

ESTUDIOS

Facilitación probatoria en el procedimiento de tutela laboral

Probationary facilitation in the labour guardianship procedure

Fernando Pino Henríquez

Abogado, Chile

RESUMEN La llamada prueba de indicios, contenida en el artículo 493 del Código del Trabajo, es una regla establecida con la finalidad de facilitar el esfuerzo probatorio de la parte denunciante. Sin embargo, existe controversia en cuanto a la forma en que la regla debe operar. Así, hay quienes señalan que estaríamos frente a una alteración a la carga de la prueba, cargas probatorias dinámicas o, incluso, un estándar de prueba diferenciado. En el presente estudio, se expondrán razones para descartar tales ideas y situar a la prueba indiciaria como una presunción.

PALABRAS CLAVE Tutela laboral, presunciones, carga de la prueba, estándar de prueba, prueba indiciaria.

ABSTRACT The so-called evidence of signs, contained in article 493 of the Labor Code, is a rule established with the purpose of facilitating the probative effort of the complaining party. However, there is controversy as how this rule should operate. There are those who point out that we would be faced with an alteration in the burden of proof, dynamic evidentiary burdens or, even, a differentiated standard of proof. In the present study, we will explain the reasons for discarding such ideas and placing the circumstantial evidence as a presumption.

KEYWORDS Labor protection, presumptions, burden of proof, standard of proof, circumstantial evidence.

Introducción

A partir de la Ley 20.087, se introdujo un procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores. En este contexto, una de las cuestiones que

ha suscitado especial interés es la regla contenida en el artículo 493 del Código del Trabajo,¹ usualmente conocida como prueba de indicios o prueba indiciaria.

En este aspecto, no existe realmente uniformidad en la forma de aplicar esta regla. Por una parte, hay quienes sostienen que esta regla alteraría la carga de la prueba a favor del denunciante; es decir, que sería el denunciado quien debe realizar el esfuerzo procesal para evitar la asignación de consecuencias adversas ante la indeterminación del hecho objeto del juicio, más allá que esta doctrina reconoce que el denunciante sí debe aportar elementos de juicio. Tal interpretación ha sido criticada en torno a la defensa del debido proceso, en el sentido que ello provocaría indefensión del denunciado. Por otra parte, también se sostiene que la regla en estudio importaría el establecimiento de un estándar de prueba diferenciado (Gamonal, 2008: 78); es decir, un estándar de prueba disminuido a favor del denunciante de la vulneración.

A nuestro juicio, la norma del artículo 493 del Código del Trabajo no se corresponde ni con una regla de alteración de la carga de la prueba ni tampoco a un estándar probatorio disminuido. Sin embargo, compartimos la idea que esta institución se encuentra especialmente diseñada para aliviar la prueba del denunciante y ese será nuestro punto de partida. En tal sentido, existen diversas razones que justifican la existencia de este alivio probatorio como pueden ser: i) la situación de desigualdad que deriva del trabajo subordinado y sus consecuencias procesales (González Ortega, 2012: 30; Jara Bustos, 2010: 154; Planet Sepúlveda, 2010: 94); ii) el carácter intrínsecamente axiológico de los derechos fundamentales, lo que hace todo menos obvia su identificación y determinación (Mazzarese, 2003: 697-708); iii) el carácter polimórfico de las conductas vulneratorias; y iv) la aparente legalidad que suelen cubrir estas conductas (Lousada Arochena, 2016: 20).

Nuestra discrepancia con las interpretaciones planteadas, que abordaremos con cierta profundidad en forma posterior, pasa por un distinto entendimiento de las instituciones procesales que fundan la norma. Así, en primer lugar, nos centraremos en establecer un marco común de discusión en torno a las siguientes instituciones: i) los indicios y su relación con la prueba indiciaria; ii) las aparentes diferencias funcionales entre prueba directa e indirecta; iii) presunciones y su estructura de razonamiento; iv) carga de la prueba y cargas dinámicas; y v) estándar de prueba. En segundo lugar, expondremos brevemente las distintas interpretaciones presentes en la materia, así como realizar las críticas pertinentes. Finalmente, expondremos las razones que permiten entender al artículo 493 del Código del Trabajo como una presunción, su funcionamiento y las consecuencias que de esta interpretación se derivan.

1. El artículo 493 del Código del Trabajo establece: «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».

Algunas consideraciones sobre la prueba judicial

Como ya hemos señalado, la regla del artículo 493 del Código del Trabajo ha dado lugar a interpretaciones diversas, tanto así que abarcan la mayoría de los mecanismos de facilitación probatoria.² Es por ello que en esta sección nos ocuparemos de desarrollar ciertos elementos que, a nuestro juicio, se encuentran fuertemente ligados a la llamada prueba de indicios. Tales elementos nos serán de utilidad no solo para analizar las diversas interpretaciones en la materia, sino que nos permitirán sentar las bases para entenderla como una presunción.

Los indicios y su relación con la prueba indiciaria

Por una parte, siguiendo a Michele Taruffo, los indicios son «cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar» (Taruffo, 2005a: 480; en sentido similar Donaires Sánchez, 2007: 117; y Rosas Yataco, 2004: 291). En tal sentido, debemos entender a los indicios como fuente de presunciones, pues es a partir de estos que será posible obtener las conclusiones necesarias para aplicar el razonamiento presuntivo (Leguisamón, 2006: 81).³

Por otra parte, cuando nos referimos a prueba indiciaria, presunciones, prueba de indicios, prueba circunstancial, etc.; nos estamos refiriendo a lo mismo, a prueba indirecta (Leguisamón, 2006: 45-46). Dicho esto, no debemos confundir a los indicios con las presunciones, puesto que los indicios son el presupuesto lógico de la presunción; mientras que la presunción es el resultado de un raciocinio que permite establecer la ocurrencia de otro hecho (Leguisamón, 2006: 69).

Entonces, si los indicios son hechos y fuente de presunciones, y las presunciones se identifican con la prueba indirecta: ¿qué es la prueba indirecta? Para responder tal pregunta seguiremos a Carlos de Miranda, quien sostiene que habrían al menos tres lecturas al respecto: i) la prueba sería indirecta cuando no se produce contacto directo entre el juez y la realidad, sino que alguien (o algo) se interpone entre el juzgador y el *factoprobandum*; ii) la prueba indirecta es aquella que no tiene por objeto un hecho

2. Así, por ejemplo, Iván Hunter menciona como mecanismos de facilitación probatoria, que pueden consagrarse por vía normativa, los siguientes: i) presunciones legales; ii) factibilidad heurística de las normas jurídicas; iii) las verdades interinas o presunciones aparentes; y iv) la modificación a la carga de la prueba (Hunter Ampuero, 2015: 223). Además de lo anterior, deberíamos agregar el establecimiento normativo de la distribución de errores en la decisión judicial, es decir, los estándares de prueba.

3. Respecto a la naturaleza de los indicios, Héctor Leguisamón analiza si estos se tratan de: i) objeto de prueba; ii) argumentos de prueba; iii) fuentes de deducción; iv) medios de prueba; o v) fuentes de presunciones. Decantándose finalmente por la última alternativa (en profundidad, Leguisamón, 2006: 73-81).

que forma parte del supuesto de hecho de la norma en disputa, sino que busca probar un hecho secundario; iii) la prueba indirecta es aquella en que la información que se proporciona al juez no guarda un vínculo directo con el hecho, pero que permite establecer un vínculo racional asociativo con él (Miranda Vázquez, 2015: 76-79).

Respecto a estas lecturas hay algunas cosas que vale la pena mencionar. En primer lugar, poner el acento en la percepción del juez resulta vago y poco atendible. Es vago pues se basa en algo tan genérico e indescifrable como la percepción del juez, y es poco atendible en tanto no sería cierto que el juez tenga una percepción directa sobre hechos ocurridos en el pasado (Taruffo, 2005a: 454). En segundo lugar, resulta insuficiente afirmar que la prueba indirecta es aquella que no tiene por objeto el hecho que forma parte de la controversia; pues ello no explica los criterios que permiten a la prueba indirecta formar parte del conjunto de elementos de juicio, ya que no hace referencia a algún grado de correlación significativo. Finalmente, nos parece adecuada la tercera lectura planteada, toda vez la prueba será indirecta en la medida que ofrezca elementos de confirmación de la hipótesis sobre el hecho a probar y que tal confirmación es alcanzada mediante un paso lógico de un hecho a otro (Taruffo, 2005a: 256).

Prueba directa versus prueba indirecta

Tradicionalmente, se ha sostenido que la prueba directa es superior a la prueba indirecta, relegándola a un papel secundario. En esta línea, podría decirse que, ante la existencia de prueba directa sobre un hecho, no debería admitirse prueba indirecta (Miranda Vázquez, 2015: 74). A pesar que no existe un cuerpo doctrinario que sistematice tal idea, no por ello dejan de ser habituales las diferencias a la hora de tratar a la prueba directa e indirecta. En este apartado presentaremos los principales postulados de la doctrina de la hipoevaluación de la prueba indiciaria (DHPI) así como las razones contra la diferenciación.

