso 2º, en que se establece *“los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”*(Ugarte, 2008:p.260)

En otras palabras, la citada disposición consagra “la sujeción directa de las personas, grupos, organismos, autoridades y poderes públicos a la Constitución”.

En el ámbito infra constitucional, estas ideas han sido recepcionadas en el código del trabajo que en su artículo 5o. señala "el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”,

---

<sup>1</sup> “En la CPR Chilena no es posible un reconocimiento expreso, de carácter declarativo, sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Sin embargo, la eficacia directa o inmediata de estos derechos es posible inferirla a partir de una interpretación armónica y sistemática de diversas disposiciones de nuestra carta fundamental” (Caamaño 2006, p.12)

Sin embargo, pese al reconocimiento por parte de la mayoría de los autores nacionales respecto de la aplicación directa de la constitución en materia de derechos fundamentales de los trabajadores, lo cierto es que antes de la reforma 20.087 del año 2006, si bien existía un reconocimiento material de tales derechos, no existía un procedimiento adecuado que los tutelara, así por ejemplo, el trabajador podía concurrir a la Dirección del Trabajo, pero ésta sólo tenía facultades investigativas, pero no sancionatoria, y fuera de la posibilidad de patrocinar causas relacionadas a prácticas antisindicales, no tenía facultades para patrocinar causas por infracción a los demás derechos fundamentales de los trabajador, con ello, el trabajador le quedaba sólo la vía de recurrir sólo (sin patrocinio de la Dirección del Trabajo), sea a través de la acción de protección, del juicio ordinario u optar por el autodespido o despido indirecto.

## **2.2. MARCO LEGAL**

### **2.2.1. ANTECEDENTES DE LA PROMULGACIÓN LEY 20.087**

Antes de la dictación de la ley 20.087 del año 2006, se fueron incorporando al código del trabajo diversas reformas que apuntaban al reconocimiento y protección de los Derechos Fundamentales de los trabajadores, a saber:

- Art. 5º del código del trabajo: reforma introducida por la ley 19.759 del 2001

*Art. 5.º “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”*

Dicha disposición, expresa la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales al interior de la relación laboral.

- En la misma línea se incorpora el inciso final del art. 154 del código del trabajo en

virtud de la ley 20.005 del año 2005, en el cual, nuevamente el legislador establece límites a los poderes del empleador:

*“Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador. “*

- Se incorpora el art. 154 bis, en el cual el legislador pretende garantizar la vida privada de los trabajadores obligando al empleador a mantener reserva de la información a la que acceda en razón de la relación laboral:

*” El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.”*

- Se modifica el art. Art.2º Inc 2º del código del trabajo, en virtud de la ley 20.005 del año 2005, que incorpora y regula la materia de acoso sexual:

*“Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. “*

El acoso sexual constituye una conducta ilícita que atenta contra diversos derechos fundamentales del trabajador, tales como su integridad física y síquica, la igualdad de oportunidades, la intimidad y la libertad sexual, todos derechos que se vinculan a la dignidad de la persona, expresamente protegida en el nuevo inciso 2º del código del trabajo, que exige que las relaciones laborales se funden en un trato compatible con la dignidad de la persona, de allí el tratamiento especial que le otorga el legislador, estableciendo incluso

la necesidad de que las propias empresas regulen el tratamiento del mismo en sus reglamentos internos (Art. 154 N°12).

### **2.2.2. LEY 20.087 SOBRE EL NUEVO PROCESO DE TUTELA LABORAL**

La ley 20.087 de fecha 3 de enero del año 2006 introdujo importantes modificaciones al Libro V del código del trabajo, estableciéndose un nuevo procedimiento laboral que contempla entre otros, un nuevo procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, recogido en el libro V, Título II, Capítulo II, párrafo 6, artículos 485 y siguientes del código del trabajo.

Este procedimiento tendrá lugar en situaciones en que sean lesionados alguno de los derechos fundamentales de los trabajadores contemplados en el art. 485 del código del trabajo. También tendrá lugar en caso de que algún trabajador sea objeto de represalia en virtud de haber ejercido acciones administrativas o judiciales, derecho conocido como garantía de indemnidad.

Respecto de quienes podrán activar el procedimiento, se trata de una legitimación activa ya que se encuentran legitimados, el propio trabajador afectado, además, la organización sindical que tenga interés legítimo, pudiendo también hacerse parte en el proceso, la propia Inspección del trabajo cada vez que ésta tome conocimiento de la vulneración.

En materia probatoria se consagra en el art. 493 la prueba indiciaria, la cual constituye una norma especial de este procedimiento e imprescindible a la hora de hablar de cautela efectiva de los derechos fundamentales, la cual señala que *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.*

Cómo podemos observar, la ley 20.087 contempla importantes avances en materia de derechos fundamentales del trabajador, logrando desarrollar el tema de la ciudadanía al

interior de las empresas, en virtud de la cual, los derechos fundamentales se erigen como el principal límite a los poderes empresariales.

Tal como se expresa en el mensaje presidencial de la citada norma legal, uno de los pilares fundamentales del proyecto apuntan a potenciar la vigencia plena en el ámbito jurídico-laboral de los derechos que el trabajador detenta en su calidad de persona, cuales son el derecho a la intimidad y vida privada, el honor y la propia imagen, el pensamiento político o religioso, la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, etc.

*“Se trata, en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas.”*

Sin embargo, tal como el propio gobierno plantea, no es suficiente el reconocimiento de tales derechos sin su aseguramiento mediante mecanismo de tutela jurisdiccional eficaz e idóneo. En este sentido, una de las fórmulas fundamentales contempladas para la efectividad de dicha acción, y prevista por esta ley, es la prueba indiciaria, consagrada en el art. 493 del código del trabajo, la cual, según analizaremos más adelante, establece una prueba aliviada por parte del demandante.

### **2.2.3. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES**

#### **La prueba y la eficacia de los derechos fundamentales**

A nivel constitucional, el debido proceso se encuentra contemplado en el art. 19 N°3 inciso 5° donde se señala:

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

La prueba, o más bien, el derecho a la prueba se encuentra consagrado en los artículos 19 N°3, en el cual se hace referencia, por un lado, a la necesidad de un procedimiento previo y legalmente tramitado; por otra parte, su inciso segundo, relativo al debido proceso y, por último, se contempla el derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale, estableciendo la prohibición a toda autoridad o individuo de impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.

Además, el artículo 19 N°2 hace referencia a la igualdad de las personas ante la ley, lo que en materia probatoria exige que toda persona pueda acceder a los tribunales y defender su pretensión ante ellos, en condiciones de igualdad con las otras partes o en palabras de Ignacio García Perrote con *igualdad de armas*. De allí que la igualdad procesal, no pueda concebirse como absoluta, sino que debe incorporar ciertas disparidades entre trabajador y empleador, que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino que en su respectiva posición, en la especial relación jurídica que los vincula (Perrote, 1994: p.177 y 183).

Al respecto, existe cierto consenso en la doctrina nacional de que dada la importancia de los derechos fundamentales en sí, y en segundo lugar, al difícil escenario que el trabajador debe enfrentar en sus denuncias cuando ha visto vulnerado alguno de sus derechos fundamentales, es del todo comprensible la incorporación de la prueba indiciaria, o facilidad probatoria, ya que éste, es el único mecanismo que en dicho escenario permite proporcionarles una efectiva protección a los derechos fundamentales de los trabajadores: *“probablemente sin esta especialidad probatoria, la tutela o protección de las garantías fundamentales se tornaría en extremo compleja”* (Melis, 2009, p.74). Esto debido a los *distintos grados de control sobre los medio de prueba que tiene el empleador respecto de su trabajador, el entorno donde se producen los hechos, las dispares condiciones socioeconómicas y debido a los distintos grados de conocimiento respecto a ciertas áreas o procesos productivos* (Jara 2010, p.2).

## II. MARCO TEÓRICO

### 1. LA PRUEBA

#### 1.1. CONCEPTO DE LA PRUEBA

Según Taruffo (Taruffo, Michele, 2009: pp 60-61), existen al menos dos acepciones fundamentales de prueba, a saber:

- a) *La prueba es un instrumento de conocimiento*: Ofrece informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados en el proceso y sirve para determinar la verdad o falsedad de los enunciados y da a conocer la circunstancia sobre la que versa el enunciado, con la consecuencia que el enunciado mismo puede considerarse verdadero o falso sobre la base de la prueba o las pruebas que a él refieren.
- b) *La prueba como un instrumento de persuasión*. En este sentido, la prueba no serviría para establecer la verdad o falsedad del enunciado, por tanto, tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada, sino que serviría sólo para persuadir al juez de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico. La prueba, según esta concepción, no ofrece información sino elementos de persuasión. Es decir, en el juicio no se "conocen" los hechos, pudiendo definirse como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido, pero sólo en función del hecho de que realmente lo esté y afirme estarlo. Cualquier cosa que piense el juez, estando persuadido de ella, está probada y, por lo tanto, se puede considerar verdadera a los efectos del proceso.