La DHPI plantea que la prueba directa es superior, puesto que tiene mayor fuerza de convicción e inspira más confianza que la prueba indiciaria. Ello se sustenta en que la prueba directa se presentaría de inmediato al juez, no siendo necesario razonar sobre ella (Miranda Vázquez, 2015: 80). La inmediatez aquí es especialmente relevante, puesto que, al no mediar razonamiento, no habría riesgo de incurrir en errores lógicos; con la prueba indirecta ocurriría lo contrario, ya que al ser estrictamente racional, sería inevitable la posibilidad de adoptar decisiones erróneas (Miranda Vázquez, 2015: 80). Entonces, si la prueba directa es superior, sería correcto afirmar que en caso de existir prueba directa no sería necesaria la prueba indirecta; ya que esta solo debería ser utilizada en forma subsidiaria. En tal sentido, José Luis Ugarte ha señalado que la prueba indiciaria del artículo 493 del Código del Trabajo no sería necesaria cuando el trabajador haya podido probar directamente (Ugarte Cataldo,

2009: 222). Incluso, señala Miranda, hay quienes sostienen que para usar prueba indiciaria debería probarse que no se está en posición de utilizar la prueba directa; en este caso, la prueba de tal hecho solo podría ser directa (Miranda Vázquez, 2015: 81). Finalmente, a propósito de la motivación de la decisión, los partidarios de la DHPI sostienen que la prueba indirecta debe ser fundada con mayor precisión que si se tratase de prueba directa (Miranda Vázquez, 2015: 81-82); lo que supondría una suerte de presunción de veracidad sobre este tipo de prueba.

A partir de tales argumentos, solo podríamos concluir en la exclusión de la prueba indirecta. Sin embargo, resulta paradójico que esta doctrina igualmente acepte la prueba indirecta en determinadas circunstancias; como un mal menor, a pesar de todos los males que se le atribuyen (Miranda Vázquez, 2015: 81).

En cuanto a las razones contra esta diferenciación, las agruparemos en tres tipos: i) argumentos jurídicos; ii) epistémicos; y iii) lógicos.⁴

Argumentos jurídicos

Por una parte, la DHPI no solo carece de fundamento legal para sostener el menor valor probatorio de la prueba indiciaria; sino que, de seguir tal distinción, se vulneraría el principio de legalidad (Miranda Vázquez, 2015: 82), pues no cabe distinguir donde la ley no lo hace.

Por otra parte, si para utilizar prueba indiciaria es necesario probar la indisponibilidad de la prueba directa respectiva al hecho, estaríamos ante una prueba diabólica que quitaría toda la operatividad a la prueba indirecta; dicha cuestión limitaría el derecho a la prueba y, por tanto, vulneraría el debido proceso (Taruffo Vázquez, 2009: 79).

Finalmente, el empleo de presunciones no implica necesariamente que se altere, invierta o traspase la carga de la prueba a la contraparte.⁵ Puesto que cuando un hecho está (o se presume) probado, no va a ser necesaria la aplicación de esta regla subsidiaria.

Argumentos epistémicos

En primer lugar, debemos señalar que la DHPI se funda en un error conceptual, puesto que hace equivalentes métodos probatorios sustancialmente distintos (Miranda Vázquez, 2015: 78-79). Recordemos que la labor del juez pasa por establecer razones que permitan la justificación de la decisión adoptada, y que tales razones surgen de informaciones que se obtienen desde fuera del proceso. Así, por una parte, dicha

4. Carlos de Miranda plantea un cuarto grupo de argumentos históricos (Miranda Vázquez, 2015: 92-94). Sin embargo, para los objetivos de este estudio nos parece suficiente con los argumentos presentados.

5. Como analizaremos posteriormente, en general, las presunciones no alteran la carga de la prueba.

información puede provenir de la contemplación directa y personal de la realidad (como percepción atencional). En tal caso, dicha contemplación tendría correlato directo con el enunciado fáctico en disputa y permitiría al juez extraer un enunciado descriptivo de la realidad. Por otra parte, podría también obtener tal información a partir de otras personas o instrumentos en los que se ha «estampado» la realidad (como ocurre con los testigos). En ese caso, la extracción del enunciado descriptivo tampoco se vería mediada puesto que se corresponde al enunciado fáctico en disputa. Estos métodos probatorios, perceptivo y atencional, engloban la idea de prueba directa (Miranda Vázquez, 2015: 78-79). Finalmente, la información que obtiene el juez de la realidad podría ser ajena al enunciado fáctico controvertido, siendo indiferente que dicha información provenga de la apreciación personal o representativa; sin embargo, a partir de esta sería posible obtener informaciones sobre tal enunciado. Este método, crítico o lógico, se corresponde con la idea de prueba indirecta.

Vemos entonces que no habría razones sistémicas que permitan sostener la distinción, ya que no existen los parámetros necesarios para realizar el paralelismo. Puesto que los métodos perceptivo, representativo y crítico operan en niveles distintos, haciendo la comparación entre ellos profundamente artificial.

En segundo lugar, respecto a la supuesta ventaja de la prueba directa, es cuestionable pretender que de la supuesta simplicidad intelectual se deriven resultados más fiables (Miranda Vázquez, 2015: 85). Si bien pudiere parecer más sencillo escuchar a un testigo que buscar asociaciones lógicas entre los diversos elementos de juicio; ello implicaría olvidar que la prueba siempre debe analizarse en forma crítica. Tal idea se ve reflejada, por ejemplo, en aquella aceptación acrítica de la prueba en relación con el principio de inmediatez. En tal situación, el juez, al poder interactuar directamente con el material probatorio, alcanzaría un mayor grado de convencimiento (subjetivo), ya que no debe «pensar» sino solo «escuchar» (Dei Vecchi, 2013: 252; Gascón Abellán, 2003: 50-51).

En tercer lugar, la mayor seguridad que tiene la prueba directa tiene como fundamento el que en esta solo sería necesario un paso inferencial; a diferencia de la prueba indirecta que requiere al menos dos etapas. Si bien esta diferencia existe, en cuanto a pasos inferenciales, de ello no se sigue necesariamente la pérdida de valor en el razonamiento de los hechos (Miranda Vázquez, 2015: 87).

Finalmente, es importante destacar que toda prueba directa es indirecta en esencia. Lo graficaremos con el siguiente ejemplo: para que el juez pueda dar por probado un enunciado fáctico sobre la declaración de testigos, no solo deberá verificar que la afirmación se relacione con el objeto de la prueba, sino que deberá determinar que la declaración del testigo es fiable (Miranda Vázquez, 2015: 88). En tal caso, las conclusiones a las que se pueda arribar sobre la fiabilidad de la declaración del testigo no se fundan en prueba directa; ya que siempre terminan por fundarse en indicios, toda vez que es el punto de arranque de la valoración crítica de la prueba (Miranda Váz-

quez, 2015: 88).⁶ En el fondo, toda la prueba (directa o indirecta) deberá ser valorada, y para ello será necesario la prueba indirecta (Miranda Vázquez, 2015: 88-90).

Argumentos lógicos

En primer lugar, no resulta lógico abogar por la menor calidad epistémica de la prueba de indicios y, al mismo tiempo, sostener que a partir de ella puedan imponerse, por ejemplo, condenas penales (Miranda Vázquez, 2015: 91). Sostener que la prueba de indicios es menos fiable debería implicar que no debiese ser admitida en ningún contexto.

En segundo lugar, si eliminamos la prueba de indicios como elemento probatorio, se deberá admitir que la prueba directa no contaría con ningún análisis crítico que legitime prueba de los enunciados fácticos que conforman el juicio (Miranda Vázquez, 2015: 91).

Finalmente, debemos descartar la idea que los indicios solo se pueden probar mediante prueba directa. Como hemos señalado, la prueba directa siempre contiene indicios en su base, por lo que nunca podría probarse la fiabilidad de las pruebas sin prueba indirecta (Miranda Vázquez, 2015: 91). Respecto al problema de circularidad de la prueba indirecta,⁷ se ha sostenido que no por ello es correcto limitar la prueba de los indicios a la prueba directa y que este es un problema que debe resolverse caso a caso (Leguisamón, 2006: 96-97).

Las presunciones⁸

¿Es presumible o debe presumirse?

Hemos sostenido que las presunciones y la prueba de indicios son términos equivalentes, además de haber señalado la equivalencia funcional entre este tipo de prueba y la prueba directa. En este apartado abordaremos las presunciones y algunos elementos que resultarán de interés a la hora de interpretar el artículo 493 del Código del Trabajo.

En general, suele haber debate en torno a las concepciones sobre presunciones, así como sus usos. Sin embargo, estamos de acuerdo con Josep Aguiló cuando señala

6. En sentido similar, Jorge Larroucau ha sostenido que la llamada prueba directa —como los testigos presenciales— depende siempre de generalizaciones, ya que los testigos filtran sus observaciones del caso en base a sus propios sesgos, prejuicios y preconcepciones. Por ello, a su juicio, la prueba directa no difiere estructuralmente de la prueba indirecta (Larroucau, 2012: 793).

7. Esto es, a que la prueba indirecta se pruebe mediante prueba indirecta y así sucesivamente.

8. En este apartado no haremos referencia a las llamadas «presunciones de derecho», puesto que, a nuestro juicio, no se corresponden al razonamiento presuntivo (en profundidad Aguiló Regla, 1999 y 2006; Gama Leyva, 2013).

que no se justifican realmente tantas clasificaciones ni discusiones cuando, a fin de cuentas, los postulados sobre las presunciones no son necesariamente incompatibles (Aguiló Regla, 2006: 10).

Nos parece que un punto de partida útil para tratar a las presunciones es el propuesto por el mismo Aguiló, quien distingue entre el sintagma «es presumible»⁹ (presunciones *hominis*¹⁰) y «debe presumirse»¹¹ (presunciones *iuris tantum*). La diferencia entre estos dos tipos de presunciones viene dada por la observancia a la conexión o garantía que permite establecer el hecho presumido. Por una parte, cuando algo «es presumible» estamos frente a una inferencia teórica que lleva de premisas verdaderas a conclusiones verdaderas. Así, si se acepta la regla de presunción resultará conveniente seguir su conclusión, dado que dicha garantía expresa una regularidad o alta probabilidad de verdad (Aguiló Regla, 2006: 12-14). Por otra parte, cuando algo «debe presumirse» lo relevante será que el sujeto destinatario (el juez), deberá aplicarla sin importar si la conexión o garantía es aceptada (o aceptable) como inferencia teórica. Así, como sostiene Aguiló: «las normas de presunción obligan al juez a usar una cierta premisa en la resolución de los casos en que estas normas sean aplicables» (Aguiló Regla, 2006: 16).¹²

La distinción propuesta es relevante en la medida que permite dar cuenta de uno de los elementos que caracterizan a las presunciones: su derrotabilidad. Tradicionalmente, se suele decir que existen dos formas de oponerse a una presunción: i) mediante la estrategia del bloqueo, es decir, atacando al hecho base; o ii) mediante

9. Respecto a este sintagma, Aguiló Regla pone de ejemplo el siguiente caso: un padre contrata a un detective para encontrar a su hijo al que no ve desde hace 15 años; después de un tiempo el detective informa al padre que su hijo ha fallecido, pues este había naufragado y los servicios de salvamento no pudieron rescatar supervivientes ni cadáveres. Es decir, «todo hace pensar que se hundieron con el barco» (Aguiló Regla, 2006: 10-11). Así, en este caso podemos claramente identificar el esquema presuntivo: i) un hecho base (hundimiento del barco); ii) un hecho presumido (la muerte del hijo); y iii) una conexión o garantía (si ocurre un naufragio y no se tiene noticias de los pasajeros en un tiempo razonable, es presumible que han muerto).

10. Nos parece adecuado hablar de presunciones *hominis* y no de presunciones judiciales, puesto que estas últimas parecen sugerir que solo los jueces pueden realizar este tipo de razonamiento o que, cuando lo hacen, tendrían alguna particularidad (Aguiló Regla, 2017: 101).

11. Un ejemplo de este sintagma es el artículo 184 del Código Civil, el cual establece que: «[s]e presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o separación conyugal de los cónyuges». En este caso, estamos frente a una norma de presunción con idéntica estructura: i) hecho base (Y es hijo de X, quien era esposa de Z al momento de nacer); ii) hecho presumido (Z es padre de X); y iii) conexión o garantía (si nace un niño dentro del matrimonio, se debe presumir la paternidad del marido).

12. En sentido similar, Ivan Hunter, quien incluye las normas de presunción dentro de las normas de prueba legal, sostiene que estas «constituyen normas jurídicas que fuerzan al juez a tener por cierto un hecho más allá de cualquier convicción personal... y por sobre cualquier probabilidad o apoyo que encuentre la hipótesis fáctica en la prueba» (Hunter, 2017: 252).

la estrategia de la destrucción, es decir, probando que la conclusión es falsa (Mendonca, 1998: 84). En el caso que nos encontremos frente a presunciones basadas en inferencias teóricas (presunciones *hominis*), podemos agregar una tercera forma de oposición que consiste en negar sus fundamentos empíricos; es decir, impugnar la garantía (Aguiló Regla, 2006: 13).

Así, mientras en las presunciones *hominis* es posible impugnar la conexión o garantía, que sirve de fundamento a la presunción, en las normas de presunciones ocurre lo contrario. A pesar de quienes señalan que las normas de presunción sirven para el establecimiento de la verdad procesal y no material (Aguiló Regla, 2006: 16), la cuestión radica en que las normas de presunción no tienen justificación epistémica.

En este sentido, podemos estar de acuerdo en que una norma de presunción puede exponerse de la siguiente forma: «[d]ado que es caso de que p, debe procederse como si q fuera verdadero, a no ser que, o hasta que, existan razones suficientes para creer que no es el caso de que q» (Mendonca, 1998: 84; en sentido similar Hunter Ampuero, 2017: 265). A partir de tal elaboración, podemos señalar algunas cuestiones interesantes. Por una parte, las normas de presunciones no tienen tanto que ver con afirmar un hecho sino más bien a cómo proceder sobre su base (Mendonca, 1998: 84); pues las presunciones tendrían por finalidad superar situaciones de *impasse*, ordenando al juez tomar una proposición como verdadera (Thayer, 1889: 149). Por otra parte, si se ordena tomar la proposición como verdadera, se hace evidente que las normas de presunciones no tienen estricta relación con la búsqueda de la verdad.

Así, como sostiene Daniel Mendonca:

La incorporación de presunciones por vía legal constituye un mecanismo del cual se vale el derecho, en general, para resolver en un sentido determinado aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si se han producido determinadas circunstancias correlacionadas con ciertas soluciones por normas del sistema en cuestión (Mendonca, 1998: 95).

Por lo anterior, debemos aceptar que las presunciones se caracterizan no solo por su carácter instrumental¹³ y derrotabilidad, sino que por su parcialidad;¹⁴ en el sentido de que al operar necesariamente favorecen a alguna de las partes (Aguiló Regla, 2006: 16-17).

13. Son instrumentales en la medida que permiten superar situaciones de *impasse*.

14. Si tomamos este rasgo de parcialidad de las presunciones deberíamos preguntarnos acerca de las razones (no epistémicas) que lo justifican. En este sentido, Mendonca sostiene que estas pueden ser de diversa índole, señalando (a modo de ejemplo), las siguientes (Mendonca, 1998: 95): i) razones probabilísticas (es más o menos frecuente «q» que «no-q», en caso de «p») ii) valorativas (las consecuencias de presumir «q», en caso de «p», serían más o menos graves que presumir «no-q», en caso de «p»; o iii) de equilibrio probatorio (es más o menos fácil producir prueba en favor de «q» de que «no-q», en caso de «p»).

Presunciones iuris tantum y la carga de la prueba

Se suele señalar que las normas de presunciones tienen un fuerte vínculo con la regla de carga de la prueba (Gama Leyva, 2013: 75; Ruiz Sanz, 2002: 484). Sin embargo, aceptar la idea que todas estas presunciones alteran la carga de la prueba no permite explicar estas normas a cabalidad. Es por ello que se suelen clasificar en dos tipos: i) presunciones en sentido estricto; y ii) presunciones aparentes o verdades interinas (Hunter Ampuero, 2015: 224).

Por una parte, las presunciones en sentido estricto serían aquellas que cuentan con los elementos tradicionales del razonamiento presuntivo: i) hecho base; ii) hecho presumido; y iii) garantía o conexión. Así, probado el hecho base, debe procederse como si el hecho presumido también lo estuviera. En este caso no existiría alteración a la carga de la prueba pues, como sostiene Aguiló, estas presunciones:

implican una modificación del *thema probandi*: la distribución de la carga de la prueba no se ve afectada en lo que se refiere a la iniciativa probatoria de las partes (no afecta al quién tiene que probar) pero sí a los hechos que se tienen que probar; pues el hecho presumido sólo podrá ser tenido en cuenta cuando la parte favorecida por él haya acreditado el hecho base (Aguiló Regla, 1999: 652).

Por otra parte, las presunciones aparentes serían aquellas que, si bien tienen la apariencia de presunciones, su única función es la de establecer un reparto del *onus probandi* (Aguiló Regla, 1999: 652).¹⁵ Podríamos sostener que, en general, el derecho plantea dos mecanismos mediante los cuales se altera la carga de la prueba: i) mediante norma expresa; o ii) mediante presunciones aparentes.

Podemos observar, entonces, que la diferencia central en las normas de presunción dice relación con la carga de la prueba. Así, las presunciones en sentido estricto no alteran la carga de la prueba sino solo el *thema probandi*, pues no dispensan a las partes de aportar prueba, solo modifican su objeto (Hunter Ampuero, 2017: 258). Mientras que las presunciones aparentes son, en realidad, reglas sobre la carga de la prueba, pues la parte favorecida queda exonerada de la prueba de cualquier hecho relacionado con el hecho presumido (Aguiló Regla, 1999: 653).

De cualquier forma, más allá de la distinción entre presunciones que afectan al *onus probandi* y otras que afectan al *thema probandi*, ello no sería una buena razón para desterrar a las presunciones aparentes como norma de presunción. La cuestión central es que, en ambos casos, se ordena tener un hecho como probado: en un caso sometido a una condición y en el otro sin condición alguna (Aguiló Regla, 2006: 22).

15. Dado que el legislador da por verdadero un hecho sin necesidad de prueba (Hunter Ampuero, 2015: 224).

Lo interesante aquí es que dicho elemento condicional puede ser explicado a través de otra distinción: reglas y principios.¹⁶

A partir de tal diferencia estructural podemos plantear conclusiones relevantes (Aguiló Regla, 2006: 23). Por una parte, si en las presunciones-regla la obligación del juez de dar un hecho probado está sometida a condición; cuando no se prueba el hecho base no tendría la obligación de adoptar dicha conclusión. Por otra parte, en las presunciones-principio, la obligación de aceptar el hecho desconocido como probado no está sometida a condición alguna; es decir, no es necesario probar un hecho base.

Si lo expuesto aquí es correcto, diremos que las normas de presunción («debe presumirse») se caracterizan tanto por la inimpugnabilidad de la garantía como por su derrotabilidad. La cuestión relativa a si alteran o no la carga de la prueba no es suficiente como para desterrar a las presunciones aparentes de esta categoría, por lo que convendría solamente atender al carácter condicional o no condicional de la norma de presunción.