#### 1.2. ¿QUIÉN DEBE PROBAR?

La respuesta de esta interrogante nos lleva a la **carga probatoria**, y sobre ese punto la doctrina distingue dos conceptos que son de suma utilidad, a saber, la carga de la prueba formal y la carga de la prueba material. (Garberi, 2001: tomo II, p.441, en Fernández, 2006:p.26)

- a) *La carga de la prueba formal*: Hace referencia a la prueba como la actividad que las partes deben desarrollar para demostrar o acreditar sus afirmaciones o negaciones y obtener así un resultado favorable en el juicio. Ésta opera, en cuanto carga, en la fase o etapa probatoria.
- b) *La carga de la prueba material*, llamada también “regla de juicio”, está dirigida al juez, alude a la prueba como resultado, esto es, como conclusión a la que el juez llega tras la valoración del material probatorio, y por lo tanto, opera al momento de dictar sentencia.

En suma, la carga de la prueba es un instituto bifronte que mira por un lado a las partes en la fase probatoria, distribuyendo entre ellas el peso o carga de las afirmaciones que se hacen en torno a los hechos y mira al juez, en la etapa de dictación de la sentencia, imponiéndole directrices para fallar.

### **1.3. REGLAS O DIRECTRICES EN TORNO A LA CARGA DE LA PRUEBA**

Hemos dicho más arriba que la carga de la prueba orienta a las partes en la fase probatoria e impone directrices al juez en la etapa de juicio. Pero, *¿cuáles son esas reglas orientadoras para las partes o directrices impuestas al juez que operen en el momento de rendir la prueba o de dictar sentencia, en su caso?*

Generalmente, se ha sostenido que corresponde acreditar los hechos a quien los alega, de forma tal, que la carga de la prueba (onus probandi) corresponde a aquel que haya invocado los hechos objeto de la controversia. En este mismo sentido, el inciso 1º del art. 1698 del código civil dispone “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que las alega aquellas o ésta”.

En otras palabras, será el demandante quien deberá acreditar las afirmaciones contenidas en la demanda, que involucran una pretensión jurídica o una atribución de un derecho. A la inversa, corresponderá al demandante acreditar los hechos extintivos, impeditivos y modificatorios de la pretensión jurídica, contenidos en la excepción que éste oponga.

En esta misma línea, Couture (1978, p.241) plantea que la carga de la prueba es “la conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos”.

Sin embargo, si bien la doctrina se ha esforzado por encontrar una regla general que ilumine a las partes en la fase probatoria y al juez al momento de dictar sentencia, no se ha logrado hasta ahora el hallazgo de una sola regla que cubra todas las hipótesis que puedan darse en el proceso, de allí que pueda apreciarse distintas perspectivas sobre la materia.

En los orígenes, se siguió la idea que la carga probatoria le corresponde al actor (“*onus probandi incumbit actori*”), posteriormente, las reglas de la prueba se ordenaron sobre un esquema de reparto, según el cual se sostenía que los hechos constitutivos debían ser probados por el actor y los hechos impeditivos, modificativos o extintivos debían estar a cargo del demandado.

Con el devenir del tiempo, la doctrina procesal ha ido incorporando distintos conceptos de distribución, entre los cuales cabe destacar, la teoría de las cargas dinámicas del jurista argentino Peyrano.

*La teoría de las cargas dinámicas, se inspira en el principio de “facilidad de la prueba”, del cual plantea que, en ciertos casos excepcionales, no es posible mantener estática la carga probatoria asignándola unilateralmente al demandante para probar los hechos constitutivos y al demandado para probar los hechos extintivos, debiendo existir un dinamismo o traslación de la carga de la prueba a aquel de los litigantes que se encuentre en mejores condiciones para demostrar el hecho controvertido, aunque se trate de un hecho que en principio deba demostrar la parte contraria. El dinamismo, entonces, se traduce en invertir las cargas colocándolas en aquella parte que está en mejor condición de probar el hecho. (Groia, 2003:p 18-20)*

#### 1.4. ¿CUÁL ES LA EFICACIA DE LA PRUEBA?

La eficacia de la prueba apunta a la materia relativa al valor probatorio de cada medio en particular. En doctrina se distinguen los siguientes sistemas de valoración de la prueba (Aranguiz, 2002 p.166)

- a) **Sistema de prueba legal o tasada:** Conforme a este sistema es la ley la que establece de antemano la eficacia probatoria de cada medio en particular, con independencia del grado de convicción que el medio produzca en el juez.

Este es el sistema que predomina en el actual sistema procesal civil chileno ya que la ley establece de antemano el valor probatorio de cada medio establecido en el art 347 CPC.

- b) **Sistema de Valoración judicial:** Entre ellos, la apreciación de las pruebas sujetas a control, tales como la sana crítica y la apreciación en conciencia; y la apreciación de la prueba sin control, en donde encontramos la libre convicción y la contraprueba.

- **Sistema de libre valoración de las pruebas:** Un sistema de libre valoración de las pruebas se caracteriza porque la ley no coloca ningún límite al juez en la apreciación de los hechos. En este sentido la ley no establece un valor anticipado a los medios probatorios en particular, cuya eficacia queda entregada al libre criterio del tribunal. Conforme a Eduardo Couture, un sistema de libre valoración es *"aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizado por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos"* (Couture,1979,P.195)
- **Sistema de la sana crítica:** El sistema de la sana crítica se caracteriza porque el juez tiene la atribución de dar a cada medio probatorio que se presente por las partes el valor que el sentenciador estime forma mayor convicción en él. Sin embargo, a

diferencia del sistema de la libre valoración, el juez se encuentra sujeto a criterios racionales de apreciación o ponderación de la prueba, no pudiendo entonces, en la determinación del valor probatorio, infringir las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia.

En consecuencia, hay una sustancial diferencia en el sistema de libre valoración de la prueba, que no pone límites de ninguna índole al sentenciador en la ponderación de los hechos, con el sistema de la sana crítica, que precisamente restringe la libertad judicial en la ponderación de los hechos, en la racionalidad de la apreciación de cada medio probatorio, lo que se traduce en no infringir las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia.

Este es el sistema que rige en los tribunales laborales chilenos, lo cual se desprende del art. 456 del código del trabajo, el cual dispone: *“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”*.

## **2. LA PRUEBA INDICIARIA Y LAS PRESUNCIONES.**

### **2.1. CONCEPTO**

Según la Real Academia Española, indicio proviene del latín, *indicium*, y se define como “Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”

A su vez, se le adjudica una segunda connotación como “ Cantidad pequeñísima de algo, que no acaba de manifestarse como mensurable o significativa. “

En materia procesal para Carmagnani, los indicios son *circunstancias que el juez, guiado por las reglas de la crítica, puede considerar relacionadas verosímilmente con el delito y con su autor*. Para Silva Melero, *el indicio es circunstancia cierta, de la cual se puede obtener, por inducción lógica, una conclusión sobre el hecho desconocido cuyo esclarecimiento se intenta* (Bueso, 2002: p.451-452).

## **2.2. LA PRUEBA INDICIARIA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **¿Qué debemos entender por prueba indiciaria?**

Según Sergio Gamonal, en materia laboral se habla de prueba indiciaria “como un aligeramiento o desplazamiento probatorio del demandante trabajador al demandado empleador. Puede ser 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 su actuación”. (Gamonal, 2008:p.78)

Más adelante, nos detendremos en el análisis del concepto de prueba indiciaria en materia de derechos fundamentales.

## **3. LA DOCTRINA**

### **3.1. EL DERECHO COMPARADO**

#### **CASO ESPAÑOL.**

La ley de procedimiento laboral, en su art. 172 N°2 señala:

“179.2. En el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de

una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”

Tal como lo señala Ugarte (Ugarte, 2004: p.133), el tribunal constitucional español se ha encargado de explicar que no se trata de una alteración del onus probandi, ya que la víctima deberá acreditar la existencia de indicios, para que recién allí se traslade al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional español 17/2005, de 1 de febrero, en causa que versa sobre supuestas conductas antisindicales, resume la doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba distinguiendo al efecto un doble elemento probatorio explicado en los siguientes términos:

*1º.- “La necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1996 ... ), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así SSTC 166/1987, 114/1989, 21/1992, 266/1993, 293/1994, 180/1994 y 85/1995)”. Por cierto, la STC 293/1994, de 27 de octubre, que no tiene nada que ver con el tema, aparece reiterada desde la STC 90/1997, de 6 de mayo –y acaso la cita que se quiso realizar sea a la STC 293/1993, de 18 de octubre-.*

*2ª. “Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto ... sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios ... se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (reflejan estos criterios las SSTC 38/1981, 104/1987,*

114/1989, 21/1992, 85/1995 y 136/1996, así como también las SSTC 38/1986, 166/1988, 135/1990, 7/1993 y 17/1996)”.

*Por lo tanto, no estamos ante una auténtica inversión de la carga de la prueba en sentido técnico jurídico estricto porque al demandante le corresponde la carga de realizar alguna actividad probatoria, sino de una distribución de la carga de la prueba entre los litigantes diferente a la derivada de la estricta aplicación de las normas procesales civiles generales –antiguo artículo 1214 del Código Civil y actual artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-. Esto es, “no se trata de una inversión de la carga de la prueba, pero sí se va a producir una modulación de la regla general”.*

*Una distribución de la carga de la prueba entre los litigantes que tiende a aligerar, aliviar, atenuar, corregir, facilitar, flexibilizar o modular, por utilizar algunas de las varias expresiones de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina científica, la carga de la prueba del demandante, mientras se sobrecarga la del demandado. Aunque los criterios de distribución no son rígidos, sino abiertos, susceptibles de acomodación a cada caso particularizado“ (Lousada, 2007: p.4-5-6)*

## **3.2. LA DOCTRINA NACIONAL**

En Chile la discusión se ha centrado en dos aspectos principales que tienen que ver con la prueba en materia de tutela de los derechos fundamentales: una tiene que ver con la naturaleza del sistema de prueba indiciaria contemplado en el art. 493 del código del trabajo y la segunda, con las diversas críticas formuladas a dicho sistema..