Carga de la prueba y el «deber» de aportación

Que la prueba de indicios, contenida en el artículo 493 del Código del Trabajo importa una alteración a la carga de la prueba es, con diferencia, la interpretación más asentada en nuestra literatura. De alguna forma, con cierta ambigüedad, se sostiene que no estaríamos frente a una estricta inversión de la carga de la prueba, puesto que el denunciante aún debe aportar indicios de la vulneración. Debemos señalar que la idea de carga de la prueba no es una cuestión pacífica en la literatura jurídica, más allá del amplio reconocimiento que posee esta institución. Sin embargo, de ello no se sigue que se trate de un término ambiguo ni confuso. Así, por ejemplo, se ha sostenido que la:

carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables (Peyrano, 2013: 957).

16. Es decir, que habrían presunciones que operan como reglas y presunciones que operan como principios. En este sentido, Aguiló Regla sostiene que: «Los principios son un tipo de pauta de conducta, de normas, cuyas condiciones de aplicación derivan exclusivamente de su contenido; y, en este sentido, establecen deberes o mandatos incondicionados, no sometidos a condición alguna. A diferencia de ellos, las reglas son normas que sí cuentan con condiciones de aplicación adicionales a (que van más allá de) las que derivan de su propio contenido; por ello en su formulación adoptan típicamente una estructura condicional» (Aguiló Regla, 2006: 23).

De tal definición, podemos destacar algunas cosas. Por una parte, dejar manifiesto que esta norma no es una regla probatoria en sentido estricto, puesto que no incide sobre la valoración ni la determinación de los enunciados probatorios. Se trata, en efecto, de una regla de juicio que opera en aquellas situaciones en que, ante la insuficiencia de elementos de juicio, no pueda darse por establecido el enunciado fáctico que sirve de fundamento a la pretensión (*non liquet*). Es decir, la regla de la carga de la prueba permite determinar quién debe soportar el resultado adverso ante la falta de prueba suficiente sobre un hecho en el proceso (Peyrano, 2013: 960). Por otra parte, se suele decir que la carga de la prueba tiene dos dimensiones (Prütting, 2010: 453-464). Bajo esta aproximación, se distingue entre la dimensión objetiva, material o directa y la dimensión subjetiva formal o indirecta (Ferrer Beltrán, 2017: 156).

Por una parte, la dimensión objetiva de la carga de la prueba¹⁷ propone dar solución a aquellos casos en que no hay prueba suficiente para dar por establecido un hecho. Se trata de una regla de juicio que se aplica al momento de la decisión, pero sólo de forma subsidiaria (Ferrer Beltrán, 2018a, 00:00:40-01:20). Es decir: solo acudiremos a la regla de la carga material de la prueba cuando no existan razones que justifiquen la adopción de la decisión en un sentido o en otro¹⁸ (Priori Posada y Pérez-Prieto, 2012: 335-336).

Por otra parte, la dimensión subjetiva de la carga de la prueba tiene como foco determinar a cuál de las partes le corresponde el deber de aportar prueba en el procedimiento. Al respecto, si bien se sostiene que esta dimensión es muy anterior a la dimensión objetiva (Prütting, 2010: 457), hoy en día es común considerar que la dimensión subjetiva deriva de la objetiva (Ferrer Beltrán, 2018b). Si entendemos que la incertidumbre respecto de un hecho puede significar la pérdida del procedimiento para una de las partes, ello también implicaría que esa misma parte debe aportar prueba para evitar el resultado adverso. Si esto es así, debemos aceptar que la carga de la prueba –en su dimensión objetiva– establece incentivos para el comportamiento de las partes, y tal incentivo es lo que se conoce como carga subjetiva (Ferrer Beltrán, 2018b).¹⁹

17. Cabe destacar que esta dimensión se funda en la idea que la distribución de la carga de la prueba no se encuentra sujeta a la discrecionalidad del juez, de los principios individuales o a los resultados de las hipótesis en el proceso, sino que se funda en la ley, en la naturaleza y estructura de la norma jurídica (Prütting, 2010: 458).

18. Puesto que, en caso de indeterminación del resultado hay dos alternativas: *non liquet* o, si se lo que se pretende es evitarlo, establecer una regla que indique al tribunal como proceder en esta situación (Peyrano, 2013: 958-959). En el fondo, la función de la carga de la prueba —en esta dimensión— no es otra que determinar las consecuencias de la incertidumbre de un hecho.

19. En sentido similar, Pablo Hurtado-Bravo, a partir de la concepción de las reglas jurídicas como generalizaciones prescriptivas que poseen justificaciones subyacentes, sostiene que la regla del artículo 1698 del Código Civil encontraría su justificación de primer orden en el beneficio que reporta, es decir,

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

En primer lugar, se dice que la carga subjetiva de la prueba se trata de una facultad que tienen las partes, puesto que no es un deber en sentido prescriptivo. Es decir, no existe obligación de aportar prueba ni sanción en caso que ello no ocurra; este deber de aportar se cumple solo para evitar consecuencias desfavorables. Así, podría decirse que más que una facultad, se trata de un poder entregado a las partes. Sin embargo, coincidimos con Ferrer quien considera que esta forma de abordar la institución es errónea; puesto que, evidentemente, la parte que no tiene la carga subjetiva de la prueba también tiene la facultad de aportar prueba (Ferrer Beltrán, 2018b). Por lo demás, tal facultad o poder deriva del derecho a la prueba, no de la carga subjetiva.

En segundo lugar, se dice que la carga subjetiva de la prueba debería ser entendida como una regla técnica. Una regla técnica establece un deber técnico, no prescriptivo. Es decir, no se trata que una parte tenga la obligación de aportar prueba; sino que, si quiere conseguir un objetivo (obtener un resultado favorable) debe producir prueba (Palomo Vélez, 2013: 452-453). Sin embargo, Ferrer sostiene que tampoco esta segunda formulación permite explicar por qué la carga subjetiva deriva de la carga objetiva. Dado que estas son reglas distintas, se dirigen a sujetos distintos, tienen fuerza normativa distinta y se refieren a oportunidades probatorias distintas (Ferrer Beltrán, 2018b).²⁰

Otro problema de la carga subjetiva de la prueba tiene que ver con el principio de adquisición procesal. Bajo esta perspectiva, no es necesario que una parte aporte prueba al procedimiento. Lo que ocurre es que el juez, al momento de tomar su decisión, debe valorar el conjunto de elementos de juicio con independencia de quien los aportó. Esto pues la prueba no solo es ofrecida por el demandante, el demandado también puede aportar prueba y podría ocurrir que dicha prueba permita probar un determinado enunciado probatorio de su contrincante (Peyrano, 2013: 960). Así, debemos concluir que no es condición necesaria, para obtener una decisión favorable,

la carga (subjetiva) de probar la existencia de la obligación corresponde al acreedor porque es él el beneficiado de probar que la obligación existe. Además, tal criterio de beneficio también permite explicar la justificación de segundo orden, pues lo que interesa al legislador es que los hechos se prueben, y al asignar el deber de aportación de prueba se establecerían incentivos para reunir, conservar y presentar al tribunal la evidencia sobre la existencia de la obligación que se reclama (Hurtado-Bravo, 2013: 34-36).

20. En este sentido, la carga objetiva de la prueba es una regla que se dirige al juez y le permite establecer a que parte le asignará el resultado adverso en caso de no haber prueba suficiente. La carga subjetiva, en cambio, se dirige a las partes puesto que indica quién debe producir prueba. La fuerza normativa es distinta puesto que la carga objetiva es una regla prescriptiva, mientras que la carga subjetiva es una regla técnica. La carga objetiva regula la decisión judicial una vez aportados todos los elementos de juicio, y solo en forma subsidiaria. La carga subjetiva, en cambio, versa sobre el momento de adquisición de la prueba y no en forma subsidiaria, sino que opera en todo caso (Ferrer Beltrán, 2018b).

que la parte aporte prueba sobre los hechos que alega; por lo que tampoco podría entenderse la carga subjetiva como una regla técnica.

Entonces, si la carga subjetiva de la prueba no se deriva de la carga objetiva y tampoco puede entenderse como una regla técnica, puesto que no es funcional en nuestros actuales sistemas procesales: coincidimos con Ferrer quien sostiene que lo mejor sería prescindir de esta noción (Ferrer Beltrán, 2018b).

Las cargas probatorias dinámicas

Hay quienes sostienen que la prueba indiciaria del artículo 493 del Código del Trabajo se trataría, en realidad, de cargas probatorias dinámicas (Palavecino Cáceres, 2012a: 26; Santibáñez Boric, 2010: 85).²¹ Por esta razón expondremos sucintamente esta institución, así como algunas de las críticas a las que se ve enfrentada.

Uno de los puntos de partida de la doctrina de las cargas dinámicas tiene que ver con la rigidez de las reglas tradicionales de la carga de la prueba. Si bien se reconoce que las reglas ortodoxas distributivas del *onus probandi* deben aplicarse a los casos corrientes, se dice que en situaciones distintas a las habituales deberían usarse reglas distintas a las habituales. En tal sentido, Jorge Peyrano ha sostenido que, en tales situaciones, se debería optar por desplazar el esfuerzo probatorio de la parte demandante hacia la contraria que, en un principio, no soportaba la carga de la prueba fijada por las reglas ortodoxas (Peyrano, 2013: 970-971). Así, una formulación aceptada de esta doctrina se traduce en que:

frente a situaciones excepcionales que dificultan la tarea probatoria de una de las partes, se debe desplazar el esfuerzo probatorio respectivo hacia la contraria, por encontrarse esta en mejores condiciones de acreditar algún hecho o circunstancia relevante para la causa (Peyrano, 2013: 971).

Entonces, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas importa una excepción a las reglas sobre distribución a la carga de la prueba, y que debe acudirse a esta cuando las reglas tradicionales arrojen consecuencias injustas.²² De cualquier forma, no

21. Mencionamos a tales autores puesto que han hecho referencia expresa a dicha institución, no porque aboguen por ella. Por lo demás, como analizaremos posteriormente, quienes abogan por la alteración a la carga de la prueba no se distancian realmente de la doctrina de cargas dinámicas.

22. En sentido similar, Hurtado-Bravo ha sostenido que la regla del artículo 1698 del Código Civil es derrotable en la medida que se genere un descuadre grave entre la generalización de la norma y su justificación. Ello ocurriría cuando se asigna la carga de la prueba a la parte beneficiada con la prueba del hecho pero que no tiene los medios para probarlo, pues el incentivo no se distribuiría de modo tal que se cumpla que los hechos se prueben, traicionando la justificación de segundo orden. Ello provocaría la derrotabilidad supraincluyente del artículo 1698 del Código Civil, es decir, el juez debería invertir la carga de la prueba en el juicio (Hurtado-Bravo, 2013: 43-44).

se trata tanto de una teoría que invierta absolutamente la carga de la prueba como si respecto de determinados hechos. Es decir, que su «aplicación no acarrea un desplazamiento completo de la carga probatoria, sino tan solo parcial; conservándose en cabeza de la otra parte la imposición de ciertos esfuerzos probatorios» (Peyrano, 2013: 972). Visto así, parecería que esta doctrina importa un avance significativo en la materia. Sin embargo, veremos que presenta diversos problemas.²³

En primer lugar, si la carga subjetiva es un derivado de la carga objetiva, la única forma de modificar el deber de aportación sería alterando la regla que determina cuál de las partes deberá enfrentar el resultado adverso ante la indeterminación probatoria. En este caso, no solo hay un problema evidente desde la perspectiva de la seguridad jurídica,²⁴ puesto que la parte perjudicada por tal alteración va a encontrarse en una situación sorpresiva (Ferrer Beltrán, 2018a: 00:06:00-38). Sino que, además, estaríamos frente a una suerte de subjetivismo judicial: si es el juez quien decide quien enfrentará el resultado adverso ante la falta de elementos de juicio sobre un hecho, no es otra cosa que permitir al juez decidir quién tendrá el resultado favorable en el proceso prescindiendo de elementos probatorios (Ferrer Beltrán, 2017: 156).

En segundo lugar, como sostiene Ferrer, esta solución —alterar la carga de la prueba—, se trataría de un caso de falacia de afirmación del consecuente (Ferrer Beltrán, 2018b). Se afirma que si se decide que una de las partes tendrá un resultado adverso cuando no hay prueba suficiente, ello tendría el efecto de producir incentivos en el comportamiento procesal de la parte eventualmente perjudicada (Bravo Hurtado, 2013: 35-36). Sin embargo, esto no significa que la única forma de generar incentivos de aportación de prueba sea mediante la alteración de la carga objetiva.

En tercer lugar, la doctrina de la carga dinámica no serviría realmente para lo que se pretende (Ferrer Beltrán, 2018b). Esto puede graficarse analizando el caso, paradigmático, de la responsabilidad civil médica. Si imaginamos que el paciente demanda al hospital, el problema será que muchos de los elementos de juicio, necesarios para probar la pretensión del demandante, están bajo control del hospital. Se dice entonces que la demandante se encuentra en una posición injusta en la cual la carga de la prueba situada sobre sí no puede ser satisfecha; puesto que las pruebas que necesita no están a su disposición (Ferrer Beltrán, 2018a: 00:04:35-05:33). Si intentamos

23. Ya nos referimos al problema de la dimensión subjetiva de la carga de la prueba. Ello es relevante en tanto la doctrina de la carga dinámica dice relación, justamente, con la imposición de este supuesto deber de aportar prueba en el proceso (Ferrer Beltrán, 2017: 157). Sin embargo, esta no es la única confusión que presenta esta doctrina.

24. Ello ocurre toda vez que, en un proceso oral, público y sujeto a rígidas preclusiones como ocurre en el procedimiento laboral, la alteración a la carga de la prueba durante el proceso dejará en indefensión a la parte que debe asumir una actividad probatoria que antes del juicio era inexistente. Por esta razón se sostiene que cualquier modificación a la carga de la prueba durante el desarrollo del procedimiento puede lesionar el derecho de defensa (Hunter Ampuero, 2015: 242).

resolver tal situación aplicando la doctrina de cargas dinámicas, la carga de la prueba quedaría en manos de la demandada. A pesar que hemos señalado que la inversión no es total ni sobre todos los hechos, ella podría recaer en la prueba de la negligencia. Entonces, si se le asigna a la parte demandada el deber de aportar prueba de su negligencia, ¿significa que deberá aportar prueba de su responsabilidad? Parece claro que nadie va a traer prueba que sea contraria a sus intereses (Palomo Vélez, 2013: 460); más aún, el hospital podrá cumplir su carga aportando prueba que permita acreditar que no hubo negligencia alguna, aún si debe esconder aquella que le perjudica.

El problema, como sostiene Ferrer, es que existe confusión respecto a dos preguntas derivadas de la noción clásica de la carga de la prueba (Ferrer Beltrán, 2018a: 00:07:25-08:22). Así, las dimensiones objetiva y subjetiva de la carga de la prueba nos llevan a creer que las preguntas respecto a quién pierde si no hay prueba suficiente y quien debe aportar prueba tienen la misma respuesta. Retomemos el caso de la responsabilidad civil médica: imaginemos que el hospital tiene el deber, en sentido estricto, de aportar prueba al procedimiento e imaginemos que cumple ese deber, ¿cuál de las partes deberá soportar la consecuencia adversa en caso que no se pruebe la negligencia médica? Parece claro que, si no se ha probado la negligencia y habiendo aportado prueba la demandada, la carga objetiva de la prueba sigue recayendo sobre la parte demandante, no la demandada. Coincidimos con Ferrer quien sostiene que si es posible atribuir deberes probatorios a una parte y la carga objetiva a la otra parte; quien debe aportar prueba al procedimiento y quien pierde si no hay prueba suficiente son dos preguntas absolutamente diferentes que la doctrina de las cargas dinámicas trata de forma indebida (Ferrer Beltrán, 2018a: 00:11:22-12:22).

Podemos concluir, finalmente, que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas no solo trae consigo problemas desde la perspectiva de la seguridad jurídica, sino que además, hay diversos argumentos que permiten sostener que siquiera es necesaria, puesto que sus fines bien podrían realizarse a través de reglas que: i) den cuenta del funcionamiento actual de los sistemas procesales; ii) asignen deberes de aportación, limitado a criterios normativos; y iii) que no importen problemas de seguridad jurídica.

La determinación del estándar de prueba

Siguiendo a Marina Gascón, el estándar de prueba se refiere a «los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho, o sea, los criterios que indican cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe» (Gascón Abellán, 2005: 128). En sentido similar, Larry Laudan sostiene que los estándares de prueba tienen como función indicar al investigador cuándo es aceptable considerar que algo está probado; es decir, «cuando la relación entre la prueba y las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los fines pretendidos» (Gascón Abellán, 2005: 104).

Ahora bien, en la fijación del estándar de prueba no solo entran en juego las razones epistémicas que permitan dar por probada o no una hipótesis. En tal sentido, determinar el límite de suficiencia epistémico para establecer que un enunciado está probado importa, necesariamente, un juicio de suficiencia axiológica (Dei Vecchi, 2014: 253-54)²⁵. Si consideramos, además, que el resultado del razonamiento probatorio es adoptado en términos de probabilidad (Gascón Abellán, 2003: 44), debemos concluir que la adopción del estándar de prueba no es una cuestión realmente epistémica (Laudan, 2005: 96-97). En este sentido el estándar de prueba tiene la función de distribuir los posibles errores en la decisión judicial (Larroucau Torres, 2012: 785) y, por ello, puede sostenerse que la adopción de un estándar se trata de una decisión valorativa y no epistémica; puesto que hay errores que serían más aceptables que otros (Gascón Abellán, 2005: 129-30; Taruffo, 2005b: 117).²⁶

Esta decisión valorativa tiene como base la importancia que se le entregue a la protección de los intereses de las partes involucradas. Así, por una parte, si los intereses o derechos afectados de las partes reciben la misma protección, basta con el establecimiento de un estándar de prueba mínimo sujeto a criterios de la racionalidad general. Este mínimo racional suele traducirse en la regla de «más probable que no» y se identifica con la idea de posibilidad preponderante o prevaleciente. Según este estándar, la hipótesis de hecho será aceptable cuando esta sea más probable que cualquier otra hipótesis alternativa sobre el hecho y que, también, dicha hipótesis sea más probable que la no ocurrencia del mismo (Gascón Abellán, 2005: 130).

Por otra parte, cuando los intereses de una parte reciben mayor protección que los de la contraria, el estándar de prueba será más exigente. Este tipo de estándar es típicamente utilizado en materia penal bajo la nomenclatura de «más allá de toda duda razonable». Fuera del ámbito penal, también podemos encontrar estándares más exigentes que la probabilidad prevaleciente que podrían denominarse como «probabilidad cualificada» (Larroucau Torres, 2012: 790-792).