### **3.2.1. DEBATE EN TORNO A LA NATURALEZA DEL SISTEMA PROBATORIO ESTABLECIDO EN EL ART. 493**

El artículo 493 del código del trabajo establece un particular sistema de prueba, denominado prueba indiciaria, al respecto éste dispone:

“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*.”

Algunos autores nacionales plantean que el art. 493 del código del trabajo altera la carga probatoria contemplada en el art 1698 código civil, conforme al cual: “incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o éstas”. En esta línea, André Naudón ha señalado que dicho precepto, “contrariando la norma de “onus probando” del artículo 1698 del código civil, exonera al denunciante de la obligación de probar los hechos que ha denunciado, exigiéndole solamente aportar indicios suficientes de su existencia, lo que obliga al denunciado a explicar y probar que la medida denunciada no fue vulneratoria de derechos fundamentales.” (Naudón, 2009).

Inicialmente, en esta misma línea, la Corte Suprema ha señalado como uno de los puntos problemáticos de la reforma la inclusión de la prueba indiciaria establecida en el artículo 493 de código del Trabajo, la cual contrariando la norma de onus probandi del artículo 1698 del código civil, exonera al denunciante de la obligación de probar los hechos que ha denunciado, exigiéndole tan solo aportar indicios suficientes de su existencia, lo que obliga al denunciado a explicar y probar que la medida denunciadas no fue vulneratoria de derechos fundamentales, lo cual en muchas circunstancias pondría al demandado en la necesidad de probar un hecho negativo.” (Poder Judicial, 2010, p.19)

Por otro lado, existen voces que señalan que estaríamos frente a un sistema de valoración de la prueba que recoge la teoría de la carga dinámica, en esta línea se pronuncia el profesor Eduardo Caamaño, quien refiriéndose al artículo 493, señala que estaríamos frente a una norma que reconoce una carga dinámica de la prueba, y que de no incluirse, haría imposible que el trabajador pudiera hacer valer su pretensión (Caamaño, 2007:p.113)

Por su parte Rodolfo Walter y Gabriela Lanata plantea que se trataría de una “matización de la regla general de la carga de la prueba ya que al trabajador le basta con que de sus

alegaciones se desprendan indicios, es decir, señales o evidencias que den cuenta de un hecho oculto.” (Lanata, 2008:272-273).

En torno a esta discusión, cabe destacar que en la actualidad, existe cierto grado de consenso en torno a entender que la prueba indiciaria no implica una inversión absoluta de la carga de la prueba, sino más bien “una alteración del onus probandi, ya que la víctima no está completamente liberado de prueba, pues debe acreditar al menos, “indicios” de la existencia de la conducta lesiva” (Ugarte, 2004: p.133). Este planteamiento se ve reforzado por lo consignado en el propio mensaje presidencial de la ley 20.087, según el cual, la citada ley incorpora una norma novedosa relativa al onus probandi y que consiste en facilitar o alivianar la prueba al denunciante, cuando de sus alegaciones se desprendan indicios en orden a que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales.

¿Qué tipo de aligeramiento o reducción de la prueba es la que establece el art. 493 del código del trabajo?

Según Ugarte, el aligeramiento puede alcanzarse a través de diversas modalidades, sea, modificación de la carga formal de la prueba formal, o sea modificación de la carga material de la prueba material.

- a) Respecto de la carga formal de la prueba, Ugarte manifiesta que no se trataría de un “riguroso” caso de inversión de la carga formal de la prueba ya que no se altera el axioma de que corresponde probar un hecho a quien lo alega, que se funda en el art. 1698 del código civil<sup>2</sup>. (Ugarte 2009, p. 219)

Efectivamente, como ya hemos indicado, según dispone el art. 493 del código del trabajo, cuando de los antecedentes aportados “por la parte denunciante” resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, entonces, le corresponderá a la parte denunciada explicar los fundamentos y la proporcionalidad de las medidas que ha adoptado.

---

<sup>2</sup> “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas*”

En síntesis, la norma citada no libera al trabajador de la prueba, ya que éste debe, al menos, aportar “indicios suficientes”, los que Gamonal define como una prueba mínima de vulneración (Gamonal 2008, p. 78). Sólo entonces el demandado deberá rendir prueba liberatoria, sea, negando ser el autor de los hechos que se le imputan como lesivos de derechos fundamentales, o sea, entregando razones que expliquen los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, es decir, probando que sus actos responden a una finalidad distinta de la de lesionar derechos fundamentales.

En este sentido, tal como concluye Ugarte, *“las reglas sobre carga formal de la prueba (quien debe probar) y los medios de prueba (cómo se debe probar) son las mismas que las previstas para el procedimiento de aplicación general.”*(Ugarte 2009, p. 220).

- b) Respecto de la carga material de la prueba: Según Ugarte, en materia de tutela de derechos fundamentales, se altera la respuesta a la pregunta de quién debe soportar el sacrificio del hecho que ha quedado inciertamente probado en el juicio, pero sobre el cual recae razonable sospecha de su ocurrencia.

*“En este sentido, el art. 493 del código del trabajo no corresponde en sentido estricto a una regla probatoria, sino a una regla de juicio, esto es, una regla que opera cuando el juez, al momento de dictar sentencia, debe resolver quien debe soportar el costo del hecho que en el proceso no ha quedado plenamente acreditado, pero cuya ocurrencia, por la presencia de indicios al respecto, se guarda razonable duda.”*(Ugarte 2009, p.221)

En términos similares se han pronunciado algunos autores como, por ejemplo, Herrera y Kachele (2009, p.74-75), quienes refiriéndose a la naturaleza de la carga probatoria señalan que ésta constituye una regla de juicio, según explican, porque “opera cuando el juez al momento de dictar sentencia, debe resolver quien debe soportar la prueba cuando el hecho que en el proceso que no ha quedado plenamente acreditado, pero de cuya ocurrencia, por la presencia de indicios al respecto, se guarda razonable duda. En ese sentido, se trata de una regla de juicio que no opera, por tanto, ni en la etapa de aceptabilidad de la prueba (audiencia preparatoria) ni de la rendición o incorporación de la prueba (audiencia de

juicio), sino en la etapa de la construcción de la sentencia, esto es, en el de la decisión de fondo del litigio en cuestión” (Herrera y Kachele 2009, p.74-75).

### **3.2.2. CRÍTICAS AL SISTEMA PROBATORIO ESTABLECIDO EN EL ART. 493 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO**

Por su parte, si bien el profesor Palavecino reconoce que no estaríamos frente a una inversión de la carga de la prueba, sin embargo, plantea que “la tan alabada “carga probatoria dinámica” generará incertidumbre y amplio margen al decisionismo judicial”, ya que lo que se esconde tras esta carga dinámica de la prueba, es incertidumbre y una amplia discrecionalidad del juez. (Palavecino, 2008:p.3).

Además, critica el hecho de que la nueva normativa no establezca el deber del juez de advertir al demandado, con la debida antelación, que debe aportar prueba que justifique la razonabilidad y proporcionalidad de la medida impugnada, pudiendo ocurrir que el empleador se entere, recién, al momento de leer la sentencia, que “le tocaba probar”. (Palavecino 2008, p.2)

Frente al tema de la “incumbencia confirmatoria o carga de la prueba, plantea que es esencial una regla clara de juzgamiento dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto. Por tanto debe ser la ley -y sólo la ley, nunca la jurisprudencia la que regule todo lo referente a la incumbencia confirmatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad jurisdiccional, evitando así que el juez altere las reglas del onus probandi a discreción y una vez que el pleito ha finalizado.

Frente a estas críticas, Ugarte responde señalando que por tratarse de una regla legal de juicio, se entiende conocida por las partes del proceso, tal como las partes, sin necesidad que nadie se lo aclare al iniciar el litigio, saben de la regla del 1698 del código civil. En rigor, las partes en el proceso saben, o debe saber, bajo la regla de presunción de

conocimiento del derecho del artículo 8 del código civil, que en el proceso de tutela, la carga material de distribución de la prueba se encuentra alterada, y que el hecho de la conducta lesiva quede bajo razonable sospecha de su ocurrencia provocada por el panorama indiciario presentado por el trabajador y ante la falta de actividad probatoria del empleador que lo destruya, deberá ser soportado por el demandado.

No se trata por tanto de una presunción judicial, sino de una regla de distribución del costo o sacrificio probatorio, que como tal debe entenderse conocida por las partes, como cualquier otra regla de derecho (Ugarte 2009, p.222-223).

### **III. HACIA UNA DEFINICIÓN DE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA INDICIARIA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

#### **1. SISTEMA PROBATORIO ESTABLECIDO EN EL ART. 493 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO**

El artículo 493 del código del trabajo establece un particular sistema de prueba, denominado prueba indiciaria, respecto éste dispone:

“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.*”(cursivas del autor)

El sistema de prueba contemplado en el precepto legal antes citado considera dos elementos:

- Indicios suficientes y
- Prueba liberatoria (demostrar fehacientemente que su actuación responde a criterios objetivos y razonables).