Finalmente, también podría ocurrir que los intereses de una de las partes reciban menor protección que los intereses de la contraria. En tal caso, el estándar de prueba será menos exigente y se situará por debajo de la posibilidad preponderante. Sin em-

25. En este sentido, Diego Dei Vecchi ha señalado que «lo que los jueces realmente hacen cuando declaran los «hechos probados» es determinar valorativamente el límite de suficiencia epistémico para la decisión de que se trata. Esa determinación, *i.e.* el juicio de suficiencia axiológica de las razones teóricas para la decisión, solo podrá estar justificado por razones prácticas» (Vecchi, 2014: 253).

26. Los errores a los que hacemos referencias suelen ser de dos tipos (Accatino Scagliotti, 2011: 487). El primer tipo de error es el falso positivo, el cual consiste en aceptar como verdadero algo que no lo es. El otro tipo de error es el falso negativo, que consiste en no aceptar como verdadero algo que sí lo era. De lo que trata esta distribución de error no es tanto si sobre el hecho que fue aceptado o descartado era (o no) verdadero sino más bien que un estándar de prueba particularmente exigente hará más difícil para alguna de las partes que su versión de los hechos se dé por probada.

bargo, un estándar de este tipo trae aparejado una situación problemática: ello ocurre en la medida que se da por probada una hipótesis incluso si la contraria o su no ocurrencia son más probables (Accatino Scagliotti, 2011: 486-487; Gascón Abellán, 2005: 131). Debemos señalar que, a nuestro juicio, un estándar de este tipo solo puede encontrarse justificado por criterios normativos expresos.

Distintas interpretaciones de la prueba de indicios en el procedimiento de tutela

Diremos que en torno a la regla del artículo 493 del Código del Trabajo hay dos puntos de acuerdo: i) que estamos ante un mecanismo de facilitación probatoria; y ii) que la norma se conoce como prueba de indicios o indiciaria.²⁷ Es en cuanto a la naturaleza y, consecuentemente, funcionamiento de la norma donde las discrepancias se manifiestan. Por nuestra parte, sostenemos que la norma se trata de una presunción; sin embargo, veremos que buena parte de las interpretaciones de esta norma distan bastante de esta idea.

La prueba de indicios como alteración a la carga de la prueba

Dado que la prueba de indicios del artículo 493 del Código del Trabajo ha sido tema obligado para buena parte de la literatura nacional, es posible identificar algunas posiciones más o menos establecidas. En tal sentido, la posición dominante —en apariencia— es aquella que postula que la prueba indiciaria es un mecanismo de alteración a la carga de la prueba. En este apartado nos ocuparemos de reconstruir dicho planteamiento, señalando —entre otras cosas— qué entienden por indicios, la naturaleza de la prueba indiciaria y su funcionamiento, el momento en que opera y las consecuencias que derivan de esta aplicación. Como podrá notarse, todas estas cuestiones han sido analizadas en apartados anteriores, por lo que es relevante tenerlas presentes.

Los indicios

Por una parte, una primera mención a los indicios la encontramos en el mensaje presidencial del proyecto de ley que introdujo esta regla, en el cual se sostuvo que los indicios son señales o evidencias que dan cuenta de un hecho oculto (en Planet Sepúlveda, 2010: 116; en sentido similar Cárcamo Zamora y Núñez González, 2012: 86),

27. En este caso solo hacemos alusión a la forma en que se denomina la regla, no a las consecuencias que de ello derivan (Cárcamo Zamora y Núñez González, 2012; Castro Castro, 2012; Gamonal Contreras, 2010: 61; Santibáñez Boric, 2010: 89; Ugarte Cataldo, 2009: 223; Villalón Esquivel, 2013: 238).

tal hecho oculto es la vulneración de un derecho fundamental.²⁸ Este primer planteamiento nos parece correcto; en la medida que el hecho oculto se refiere justamente al acto vulneratorio y se corresponde con el esquema de razonamiento presuntivo. Por otra parte, José Castro ha sostenido que los indicios son cualquier elemento probatorio que permita al juez formar la creencia de la existencia de vulneración (Castro Castro, 2012: 126). Esta conceptualización es doblemente problemática: i) hace referencia a un estándar de prueba subjetivo; y ii) confunde a los indicios con la prueba indiciaria, puesto que —como ya hemos sostenido— los indicios son hechos, no pruebas. Finalmente, José Luis Ugarte sostiene que los indicios son «hechos que han de generar en el juzgador al menos la sospecha fundada de que ha existido lesión de derechos fundamentales» (Ugarte Cataldo, 2009: 224); nuevamente poniendo a los indicios en relación con un estándar de decisión.

De cualquier forma, sería injusto descartar tales conceptualizaciones solo por introducir elementos con el que no mostramos acuerdo. Sin embargo, nos parece necesario hacer notar los puntos problemáticos: i) queda en la superficie la idea de que los indicios serían inferiores a la prueba directa;²⁹ y ii) que, de alguna forma, los indicios influirían en la determinación de suficiencia epistémica.

Naturaleza y funcionamiento

Se sostiene, en general, que la regla del artículo 493 del Código del Trabajo alteraría la carga de la prueba, sin que ello implique su completa inversión; pues corresponde al denunciante la prueba de indicios suficientes del acto vulneratorio³⁰. En tal sentido, Ugarte sostiene que la regla tiene como finalidad:

facilitar la posición probatoria por la vía de aligerar el esfuerzo probatorio del trabajador denunciante, atemperando, en algunos casos los efectos del axioma central en la materia de que corresponde probar un hecho a quien lo alega (carga de la prue-

28. En sentido similar, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en causa rol 194/2017, sostuvo que «los indicios son cualquier señal o evidencia que den cuenta de un hecho oculto (violación de un derecho fundamental)».

29. Así, la Corte de Apelaciones de Rancagua, en causa rol 6/2017, sostuvo que al trabajador le corresponde, salvo que tenga prueba directa disponible, acreditar indicios suficientes de que el despido ha lesionado sus derechos fundamentales inespecíficos. También, la Corte de Apelaciones de la Serena, en causa rol 213/2016, ha señalado que al denunciante se le exige un principio de prueba por el cual se acreditan hechos que generen un elemento razonable, aunque sea débil, en orden a la existencia de la lesión que alega.

30. Son diversos los autores quienes plantean —de manera más o menos similar— la idea que esta regla supone una alteración, modulación o morigeración de la carga de la prueba del denunciante (así Camaño Rojo y Ugarte Cataldo, 2014: 85-87; Cárcamo Zamora y Núñez González, 2012: 85; Castro Castro 2012: 126-28; Ferrada Bórquez y Walter Díaz, 2011: 107-8; Planet Sepúlveda, 2010: 116-17).

ba formal), o modificando, en otros, el hecho de que el costo por la falta de certeza plena en la acreditación de un hecho debe soportarlo aquel que lo afirma (carga de la prueba material) (Ugarte Cataldo, 2009: 218).

Si esto es cierto, deberíamos afirmar que la norma permite alterar tanto la carga objetiva como la carga subjetiva de la prueba³¹. Sin embargo, el mismo autor descarta tal idea, dado que:

no se trataría de un riguroso caso de inversión de la carga formal de la prueba (onus probandi). En efecto, no es suficiente que se alegue una lesión de derechos fundamentales para que se traslade al empleador la carga probatoria, y por ello, en rigor, a pesar de la confusión de algunos, no se altera el axioma de que corresponde probar un hecho al que lo alega fundado en lo dispuesto en el art. 1698 CC (Ugarte Cataldo, 2009: 219).

Respecto a esta idea es necesario hacer una prevención: la carga de la prueba —o, como el autor señala «el axioma en esta materia»³²— se refiere a la pregunta sobre quien soporta las consecuencias adversas frente a la indeterminación de un hecho; es decir, a la carga material de la prueba. Como ya hemos señalado, la carga formal de la prueba no deriva de la carga material, no impone deberes normativos ni tampoco es una regla necesaria para explicar quién debe probar un hecho determinado. Diremos, entonces, que la prueba de indicios no puede modificar la respuesta a la pregunta sobre quién debe soportar las consecuencias adversas ante la falta de elementos de juicio sobre un hecho: puesto que ello implicaría la alteración del supuesto de hecho que sirve de base a la norma.

En cuanto a la forma en que opera la prueba de indicios, Ugarte señala que hay dos cuestiones que debemos considerar. En primer lugar, que esta regla altera la carga material de la prueba (Ugarte Cataldo, 2009: 220); es decir, el costo del hecho que ha quedado inciertamente determinado. Además, sostiene que «esa alteración modifica

31. Recordemos que la regla de la carga objetiva o material de la prueba es aquella que, ante la incertidumbre de un hecho por la insuficiencia de elementos de juicio que permitan decidir, asigna el costo de esta falta de prueba a la parte que pretende la aplicación de la norma. Mientras la carga subjetiva o formal permite establecer cuál de las partes tiene el deber, en sentido técnico, de aportar prueba. De cualquier forma, y para todos los efectos, es conveniente remitirnos a lo señalado en el apartado correspondiente a esta institución.

32. Como ha señalado Bravo-Hurtado, la norma del artículo 1698 del Código Civil, entendida como generalización prescriptiva, es esencialmente derrotable en los casos de grave desajuste entre la norma y su justificación (Bravo-Hurtado, 2013: 16-20). En tal sentido, esta norma, que haya su justificación última en el interés del legislador por que las partes aporten prueba en juicio (Bravo-Hurtado, 2013: 34-36), mal podría entenderse como axioma. Además, como hemos señalado, las consecuencias adversas en casos de *non liquet* derivan de la dimensión objetiva de la carga de la prueba, no del «deber» de aportación.

la respuesta a la pregunta de quién debe soportar el sacrificio del hecho que no ha quedado suficientemente probado pero sobre el cual recae una razonable sospecha de su ocurrencia» (Ugarte Cataldo, 2009: 221); es decir, que a pesar de probar los indicios, el hecho seguiría inciertamente determinado y que, ante tal situación, se procede a alterar la carga objetiva de la prueba. En segundo lugar, sostiene que habrían dos situaciones en que no sería necesario probar los indicios (Ugarte Cataldo, 2009: 222): i) cuando la denunciante logre probar directamente; y ii) cuando el empleador logre la prueba de la justificación. Tales situaciones nos parecen difíciles de aceptar. Por una parte, ya hemos dado razones para sostener la equiparación funcional entre la prueba directa e indirecta³³. Por otra parte, para que sea necesario analizar la justificación aportada por la denunciada es justamente porque ha existido vulneración. Es decir, si no hay indicios suficientes del hecho vulneratorio, no tendría sentido justificar un hecho inexistente.

Entonces, ¿cómo opera la prueba de indicios bajo esta interpretación? Hay acuerdo en que esta regla no supone una alteración inmediata a la carga de la prueba, ya que no basta con la mera alegación de vulneración a un derecho fundamental para trasladar la carga de la prueba al empleador (Ugarte Cataldo, 2007: 64).³⁴ Además, se sostiene que la víctima no se encuentra totalmente liberada de prueba, debiendo acreditar la existencia de indicios suficientes de la vulneración; solo en ese caso se trasladaría al denunciado el deber de probar que la conducta se encontraba justificada en los términos del artículo 493 del Código del Trabajo (Ugarte Cataldo, 2007: 64).³⁵

Oportunidad de aplicación

La pregunta sobre la oportunidad en que esta norma recibe aplicación preocupa a parte de la doctrina. Así, se dice que el denunciado debe ser oportunamente adverti-

33. Es más, el mismo autor recoge tal cuestión, al señalar: «No hay, como ha apuntado la doctrina procesal moderna, otra diferencia relevante entre prueba directa e indirecta que el objeto de la prueba, y en ningún caso presentan diferencias estructurales desde el punto de vista de la calidad epistemológica de la misma» (Ugarte Cataldo, 2009: 223).

34. En tal sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, en causa rol 55135/2016 (Unificación de Jurisprudencia), y la Corte de Apelaciones de Arica, en causa rol 87/2018.

35. Más allá que, a nuestro juicio, el art. 493 no tiene como finalidad alterar la carga de la prueba. Es necesario hacer una aclaración respecto a esta interpretación. Si, en cualquier proceso y respecto de cualquier pretensión, el demandante logra probar el hecho que sirve de fundamento a la pretensión, la consecuencia es —obviamente— que tal hecho se encuentra probado: no se sigue de ello que cada vez que una de las partes aporte elementos de juicio suficientes para dar un hecho por probado se altere la carga de la prueba. Como hemos señalado en forma reiterada, la carga de la prueba es una regla subsidiaria que recibirá aplicación solo en caso de indeterminación sobre un hecho ante falta de elementos de juicio suficientes.

do de la aplicación de la regla; de otro modo, se vulneraría el debido proceso.³⁶

Resolviendo esta cuestión, Ugarte sostiene que:

se trata de una regla legal de juicio que no opera, por tanto, ni en la etapa de aceptabilidad de la prueba —audiencia preparatoria— ni en la rendición o incorporación de la prueba —audiencia de juicio— sino que en la etapa de construcción de la sentencia por parte del juez (Ugarte Cataldo, 2009: 222).

Si se considera que la regla del artículo 493 del Código del Trabajo, altera la carga material de la prueba, esta es la única oportunidad posible para su aplicación. Pues estas reglas solo se aplican en aquellas situaciones en que un hecho, que forma parte de la pretensión, resulte indeterminado. Si, en cambio, se afirma que esta norma altera la carga formal de la prueba³⁷, el momento de aplicación solo puede ser durante la etapa probatoria, puesto que de otra forma el denunciado no tendría conocimiento de la alteración, quedando en indefensión.

Consecuencias

Si aceptamos que la regla del artículo 493 del Código del Trabajo no tiene como objetivo la prueba de la vulneración, sino que alterar la carga de la prueba a favor del denunciante, tendremos que asumir algunas de las consecuencias que de ello se derivan. En primer lugar, para que opere la regla será necesario que:

el hecho de la conducta lesiva haya quedado, mediante los indicios exigidos, inciertamente acreditado. En dicho caso, y ante ausencia de elementos de prueba del empleador que destruya la incertidumbre el costo del hecho incierto o dudoso debe ser soportado por el demandado (Ugarte Cataldo, 2009: 222).³⁸

En segundo lugar, se sostiene que la alteración no supondría una prueba diabólica, puesto que el denunciado no se encuentra obligado a demostrar la no ocurrencia

36. En tal sentido, Claudio Palavecino ha sostenido que: «Todavía más grave es la indeterminación del momento procesal en que el tribunal debería ponderar y declarar la suficiencia o insuficiencia de aquellos indicios. Nada dice la ley. Tampoco establece el deber del juez de advertir al demandado, con la debida antelación, que debe aportar prueba que justifica la razonabilidad y proporcionalidad de la medida impugnada. Entonces, puede ocurrir que el empleador se entere, recién en el momento de leer la sentencia que le «tocaba probar». A estas alturas habrá perdido el pleito. Esto ya ha ocurrido en la práctica» (Palavecino, 2012b: 64).

37. A pesar de que de la alteración al «deber» de aportación no se derivan consecuencias concretas a la carga material de la prueba.

38. Dicho de otro modo, si el acto al que se le atribuyen consecuencias vulneratorias se encontrara suficientemente probado, no sería necesario alterar la carga de la prueba. Ya hemos sostenido razones contra tal interpretación. Sin embargo, tal indeterminación probatoria es un presupuesto básico en esta interpretación, cuestión similar a lo que ocurre a propósito de las cargas probatorias dinámicas.

del acto; sino que deberá probar que la conducta (cuya ocurrencia se encuentra indeterminada) fue justificada o proporcional (Ugarte Cataldo, 2009: 225). Ahora bien, se dice que esta justificación sería más que meras alegaciones, puesto que el denunciado deberá proporcionar una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (Cárcamo Zamora y Núñez González, 2012: 87-88).

Finalmente, queda la duda respecto a si podría el denunciante realizar alegaciones o aportar elementos de prueba respecto de la justificación del denunciado³⁹. Parecería, al menos bajo esta interpretación, que la respuesta sería negativa; excluyendo, parcialmente, a la víctima de la vulneración del objeto del juicio.

La prueba de indicios como carga probatoria dinámica

Partiremos señalando que entender a la prueba de indicios del artículo 493 del Código del Trabajo como alteración a la carga de la prueba no es una cuestión pacífica en nuestra doctrina. Existen diversas críticas a esta regla; ello puesto que, se dice, tal aplicación vendría aparejada de problemas de seguridad jurídica, pudiendo afectar al debido proceso.

En este contexto, una crítica recurrente es que entender la prueba de indicios como regla que altera la carga de la prueba no es distinto a sostener que estaríamos frente a una aplicación de la doctrina de cargas probatorias dinámicas (Larroucau García, 2010: 72; Palavecino Cáceres, 2012a: 26; Santibáñez Boric, 2010: 83-91).⁴⁰

Entonces, ¿estamos o no frente a una regla que establece cargas probatorias dinámicas? Podríamos señalar que, si entendemos que la regla del artículo 493 altera la carga de la prueba, razones no faltan. En primer lugar, si la prueba indiciaria —entendida como alteración a la carga de la prueba— se funda en la idea que el trabajador se encuentra en una peor posición para lograr probar la conducta vulneratoria del denunciado, y ello supone que dicha dificultad radica en la indisponibilidad y falta de control sobre la prueba; parecería que la justificación es la misma. En segundo lugar, su funcionamiento es idéntico, pues como señala Peyrano⁴¹, la regla «no acarrea un desplazamiento completo de la carga probatoria, sino tan solo parcial conservándose en cabeza de la otra parte la imposición de ciertos esfuerzos probatorios» (Peyrano, 2013: 972).

39. Puesto que, si no se exige al denunciante que pruebe la ocurrencia del acto vulneratorio, mucho menos podría probar que tal hecho fue injustificado.

40. Debemos aclarar dos cosas: i) que los autores que se refieren a la prueba de indicios como carga dinámica no son partidarios de tal aplicación; y ii) los autores que sostiene que esta regla altera la carga de la prueba no se refieren explícitamente a esta como carga dinámica, más allá de sus evidentes similitudes.

41. Vale la pena aclarar que Peyrano se está refiriendo a la doctrina de las cargas dinámicas, no al artículo 493 del Código del Trabajo.

De cualquier forma, en tanto no somos partidarios de entender la prueba de indicios como una alteración a la carga de la prueba, tampoco abogamos por la aplicación de esta como carga probatoria dinámica. En tal sentido, conviene remitirnos a las críticas y cuestionamiento de la institución a lo planteado en apartados anteriores. Lo anterior no quiere decir que pasemos por alto estas posiciones; es más, hay diversos elementos que explicitan de buena manera que entender la prueba de indicios como alteración a la carga de la prueba es erróneo.