#### **1.1. LOS INDICIOS SUFICIENTES**

Al respecto, Yolanda Maneiro señala que existen dos posturas doctrinales:

- i. La de aquellos que lo interpretan según la literalidad y, en virtud de ello, exigen que el actor pruebe de forma concluyente el hecho del que ha de deducirse la consiguiente presunción y la relación causal que los une, y
- ii. Aquella que sólo exige al demandante una apariencia de presunción, una mera probabilidad de que se produjo la lesión denunciada, sin requerir una verdadera

prueba efectiva, postura que la autora consigna como opinión mayoritaria. (Maneiro 2007, p.160)

La doctrina nacional se ha pronunciado en términos similares a ésta segunda corriente. Al respecto, José Luis Ugarte habla de principio de prueba o prueba reducida, al respecto señala “se trata en rigor, de lo que técnicamente se denomina *principio de prueba*. El trabajador debe aportar indicios que no prueben inmediata y directamente el hecho principal-la conducta lesiva- sino que, cosa distinta, hechos o circunstancias que logren generar en el juez la sospecha razonable de que esa conducta lesiva denunciada se ha producido” (Ugarte, 2009, p.224).

Por su parte, el mensaje presidencial de la ley 20.087 señala que los indicios son *señales* o evidencias de un hecho oculto, cual es, la violación de un derecho fundamental.

Al igual que autores como Gazmuri (2006), Herrera y Kachele (2009), Lapostol y Aguirre (2010), recogemos la definición de Gamonal, refiriéndonos a ella como “*un aligeramiento probatorio, entendiendo esto como la presunción no plena de la existencia de un hecho que vulneró un derecho fundamental y, para destruirla, el demandado deberá probar plenamente*”(Gamonal 2008, p.80)

## **1.2. LA PRUEBA LIBERATORIA**

Es decir, presentándose indicios suficientes, corresponderá al denunciado explicar los *fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*.

Al respecto, Yolanda Maneiro precisa, que la prueba liberatoria debe ir encaminada no expresamente a demostrar la existencia de un propósito discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales - ya que ello equivale a exigir la prueba diabólica- sino a probar la concurrencia de una motivación real para su conducta capaz de destruir aquella apariencia o duda que el trabajador ha generado en el juzgador” (Maneiro, 2006, p. 123).

Por su parte, el mensaje presidencial de la ley 20.087 consigna que cuando se desprendan indicios en orden a que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, surge la obligación para el denunciado de justificar suficientemente, en forma objetiva y razonable, las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

En síntesis, considerando ambos elementos, debemos definir la prueba indiciaria *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 su actuación (Gamonal 2008, p.78).*

## **2. ESTÁNDAR PROBATORIO EN MATERIA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **2.1. ESTÁNDAR PROBATORIO**

Entendemos por “estándar probatorio” el grado de convicción que hay que dar por verificado para considerar probado un hecho en un momento procesal determinado.

Al respecto, cabe tener en cuenta que *“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 de las cargas probatorias que se atribuyan a las partes” (Laudan 2005, p.109).*

Sin embargo, en materia laboral, atendida la importancia de los derechos fundamentales en sí y la dificultad probatoria a que puede verse sometido el trabajador, la definición de estándares probatorios constituye además, un tema de política del derecho. En esta misma línea Daniela Marzi ha señalado:

*“La reforma laboral a través de la tutela le cobra al Derecho del Trabajo su deuda con la función que ocupa en el Sistema Jurídico, de garante de los derechos de los*

*trabajadores/personas en la empresa, entendido el lugar que la empresa ocupa en las sociedades de mercado y que no constituye ningún hallazgo reciente de la doctrina sino que ha sido un lento avanzar hasta obtener su reconocimiento.” (Marzi, 2010, p.15)*

Atendido lo antes señalado, es del todo comprensible el establecimiento de un estándar probatorio especialísimo en materia de derechos fundamentales.

## **2.2. HACIA UNA DEFINICIÓN DE ESTÁNDAR DE PRUEBA EN MATERIA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

Para establecer un estándar de prueba se debe hacer referencia a dos aspectos fundamentales:

- El grado de probabilidad o certeza que se requiere para dar por probado un hecho.
- Formulación objetiva del estándar.

### **2.2.1. GRADO DE PROBABILIDAD O CERTEZA QUE SE REQUIERE PARA DAR POR PROBADO UN HECHO**

Al respecto, Gamonal recoge algunos de los estándares probatorios presentados a modo ejemplar por Laudan<sup>3</sup> y propone transitoriamente las siguientes hipótesis:

- A.** Si es creíble el indicio presentado y probado por el trabajador de forma tal que resultaría difícil de explicar si el empleador fuera inocente, en tal caso se debe dar por probado y suficiente el indicio.

---

<sup>3</sup> Laudan 2005, p. 107: “Lo cierto es que ya han sido presentadas varias posibilidades interesantes que quizás puedan funcionar. Considere, por ejemplo, un estándar de prueba como el siguiente:

(A) Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuese inocente y no es creíble la prueba exculpatoria o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénalo. De otro modo, absuélvalo.

(B) Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénalo. De otro modo, absuélvalo”.

**B.** Si la historia del indicio es plausible y usted no puede imaginar otra historia plausible que exculpe al empleador, entonces debe dar por probado y suficiente el indicio. (Gamonal 2008, p. 79).

Sobre el particular debemos señalar que mientras más altos son los estándares exigidos, mayor es el estado de vulnerabilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores, en consecuencia, al igual que Gamonal, somos de la idea de que la valoración del indicio laboral debe ser más exigente con la hipótesis que lo da por no probado que con la que lo acredita como factible y consecuente con lo planteado, entendemos que las hipótesis señaladas como transitorias deberían desecharse, ya que ambas poseen un nivel de exigencia mayor al contemplado en el art. 493 del código del trabajo, ya que exigen en el primer caso una actividad probatoria que “excluya” una explicación de inocencia del empleador y, en el segundo caso, que “no haya una historia plausible que exculpe” al empleador.

En cambio, la ley 20.087 establece como estándar probatorio los indicios, es decir, y como se ha señalado anteriormente:

“La presunción no plena de la existencia de una lesión a un derecho fundamental y para destruirla el demandado deberá probar plenamente, produciéndose así una aligeración o desplazamiento de la carga probatoria hacia el demandado quien podrá destruir el indicio justificando su actuación”.

De allí que a nuestro juicio la hipótesis más armónica con la redacción y espíritu del cuerpo legal citado sea la siguiente:

*“Si es plausible el indicio presentado y probado por el trabajador de forma tal que se hace necesario que el empleador justifique su conducta al tenor del artículo 485, el juez debiera dar por aprobado el indicio”* (Gamonal 2008, p.8)

## 2.2.2. PRECISIÓN DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA INDICIARIA PARA EL DERECHO LABORAL

La pregunta que cabe formularnos ahora es ¿Cuáles son los criterios, en base a los cuales el juez podrá lograr la convicción de plausibilidad?

Al respecto, cabe mencionar, que en materia laboral, se aplica como sistema de valoración judicial de la prueba, el sistema de la sana crítica y no el de libre apreciación de la prueba, ello en virtud de las normas de aplicación general contempladas en el art. 456 del código del trabajo, según el cual, *“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”*.

Complementariamente, el artículo 478 señala *“El recurso de nulidad procederá, además: “ b) Cuando haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”*.

En este sentido, recogiendo las palabras de Taruffo, debemos señalar que la discrecionalidad del juez en la valoración de la prueba, no debe confundirse con un arbitrio subjetivo irracional, las normas relativas a la motivación de la sentencia imponen al juez, el deber de justificar su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente "correctas" y aceptable.

Para decirlo de manera sintética: lo que interesa es que el juez justifique su decisión con buenos argumentos (Taruffo, 2009: p.24) .

En materia de derechos fundamentales, el precepto legal antes citado, señala que los criterios que el juez deberá especialmente considerar al momento de valorar o desestimar la prueba rendida, cuales son:

- a. Multiplicidad
- b. Gravedad
- c. Precisión
- d. Concordancia y Conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice.

En virtud de los elementos consignados en el artículo citado, Gamonal ha sistematizado los criterios de valoración estableciendo los siguientes parámetros de indicios para el procedimiento de tutela Chileno:

- a) Número: Dos o más. Sin embargo, la doctrina ha señalado que, aunque la ley hable de una pluralidad de indicios, ello no excluye que se considere un indicio como suficiente, cuando su calidad y precisión probatoria lo amerite (Ugarte 2009, p.224)
- b) Concordancia: Los indicios deben coincidir, apuntando hacia una misma dirección.
- c) Plausibilidad: Que los hechos de cada indicio se encuentren acreditados fehacientemente. Al respecto Ugarte señala que la calidad de un indicio está dada por su univocidad o precisión, si el indicio conduce necesariamente a generar la sospecha en el juez de que la vulneración se ha producido, porque no hay otra explicación alternativa más plausible, entonces, es suficiente (Ugarte 2009, p. 224)
- d) Coherencia: Que las inferencias sean racionales y se correspondan con los dictados del buen sentido y de la lógica.

A nuestro entender, sólo un sistema como este, podrá dar la debida eficacia al sistema de prueba indiciaria.

### 2.2.3. PRUEBA LIBERATORIA

Al iniciar el presente capítulo, señalamos que el sistema de prueba contemplado en el art. 493 del código del trabajo, contiene dos elementos:

- a. Indicios suficientes y
- b. Prueba liberatoria (demostrar fehacientemente que su actuación responde a criterios objetivos y razonables).

Hasta el momento nos hemos preocupado de definir el estándar de prueba indiciaria centrada en el primer elemento, sin embargo, es necesario hacer referencia al segundo elemento, es decir, la prueba liberatoria, que de acuerdo al art. 493 del código del trabajo, consiste en que el empleador explique los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Al respecto, cabe señalar que el art. 485 del código del trabajo establece:

*“Se entenderá que los derechos y garantías consagrados en los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”.*

En síntesis, el inciso 3º del art. 485 del código del trabajo, dispone que un derecho ha sido lesionado cuando:

- a. Se ve limitado sin justificación suficiente
- b. En forma arbitraria o desproporcionada
- c. Afectando contenido esencial
- d. Se trate de una represalia

A contrario sensu, para que la prueba sea liberatoria se requiere:

- a. Justificación suficiente de la medida
- b. Medida no arbitraria
- c. Medida no desproporcionada
- d. No debe afectarse el contenido esencial del derecho
- e. No debe tratarse de una represalia

Según la doctrina mayoritaria, para valorar la prueba liberatoria, el juez deberá recurrir al principio de proporcionalidad, desarrollado por Robert Alexy<sup>4</sup>, quien plantea que dicho principio se sostiene sobre la base de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Alexy 2004, p. 13).

A continuación presentamos una síntesis explicativa de cómo los requisitos de valoración que se desprenden del art. 485 del código del trabajo se relacionan con el principio de proporcionalidad:

- a. Idoneidad: Que la medida sea idónea, es decir, que sirva para conseguir el fin que se propone, de lo contrario la medida resulta arbitraria o desproporcionada.
- b. Necesidad: No debe haber otra alternativa más benigna e igualmente idónea, de lo contrario no cuenta con justificación suficiente.
- c. Proporcionalidad estricta: Racionalidad y equilibrio entre objeto/fin perseguido y los efectos de la medida<sup>5</sup>
  - c.1. No debe afectarse el contenido esencial del derecho: Proporcionalidad en cuanto a los efectos
  - c.2. No debe tratarse de una represalia: racionalidad respecto del objeto

---

<sup>4</sup> Alexy sostiene la tesis de que los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y que los principios son mandatos de optimización, es decir, que los principios sientan un valor que debe ser realizado en forma óptima. (Alexy 2004, p. 13)

Es decir, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. De acuerdo a Alexy, esta definición implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y viceversa y que esta equivalencia significa que los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por optimización de acuerdo a la teoría de los principios. (Alexy 2004, p.38).

<sup>5</sup> Alexy 2004, p.48: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

Herrera y Kachele, al preguntarse si ¿Existe un orden de prelación en la aplicabilidad de estos parámetros? Señala que la doctrina ha postulado la técnica de la aplicación escalonada, la cual consiste en:

1. Examinar si la medida persigue un fin constitucional legítimo,
2. Si es adecuada,
3. Si cumple con los estándares de necesidad y
4. Si se dan los elementos de la proporcionalidad en sentido estricto (Herrera y Kachele 2009, pp 67).

En conclusión, podemos deducir la ponderación en el juicio laboral es esencialmente casuística, el juez deberá examinar el caso en concreto bajo los límites establecidos en los textos legales.

## **IV. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA**

### **1. CRITERIO EN BASE A LOS CUALES EL JUEZ PODRÁ LOGRAR LA CONVICCIÓN DE PLAUSIBILIDAD**

En primer lugar nos interesa analizar un aspecto preliminar que dice relación con el cumplimiento, por parte de los tribunales de justicia, de parámetros mínimos al momento de ponderar la prueba. Al respecto, cabe recordar el concepto de indicio señalado en apartados anteriores, según el cual *el indicio implica una aligeración, reducción o desplazamiento de la carga probatoria* y que el estándar probatorio en materia de derechos fundamentales exige el cumplimiento de ciertos criterios que sirven de base para dar por acreditado el hecho, cuales son: el número de los mismos, su concordancia, plausibilidad y coherencia, de modo que concurriendo estos elementos, corresponderá al demandado acreditar la legitimidad y justificación del acto que se transforma, en principio, en presumiblemente vulneratorio de derechos fundamentales del trabajador. El no cumplimiento de tales parámetros involucra un gran riesgo, cual es, el de convertir a nuestros tribunales laborales en un lugar donde anida el arbitrio judicial.

#### **1.1. EN RELACIÓN A LOS INDICIOS**

A través del análisis de los fallos seleccionados pudimos observar la aplicación por parte de los tribunales de los diversos criterios mencionados, así por ejemplo:

En causa RIT N°: T-306-2010 emanada del 2° Juzgado del Trabajo de Santiago, se observa la aplicación de los siguientes elementos:

a) Concordancia:

En su considerando octavo, el tribunal aplica el criterio de concordancia, en virtud del cual plantea que la actora logra satisfacer la exigencia probatoria, aludiendo a que la prueba documental se encuentra en concordancia con la prueba testimonial:

*“la actora aportó en juicio diversa prueba documental y testimonial que da cuenta del constante hostigamiento de parte del Vicerrector de la Sede Virtual, don Sergio Cardoza, en contra de la actora, en un trato dispensado por éste como superior jerárquico en relación a la actora que satisface la exigencia probatoria anotada.*

*Así, el correo electrónico de fecha 20 de agosto de 2010 enviado por Sergio Cardoza a Cecilia Laborde González, ... da cuenta de la forma en que el señor Cardoza se refería de la actora al comunicarse con sus pares...*

*Esto resulta totalmente concordante con los dichos de los tres testigos de la demandante, que por la concordancia que presentan, la cercanía que refieren de los hechos ...claridad, precisión , espontaneidad y seguridad en el relato, describen que el ambiente laboral cambió sin causa aparente alguna a partir de mayo de 2010 y fue empeorando, provocando que uno de ellos renunciara a la Institución...*

*El mismo criterio utiliza en el considerando décimo a la hora de valorar la prueba con el objeto de determinar si ha habido o no vulneración psíquica de la trabajadora:*

*En su considerando décimo primero, expone:*

*“ Estando acreditados los hechos alegados por la actora en su libelo, es necesario determinar si éstos pueden considerarse como atentatorios al derecho a la vida e integridad física y psíquica de la actora, tal y como lo expone en su demanda. Para esto, se considera efectivamente acreditado que la demandante se encuentra haciendo uso de una licencia médica por un Trastorno Adaptativo Mixto de origen laboral diagnosticado por la Asociación Chilena de Seguridad ...*

*Esto se corrobora con los documentos aportados por la actora consistentes en un certificado de Hospital del Trabajador de fecha 3 de diciembre de 2010, que da cuenta del cuadro clínico que sufre la demandante, ...que han sido determinados como de origen laboral...; certificado emitido por la Clínica Alemana de fecha 6 de septiembre de 2010, ..., que da cuenta que la actora se encuentra en tratamiento por un Trastorno Adaptativo*

*Mixto de origen laboral; documento de resolución médica Isapre Vida Tres de fecha 24 de agosto de 2010, que da cuenta que la licencia solicitada fue rechazada por dicha Isapre por ser de origen laboral; Informe médico del Psiquiatra Dr. Patricio Larraín O ..., que da cuenta de estar tratando a la demandante ... por un Trastorno Adaptativo Mixto, calificado por la ACHS como una Neurosis Laboral...; certificado de atención de urgencia en la Asociación Chilena de Seguridad ..., que da cuenta de la observación en estudio de la enfermedad profesional con reposo; copia de licencia médica 28356438 ...*

*Y, finalmente, todo resulta concordante con los dichos de los testigos de ambas partes que están contestes en señalar que la actora se encuentra con licencia médica desde el mes de agosto de 2010, siendo claros y precisos los testigos de la actora en que dicha licencia sería consecuencia de los malos tratos que había recibido de parte del Sr. Cardoza en los últimos meses y, en particular, de lo ocurrido el mes de agosto del mismo año.”*

b) Coherencia:

El mismo considerando hace aplicación, también, del criterio de coherencia:

*“ Cabe señalar, que estos testimonios, contrarrestados con los dichos de los tres testigos de la demandada, resultan ser más verosímiles por tratarse de relatos coherentes y circunstanciados, dado por su calidad de compañeros de trabajo y desempeñar sus labores en el mismo lugar físico que la actora, en cambio, en el caso de los testigos de la demandada (Ivonne Sepúlveda, Hugo Barriga y Alejandra Muñoz), todos señalaron al Tribunal que trabajaban en el edificio de “al frente”, por lo que resulta plausible que no conozcan los hechos de acoso laboral alegados de una forma tan directa y precisa como los primeros, teniendo en consideración, además, que el Sr. Barriga también se encuentra vinculado con los malos tratos según dichos de los testigos de la demandante y de ella misma. “*

c) Plausibilidad: Por otro lado en causa RIT T-2-2009 del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, desestima la demanda por carecer de postulados fácticos, recordemos al respecto que uno de los criterios básicos en materia indiciaria, esto es, que los hechos de cada indicio se encuentren acreditados fehacientemente. En el caso particular, la demanda

carecería de proposiciones fácticas suficientes, debido a que el relato estaría desprovisto de antecedentes necesarios que la hagan sustentable

*“El relato fáctico de la demanda en este acápite es precario e insuficiente. Se señala genéricamente un hecho; a saber, haber sido el trabajador objeto de unas acusaciones reiteradas en orden a ser consumidor de drogas y tener contacto con quienes la comercializan, pero la aseveración está absolutamente desprovista de circunstancias esenciales indispensables, tales como, quién es el agente de las amenazas, cuándo se producen, dónde, en qué contexto o situación específica (no es irrelevante si se ejecutan en un contexto distendido, o en el marco de una reprimenda empresarial, etc), el contenido específico de las imputaciones (cuestión no menor, si se considera que uno de los testigos de la propia demandante señala de manera igualmente vagos los hechos, y se refiere a que las menciones por al tema eran “como broma”), las que -como es preciso adelantar- no han quedado determinadas en el proceso.*

*Lo expuesto es razón suficiente para desestimar la acción en este punto, por carecer, ab initio, de proposiciones fácticas suficientes y, a consecuencia de ello, descartar la pretensión indemnizatoria que pretende resarcir daños por la afectación psíquica que el hecho habría ocasionado en el trabajador.*

*Con todo, se emitirá pronunciamiento acerca de cómo la insuficiencia de los postulados fácticos de la demanda se replica en la prueba aportada por la parte demandante, incumpléndose, a mayor abundamiento el **estándar de indicios** que exige la ley.”*

Como vemos, no es suficiente con la mera alegación de vulneración de algunos de sus derechos fundamentales, es necesario que la demandante aporte antecedentes fácticos de los que resulte una presunción o apariencia de vulneración. Sólo cuando el o los indicios están probados y de los mismos se deduzca la probabilidad de vulneración, entrará en juego la inversión de la carga de la prueba.

Por otro lado, cabe hacer presente, que además de la falta de coherencia y plausibilidad, el tribunal enfatiza la falta de precisión en la descripción que de los hechos.

d) En causa RIT N°: T-57-2009, emanada del 1° Juzgado del Trabajo de Santiago se aplican los siguientes parámetros:

i. Número: Como se ha señalado anteriormente, la ley habla de dos o más. Sin embargo, la doctrina ha señalado que, aunque la ley hable de una pluralidad de indicios, ello no excluye que se considere un indicio como suficiente, cuando su calidad y precisión probatoria lo amerite, sin perjuicio de lo señalado, el tribunal da declara que el actor ha sido objeto de represalias, atendido una multiplicidad de indicios:

- La demandada tomó una serie de medidas de persecución como dejar constancias ante la Inspección del Trabajo.
- El cambio del lugar donde prestaba servicios desde Lampa a Cerro Navia lo que implicaba un costo por viaje de \$1.080.
- El absolvente por la demandada reconoce que la medida anterior implica menoscabo.
- La decisión de traslado fue tomada por la demandada tras la denuncia efectuada por el actor.

ii. Coherencia: El razonamiento del tribunal aplica también el criterio de la coherencia, así por ejemplo, en el considerando decimonoveno podemos observar, que el tribunal a partir de una serie de hechos de la causa y hechos probados, infiere de manera racional y lógica que el motivo de la discriminación ha sido la edad:

Considerando decimonoveno. Han quedado como hechos de la causa:

- Que el actor tiene 72 años de edad.
- Que desempeñaba las funciones de guardia de seguridad.

Que se tuvo como hecho probado:

- Que los señores Elías Díaz Rozas y Mario Hugo Loyola Pangué percibieron en el mismo período de tiempo (enero a octubre de 2009) remuneraciones superiores a la recibida por el actor en el ítem bonos, movilización y colación,

- Que las personas referidas son menores que el actor.

*“En relación a este punto la demandante no ha justificado la medida adoptada en relación a pagar al actor una cifra menor por bonos, movilización y colación, si bien la parte demandada ha justificado aquello en que el actor vive cerca del lugar de trabajo, este aspecto se podría considerar pertinente en el caso de la movilización no así en el caso de la colación y bonos por lo tanto **no resulta lógico** aplicar el mismo criterio a los otros ítems de la remuneración.”*

## **1.2. EN RELACIÓN A LA PRUEBA LIBERATORIA**

En causa RIT T-57-2009, emanada del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en el considerando décimo noveno antes citado muestra la inversión de la carga de la prueba, una vez que el tribunal de por acreditado una serie de indicios, trasladando al demandado la obligación de entregar el fundamento de las medidas adoptadas y su plausibilidad, al respecto concluye que el derecho se ha visto vulnerado sin justificación suficiente, respondiendo incluso a una represalia.

### a) Criterio de “Idoneidad”

Considerando décimo noveno *“En relación a este punto la demandante no ha justificado la medida adoptada en relación a pagar al actor una cifra menor por bonos, movilización y colación, si bien la parte demandada ha justificado aquello en que el actor vive cerca del lugar de trabajo, este aspecto se podría considerar pertinente en el caso de la movilización no así en el caso de la colación y bonos por lo tanto no resulta lógico aplicar el mismo criterio a los otros ítems de la remuneración... en este sentido ha quedado establecido que el motivo de discriminación ha sido la edad, que la consecuencia para el actor ha sido percibir un monto inferior de remuneración que otros trabajadores que prestan las mismas funciones sin que la demandada haya justificado razonablemente las referidas diferencias”.*

Cómo podemos observar, la empresa fundamentó la medida adoptada señalando que ésta pretende equiparar las ventajas comparativas del trabajador en razón a su mayor proximidad a su lugar de trabajo, sin embargo, tal como lo establece el tribunal, ello podría resultar idóneo respecto del concepto de movilización, no así respecto de los demás conceptos remuneracionales y no remuneracionales, que en caso alguno se ven afectados por dicha variable (proximidad).

b) Proporcionalidad estricta: Considerando vigésimo

Respecto a la racionalidad exigida respecto del objeto, el tribunal estima que las medidas contempladas en el considerando vigésimo constituyen represalias (proporcionalidad en sentido estricto) por parte del empleador en virtud de la denuncia efectuada por el actor ante la Dirección del Trabajo. Llega a esta conclusión principalmente en virtud de la afectación o menoscabo objetivo (mayor valor del traslado de acuerdo a tarifa informada por Ministerio del Transporte y Telecomunicaciones) y subjetivo (reconocimiento por la parte absolvente del menoscabo que significaba dicha medida), por una medida que en caso alguno fue fundamentada por la parte demandada (falta de equilibrio entre objeto y fin perseguido:

Considerando vigésimo *“Que la demandante ha manifestado que tras realizarse la denuncia con fecha 09 de septiembre de 2009 ante la Inspección del Trabajo, la demandada toma una serie de medidas de persecución como dejar constancias ante la Inspección del Trabajo – las que han quedado acreditadas en este juicio- y el cambio del lugar donde prestaba servicios desde Lampa a Cerro Navia lo que implicaba un costo por viaje de \$1.080, cabe tener en cuenta que el absolvente por la demandada reconoce menoscabo para el actor, al respecto la demandada no justificó de modo alguno la medida adoptada, ... sólo queda por concluir que el traslado del lugar donde presta servicios es una medida que le produce menoscabo ya que implica un mayor costo de traslado que no se ve compensado, así siendo una decisión que tomó la demandada tras la denuncia efectuada por el actor se puede señalar que tiene los elementos propios de una represalia por parte del empleador”*.

## 2. EN MATERIA DE INDICIOS

De acuerdo a las sentencias revisadas, se puede considerar como datos indiciarios más frecuentemente utilizados:

a) La temporalidad: Es decir, la correlación temporal entre el ejercicio de un derecho por parte del trabajador y la adopción de una medida que resulta vulneratoria de alguno de sus derechos por parte de la empresa, así por ejemplo, la participación como testigo en juicio, o en la constitución de una organización sindical, como así también la interposición de una denuncia ante la Inspección del Trabajo y el despido, la discriminación o cualquier otra medida que adopte el empleador a modo de represalias.

Así, por ejemplo, en causa RIT N° 13-2009 del Tribunal de Letras del Trabajo de La Serena, en su considerando 8° , el tribunal resuelve que constituye indicio suficiente, la proximidad temporal entre la participación del trabajador afectado como testigo en juicio en contra de su empleador y su posterior despido, ello por estar dicho indicio revestido de la gravedad necesaria:

Considerando 8°: *“Claramente pues, se ha acreditado el indicio de la correlación temporal entre la participación de la actora en el juicio y su despido.*

*No obstante de tratarse del único indicio establecido en la causa, estima esta juez que se encuentra revestido de la gravedad necesaria para estimar que el despido de la trabajadora pudo deberse a una represalia de su empleador, a menos que la prueba rendida por ésta sea suficiente para justificar su decisión”.*

En esta misma línea, se pronuncia el de Letras del Trabajo de Temuco, en causa RIT T-8-2010, del Juzgado, el cual en su considerando 9°, determina como indicio la cercanía

temporal entre la fiscalización efectuada por la Inspección del Trabajo y el despido efectuado por el empleador.

Considerando nueve: *“Que otro indicio es la temporalidad que media entre la fecha de la fiscalización realizada por la Inspección del Trabajo y la citación a mediación, y la fecha del despido de 19 de enero de 2010, al día siguiente de volver al trabajo después de una licencia médica, donde transcurren 14 días.*

*Que unidos y ponderados ambos indicios conforme a las reglas de la sana crítica, resulta meridianamente claro que la terminación del contrato de trabajo de la actora, es el resultado de la interposición de la denuncia ante la Inspección del Trabajo”.*

Estos mismos argumentos se observan en diversas resoluciones tales como: considerando 9° causa RIT T-70-2010, del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago; considerando 10°, causa RIT T-13-2010, del Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique; considerando 13° causa RIT T-4-2008, del Juzgado de Letras Trabajo de Iquique .

a.1. En algunos casos, el indicio de correlación temporal, exige también otro indicio, cual es, el hecho que el empleador este en conocimiento del ejercicio del derecho por parte del empleador, así por ejemplo el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago en causa RIT T-70-2010:

Considerando 9°: *“Cabe tener presente, asimismo, el hecho que ambas denuncias hayan sido conocidas por el empleador, lo que se desprende del hecho que no consta que estas hayan sido solicitadas en forma anónima, ya que en ambas se requirió información precisamente del demandante, teniendo como consecuencias para la empresa demandada en ambos casos, el hecho que se le hayan cursado multas, no teniendo noticia del estado de las mismas, atendido que la demandada permaneció en rebeldía durante todo el proceso”.*

b) Otro de los indicios recogido por nuestros tribunales de justicia es la ausencia de justificación empresarial, especialmente cuando ésta no logra acreditar la causal invocada en el despido. Así, por ejemplo, el, considerando 7° causa RIT T-3-2010, Juzgado de Letras

del Trabajo de San Miguel, resuelve que constituye indicio el hecho que la demandada no acreditara y tampoco hiciera el esfuerzo de acreditar en el proceso dichos hechos:

Considerando 7º: *“En hecho conocido en la especie, es la efectividad de que el actor en conjunto con otros trabajadores, quienes comparecen en el proceso en calidad de testigos don Orlando López y don Samuel Acosta, concurrieron ante la Inspección del Trabajo con fecha 20 de octubre de 2009 a denunciar informalidad laboral, posteriormente en informe de fecha 29 de octubre de 2009 fueron calificadas las irregularidades observadas de graves en un caso y, gravísimas en otro caso, infracciones que consistieron en no escrituración de contrato, no presentar libro de asistencia, no proporcionar los elementos necesarios de seguridad, higiene en el trabajo, motivo por el cual se le cursó a la demandada una multa ascendente a un total de 24 UTM., proceso que culminó al día siguiente con el despido-reconocido ante la Inspección del Trabajo por la demandada- “por falta de probidad”, cuestión que tampoco la demandada hizo un intento alguno de acreditar en el proceso, todo lo cual conduce a razonar que dicho despido obedeció a una represalia del empleador por la denuncia efectuada por los trabajadores señalados, con lo cual se concluye que se ha producido la vulneración que da cuenta la presente causa. Constando, tratándose de dos situaciones que se han producido en forma coetánea”.*

En esta misma línea el Segundo Tribunal de Letras del Trabajo de Santiago en causa RIT T-2-2009, considerando 6º. Las partes alegan en virtud de un mismo hecho una connotación diferente, para el trabajador plantea que este constituye una represalia por parte de su empleador y el demandado señala que éste constituye una infracción grave al contrato de trabajo, por lo tanto, lo relevante para poder discernir es la actividad probatoria por la parte empleadora:

*“Como se anticipa en el cuestionamiento que encabeza la motivación precedente, la particularidad del caso en este extremo dice relación con un hecho que -según la teoría legal de cada cual- constituye una infracción grave del contrato de trabajo, para uno y una represalia patronal por un reclamo, para el otro.*

*Para determinar si se está frente a un caso de incumplimiento grave, debe analizarse la actividad probatoria, especialmente la del demandado en relación con la existencia del ilícito contractual que se alega y la entidad que le atribuye”.*

c) Otro de los indicios utilizado por los tribunales ha sido la comparación: al respecto cabe citar la causa RIT T-57-2009, emanada del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en la cual se aplica dicho parámetro, para invertir la carga de la prueba atendiendo a las diferencias salariales respecto de otros trabajadores de la empresa con igual función, jornada etc.. La resolución en su considerando décimo noveno, da por establecidos los siguientes hechos:

a) Que el actor tiene 72 años de edad y que desempeñaba funciones de guardia de seguridad.

b) Que otros trabajadores de la empresa (Elías Díaz Rozas y Mario Hugo Loyola Pangué) percibieron en el período enero a octubre de 2009, remuneraciones superiores a la recibida por el actor en los ítems bonos, movilización y colación.

c) Que las personas referidas son menores que el actor.

d) En relación a este punto la demandante no ha justificado la medida adoptada en relación a pagar al actor una cifra menor por bonos, movilización y colación.

De acuerdo al razonamiento del tribunal, si bien la demandada entregó argumentos que pueden ser considerados pertinentes por concepto de movilización, cual es, el vivir cerca del lugar de trabajo, no resulta pertinente aplicar el mismo criterio a los otros dos conceptos remuneracionales.

Como vemos, una adecuada protección de los derechos fundamentales exige a la parte empleadora probar, no siendo suficiente el mero intento, pues debe lograr la convicción de que el despido fue ajeno a todo propósito vulneratorio.

## V. RESULTADOS Y CONCLUSIÓN

1. Respecto del concepto *indicios probatorios*, se observan en la doctrina nacional ciertas discrepancias, autores como Caamaño y Palavecino vinculan los indicios probatorios con las cargas dinámicas de la prueba. Por otro lado, Naudón y Ugarte lo vinculan a una alteración de la carga de la prueba, otros autores lo relacionan con una matización (Walter y Lanatta), un aligeramiento (Ugarte) o una prueba aliviada (Gamonal).
2. Algunos fallos analizados, hacen referencia expresa al concepto de indicio probatorio como una prueba aliviada. Aludiendo a la que a su juicio constituye la doctrina mayoritaria, según la cual los indicios probatorios no se tratarían de una inversión de la carga de la prueba, sino que sólo aliviar la posición del trabajador exigiéndole un principio de prueba por el cual acredite indicios de conducta lesiva. (Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, causa RIT N°: T-57-2009).
3. Según la doctrina mayoritaria, el art. 493 del código del trabajo, no establece una auténtica inversión de la carga de la prueba, sino una modulación de la regla general contenida en el artículo 1698 del código civil, ello porque al demandante le corresponde la carga de realizar alguna actividad probatoria, lo que deriva en una distribución de la carga de la prueba entre los litigantes diferente a la derivada de la estricta aplicación del art. 1698 del código civil.
4. El sistema de prueba contemplado en el artículo 493 del código del trabajo, establece dos elementos, cuales son, indicios suficientes y prueba liberatoria.
5. El indicio, es un aligeramiento probatorio, entendido esto como la presunción no plena de la existencia de un hecho que vulneró un derecho fundamental y para destruirla, el demandado deberá probar plenamente.

6. La prueba liberatoria es aquella que va encaminada a probar la concurrencia de una motivación real para su conducta capaz de destruir aquella apariencia o duda que el trabajador ha generado en el juzgador.
7. Los indicios probatorios son 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 su actuación.
8. Tanto implícita como explícitamente, la jurisprudencia analizada, recoge dicho criterio de estándar probatorio: “La cuestión sobre el estándar mínimo que ha de tener una acción de tutela para provocar en el proceso el desplazamiento de la carga probatoria hacia el empleador, descansa sobre presupuestos o exigencias procesales que debe cumplir el denunciante:
  - a) la formulación suficiente de un relato de hecho, debidamente circunstanciado introducido al proceso en la demanda.
  - b) la aportación de indicios probatorios suficientes para generar en el juzgador una convicción en orden a la posibilidad y verosimilitud de la existencia del hecho vulneratorio de derechos fundamentales. (Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en causa RIT: T-2-2009)
9. Entendemos por estándar probatorio el grado de convicción que hay que dar por verificado para considerar probado un hecho en un momento procesal determinado.
10. El establecimiento de un estándar de prueba debe hacer referencia a dos aspectos fundamentales: el grado de probabilidad o certeza que requiere para dar por probado un hecho y la formulación objetiva del estándar.
11. Mientras más altos son los estándares exigidos, mayor es el estado de vulnerabilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores, por lo tanto, la valoración del indicio laboral debe ser más exigente en la hipótesis que lo da por no probado que con la que lo acredita como factible.

12. Los criterios o parámetros doctrinalmente sistematizados en materia de indicios, que deben considerarse al momento de valorar o desestimar la prueba rendida son: número, concordancia, plausibilidad, coherencia. Sólo un sistema que considere estos parámetros dará la debida eficacia al sistema de prueba indiciaria.
13. La jurisprudencia seleccionada, recoge ampliamente los criterios o parámetros postulados por la doctrina en materia de indicios probatorios. Los indicios más frecuentemente utilizados en la muestra jurisprudencial, dicen relación con: correlación temporal, ausencia de justificación empresarial y la comparación.
14. Según la doctrina mayoritaria, para valorar la prueba liberatoria, el juez deberá recurrir al principio de proporcionalidad, desarrollado por Robert Alexy, y que se sustenta sobre la base de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.
15. La ponderación en el juicio laboral es esencialmente casuística, el juez deberá examinar el caso concreto bajo los límites establecidos en los textos legales.
16. En materia de prueba liberatoria, la jurisprudencia analizada recoge el principio de ponderación de la prueba: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.
17. Existe consenso en la doctrina en torno a que en materia laboral no se puede hablar de cautela efectiva de los derechos fundamentales, sin un modelo de prueba indiciaria, atendida la relación desigual que se observa al interior de la empresa, sin embargo, independientemente del concepto y los requisitos que se puedan establecer a la prueba indiciaria, son de vital importancia los estándares exigidos por los tribunales de justicia, ya que mientras más altos son los estándares exigidos, mayor es el estado de vulnerabilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores.

18. La misma opinión se lee en algunos de los fallos seleccionados, en el siguiente tenor:

La “técnica de los indicios” que contempla el nuevo procedimiento laboral tiene su fundamento en que generalmente las conductas lesivas de derechos fundamentales suelen encubrirse con conductas aparentemente lícitas, y en la dificultad del trabajador, especialmente una vez terminado el contrato de trabajo, de acceder a la prueba necesaria, que generalmente se encuentra al interior de la empresa. (Tribunal de Letras del Trabajo de la Serena, causa RIT 13-2009)

## VI. REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

### Libros

- COUTURE, Eduardo (1979): *Estudios de Derecho Procesal Civil t. II*, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- COUTURE, Eduardo (1978): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires.
- GAMONAL, Sergio (2008): *El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales*. Legal Publishing, Santiago.
- FERNÁNDEZ Mercedes (2006), *La carga de la prueba en la práctica Judicial Civil*, Editorial La Ley, Madrid.
- MANEIRO, Yolanda (2007), *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Netbiblio, La Coruña.
- MELIS, Christian (2009). *Los Derechos Fundamentales De Los Trabajadores Como Límites A Los Poderes Empresariales*. Legal Publishing, Santiago.
- TARUFFO, Michele (2009), *La prueba, Artículos y Conferencias*, Editorial Metropolitana, Santiago.
- UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS (2007). *El Nuevo Derecho del Trabajo*, Legal Publishing, primera edición, Santiago.
- WALTER, Rodolfo, LANATA, Gabriela (2009). *Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno*, Legal Publishing, Sexta Edición, Santiago

### Artículos:

- CAAMAÑO, Eduardo (2006). “La Tutela Jurisdiccional De La Libertad Sindical”. En *Revista de Derecho* Vol. XIX N°1, pp.77-104.
- CAAMAÑO, Eduardo (2007): “El procedimiento de tutela: una innovación en sentido correcto. La carga de la prueba en el procedimiento de tutela laboral”. En: *La Semana Jurídica*. N° 335, Santiago,p.2
- CAMAÑO, Eduardo (2006): “Eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la dirección del trabajo”, En: *Revista de*

- Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVII, Semestre I, 2006 p.12
- FLORES, Álvaro (2005). “La Reforma A La Justicia Del Trabajo”. En *Revista de Estudios de la Justicia* N° 6, pp.149-159.
- MARZI, Daniela (2010). “¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la Reforma Laboral”. En “*Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile* N°6, p.
- PALAVECINO, Claudio (2007). “Procedimiento de tutela laboral ¿El fin justifica los medios?” En: *La Semana Jurídica*. N° 333, p. 2.
- PALAVECINO, Claudio (2007). “Procedimiento de tutela laboral y debido proceso”. En: *La Semana Jurídica*. N° 336, p. 2.
- PALAVECINO, Claudio (2008). “La carga de la prueba en el procedimiento de tutela laboral”. En: *La Semana Jurídica*. N° 380, p. 2.
- PALAVECINO, Claudio (2008). “Sobre la naturaleza del procedimiento de tutela laboral”. En *La Semana Jurídica* N° 382 , P.6
- PALAVECINO, Claudio (2009).: “El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno”, En *Revista Laboral Chilena*, N°173, pp. 73-85
- PULGAR, Carlos (2006). “¿Existe un Derecho Procesal del Trabajo?” En: *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*. N° 2005, P 1-8.
- UGARTE, José Luis (2007). “La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: de Erizo a Zorro”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 20 N°2, 49-67.
- UGARTE, José Luis (2009). Tutela de derechos fundamentales del trabajador. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° XXXIII. pp. 215 – 228.
- UGARTE José Luis (2008). ” La Constitucionalización Del Derecho Del Trabajo: La Tutela De Derechos Fundamentales”. En *Revista Latinoamericana de Derecho Social* Núm. 7, julio-diciembre de 2008, pp. 260.

## Documentos.

CHILE, Historia fidedigna de la ley 20.087 pag. 12. En BCN <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20087/HL20087.pdf> Fecha última consulta: 27 de julio 2007.

GAZMURI, Consuelo, 2007. “El fortalecimiento de la libertad sindical en la ley 20.087. pp. 6-12 En Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo Año XIX N°207 abril 2006.

GROIA, Adrián Gustavo (2003). “Cargas Probatorias dinámicas”, Rosario, 2003, disponible en: <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC047577.pdf>. Fecha última consulta 27 de julio de 2011.

HERRERA, Juan Pablo; KACHELE, Valeria (2009). “Proyecto De Investigación Jurídica. Visión Independiente Del Procedimiento De Tutela De Los Derechos Laborales. Valdivia, 2009, en : [www.monografias.com/...laboral.../monografia-derecho-laboral-chileno.pdf](http://www.monografias.com/...laboral.../monografia-derecho-laboral-chileno.pdf), fecha última consulta 12 de septiembre de 2011.

PODER JUDICIAL, Academia Judicial (2008). “Manual de Juicio del Trabajo”. 1ª edición, Santiago, septiembre 2008. Disponible en: [http://www.academiajudicial.cl/docs/00\\_MANUAL\\_ACADEMIA.pdf](http://www.academiajudicial.cl/docs/00_MANUAL_ACADEMIA.pdf) . Fecha última consulta: 17 de abril de 2011.

PODER JUDICIAL, Corte Suprema(2007)., Corporación Administrativa Del Poder Judicial. “Manual de Estudio Juzgados de Letras del Trabajo”. Santiago, 2007. Disponible en: [http://www.poderjudicial.cl/PDF/LeyTransparencia/concursos/Manual\\_de\\_estudio\\_habilitante\\_Juzgados\\_de\\_Letras\\_de\\_Trabajo.pdf](http://www.poderjudicial.cl/PDF/LeyTransparencia/concursos/Manual_de_estudio_habilitante_Juzgados_de_Letras_de_Trabajo.pdf) . Fecha última consulta: 17 de abril de 2011

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, sala segunda, Sentencia N°38, 23 de noviembre de 1981.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL , Sala Primera. Sentencia 17/2003, de 30 de enero de 2003)

## Documentos Electrónicos:

ARANGUIZ, Zúñiga (2002). “Nuevas tecnologías y la actividad judicial. La prueba de la relación laboral y el teletrabajo”. En: Seminario de relaciones laborales y tecnologías de la información. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10651/10927>.

Fecha última consulta: 27 de julio de 2007.

CORTE SUPREMA (2010), Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación. “Análisis crítico De la Nueva Justicia Laboral”. Informe 26-2010.. *En Poder Judicial* . Disponible en: [http://www.poderjudicial.cl/PDF/ATUsuarios/BibliotecaCorte/INFORME\\_26-2010.pdf](http://www.poderjudicial.cl/PDF/ATUsuarios/BibliotecaCorte/INFORME_26-2010.pdf) . Fecha última consulta: 17 de abril de 2011.

JARA, Francisco (2010). “La facilidad probatoria en el procedimiento de tutela laboral chileno y su constitucionalidad”. En *I Congreso Nacional Estudiantil De Derecho Del Trabajo*. Disponible en <http://www.wix.com/congresodeltrabajo/congreso-2>. Fecha última consulta: 17 de abril de 2011.

LAPOSTOL, Diego y AGUIRRE, Tomas (2010). “La prueba indiciaria, en el nuevo procedimiento de tutela laboral”. En *I Congreso Nacional Estudiantil De Derecho Del Trabajo*. Disponible en <http://www.wix.com/congresodeltrabajo/congreso-2>. Fecha última consulta: 17 de abril de 2011.

LOUSADA , José Fernando (2007?) La Prueba De La Discriminación Y Del Acoso Sexual Y Moral En El Proceso Laboral, Vigo. En: [webs.uvigo.es/pmayobre/pop/archi/profesorado/teresa\\_conde/prueba.doc](http://webs.uvigo.es/pmayobre/pop/archi/profesorado/teresa_conde/prueba.doc)  
Fecha última consulta: 27/07/2011.

MARZI, Daniela (2010). “Los Derechos Fundamentales En El Trabajo: El Nuevo Deber Del Juez Laboral Ante La Democracia”. En *I Congreso Nacional Estudiantil De Derecho Del Trabajo*. Disponible en

<http://www.wix.com/congresodeltrabajo/congreso-2>. Fecha última consulta: 17 de abril de 2011.

MARZI, Daniela (2010). “Informe de la Reforma procesal laboral en Chile, para el Centro de estudios de justicia de la América” En CEJA, 2010. Disponible en [http://www.cejamerica.org/doc/informes/informe\\_finallaboral\\_rev.pdf](http://www.cejamerica.org/doc/informes/informe_finallaboral_rev.pdf) . Fecha última consulta: 17 de abril de 2011.