Por una parte, Palavecino ha sostenido que es el errado entendimiento de los indicios el que provoca que la regla del artículo 493 del Código del Trabajo se entienda como una alteración a la carga de la prueba (Palavecino, 2012b: 64). Esto nos parece acertado tal como ya lo hemos prevenido: si comprendemos los indicios como algo más que meras alegaciones pero que, sin embargo, el resultado de su valoración es inferior a la prueba directa (Caamaño Rojo y Ugarte Cataldo, 2014: 86), no queda más que concluir que los indicios no formarían parte del juicio de probabilidad, sino que de verosimilitud. A partir de ahí sería incorrecto sostener que la prueba de indicios sea realmente prueba, puesto que solo se justificaría en su regularidad (Taruffo, 2005a: 504-505).

Por otra parte, a propósito del momento u oportunidad en que la regla recibe aplicación, se afirma que el juez deberá advertir a la parte denunciada que los indicios son suficientes (Jara Bustos, 2010: 174) y, por tanto, que las consecuencias adversas de la indeterminación del hecho que sirven de base a la pretensión recaen sobre ella. En tal sentido, Cristina Santibáñez ha señalado que, en la medida que la ley no autoriza expresamente al juez a realizar tal advertencia, si ello ocurre este quedaría legalmente implicado (Santibáñez Boric, 2010: 91). En general, cualquier decisión relacionada al fondo del asunto debe ocurrir al momento de la decisión; salvo en los casos que la ley lo permita en forma expresa (como suele ocurrir con las medidas cautelares o el llamado a conciliación).

La prueba de indicios como estándar de prueba disminuido

Otra interpretación del artículo 493 del Código del Trabajo consiste en entenderlo como un estándar probatorio diferenciado en favor del denunciante. Así, se ha sostenido que la prueba de indicios laboral, a diferencia de lo que ocurre en materia penal, sería «un aligeramiento o desplazamiento probatorio del demandante trabajador al demandado empleador» (Gamonal Contreras, 2008: 78) por lo que «puede ser definida como un estándar probatorio que exige una prueba mínima de vulneración de un derecho fundamental del trabajador subordinado para que sea el empleador quien deba justificar la licitud de su actuación» (Gamonal Contreras, 2008: 78).

No olvidemos que la prueba de indicios está fuertemente relacionada a la concepción respecto de los indicios mismos. En tal sentido, esta interpretación los entiende

como «una suerte de presunción no plena de existencia de una lesión a un derecho fundamental y, para destruirla, el demandado deberá probar plenamente» (Gamonal Contreras, 2008: 80). En este caso, nuevamente vemos la supuesta superioridad de la prueba directa frente a la prueba indirecta o presunciones. Más aún, parecería que la prueba de indicios sería incluso inferior a una presunción. En tal sentido, llama la atención la idea de plenitud probatoria, ¿a qué se refiere con plena prueba? No queda claro realmente si el autor se refiere a la indeterminación que resultaría de no probar directamente o si, lisa y llanamente, aboga por el uso de un sistema de prueba legal en el proceso laboral y renunciar a la sana crítica.

En general, son diversas las formas en que se hace referencia a la prueba de indicios como un estándar de prueba y, por ello, resulta bastante extendida. Por ejemplo, se ha dicho que la prueba de indicios sería en realidad un principio de prueba; y que el principio de prueba es una institución que tendría por objeto inducir al tribunal en una creencia racional de la probabilidad real de vulneración, no siendo necesaria la plena convicción (Castro Castro, 2012: 126). Tal cuestión resulta problemática. En primer lugar, en el principio de prueba del procedimiento de tutela laboral español (lugar de donde se extrae el debate) es posible ver con claridad la presencia de un razonamiento presuntivo; por lo que la distinción entre la prueba de indicios y el principio de prueba solo es operativa a partir de la identificación previa de los hechos que permitirán o no la aplicación de la norma (Pino Henríquez, 2018: 97-103). En segundo lugar, nos parece erróneo sostener que el denunciante requiere la plena convicción del juzgador para obtener un resultado favorable. Plena prueba, íntima convicción, etcétera, son cuestiones completamente ajenas al proceso laboral y no es posible su aplicación fuera de su ámbito de justificación, por lo que deben ser desterradas del imaginario. Finalmente, no es posible sostener que el principio de prueba persiga inducir al juez la «creencia racional de probabilidad real de vulneración». Puesto que, cuando se analizan las creencias (como actitud proposicional) resulta que estas siempre son verdaderas para el sujeto que las enuncia. Es decir, no se puede decidir —voluntariamente— tener creencias falsas (Haack, 2012: 574). Por tanto, es contradictorio en sí mismo tener «creencias racionales de la probabilidad real de la ocurrencia de un hecho».

Ugarte también entrega algunos elementos que permiten entender a la prueba de indicios como un estándar de prueba diferenciado: i) sostiene que los indicios serán suficientes cuando generen sospecha razonable⁴² de vulneración (Ugarte Cataldo,

42. La idea de sospecha razonable se suele repetir en nuestra literatura, en tal sentido se ha sostenido que: «El demandante, al aportar los datos de hechos indispensables para llevar al convencimiento del órgano judicial de la presencia de unos indicios mínimos de vulneración de derechos fundamentales realiza un principio de prueba: prueba *prima facie* que no consiste en acreditar sino en imbuir en el juez una sospecha racional» (Cárcamo Zamora y Núñez González, 2012: 86).

2009: 221); ii) que el hecho probado por los indicios queda inciertamente determinado (Ugarte Cataldo, 2009: 222); y iii) que para que opere esta regla debe quedar una duda razonable de la ocurrencia de vulneración (Ugarte Cataldo, 2009: 221).⁴³ No parece existir, al menos en nuestro ordenamiento, un estándar probatorio asimilable a la sospecha razonable. Sin embargo, a lo que se hace referencia con esta idea no es a otra cosa que a un estándar de prueba disminuido.⁴⁴ Esto es problemático puesto que, si la indeterminación normativa y la carencia de parámetros objetivos de justificación del estándar de prueba laboral ya es algo, de por sí, suficientemente problemática; introducir esta regla de mera sospecha es aún más difícil de aceptar. Lo que ocurre es que se sugiere la determinación de prueba de un hecho cuya ocurrencia es menos probable que su no ocurrencia; prescindiendo de las reglas de la racionalidad general que permitirían descartar una decisión de este tipo. Nos parece que buena parte del problema puede evidenciarse con la siguiente cita:

Se trata en este caso de la aplicación de un juicio de razonabilidad que se aleja de la «absoluta certeza», «plena prueba» o «íntima convicción». Con ello, el tribunal podrá acoger demandas de acoso laboral sin necesidad de alcanzar la comprobación directa y absoluta de los hechos denunciados sino que le bastará advertir una «sospecha razonable» de que se ha producido una conducta lesiva de derechos fundamentales, para que esta se ésta se estime acreditada (Caamaño Rojo y Ugarte Cataldo, 2014: 86).

Por una parte, este razonamiento sugiere que la importancia de la prueba de indicios radica en permitir al juez que un hecho se encuentre probado sin necesidad que este logre plena certeza.⁴⁵ El problema, como ya mencionamos, es que ello nunca fue necesario; todos esos estándares son ajenos a la justicia laboral y ninguna regla era necesaria para evitar su aplicación.⁴⁶ Por otra parte, vemos insistencia en la idea que la prueba indiciaria es inferior a la prueba directa, cuestión que ya hemos abordado.

Así, para concluir, el estándar de prueba, a falta de establecimiento normativo, viene dado por las reglas de la racionalidad general. Es decir, será suficiente para

43. En tal sentido, la Corte de Apelaciones de Rancagua, en causa rol N° 6/2017, ha señalado que no se libera al trabajador de su carga de aportar elementos que -aunque no prueban inmediata y directamente la conducta lesiva- si establezcan hechos o circunstancias que logren generar en el juez laboral la sospecha razonable de que esa conducta se ha producido.

44. Así ha fallado la Corte Suprema, en causa rol 1806/2015 (Unificación de Jurisprudencia), pues sostuvo, en el considerando quinto, que el artículo 493 del Código del Trabajo suponía un estándar menor de comprobación relacionado con la verosimilitud del hecho.

45. En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Iquique, en causa rol 79/2015, sostuvo que la finalidad del artículo 493 del Código del Trabajo sería evitar la aplicación del «estándar» de «plena prueba».

46. En sentido similar, Jorge Larroucau se ha mostrado crítico con la utilización del estándar de prueba penal en juicios civiles (Larroucau, 2012: 786-788).

que un hecho se considere probado que su ocurrencia sea más probable que su no ocurrencia o la ocurrencia de alguna hipótesis incompatible. Además, si la prueba indirecta no tiene un valor cognitivo inferior a la prueba directa; no hay realmente razones que permitan sostener que el artículo 493 del Código del Trabajo implica un estándar de prueba disminuido, a menos que consideremos que los indicios no guardan relación alguna con la prueba de la vulneración.

La prueba de indicios como principio de prueba: el caso español

La Ley 36/2011, de 10 de octubre de 2011, contiene —además de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas— una regla bastante similar a la prueba de indicios del artículo 493 del Código del Trabajo. En tal sentido, el artículo 181.2 de esta ley, establece que:

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

Esta norma reconoce la prueba indiciaria en el procedimiento laboral, la cual se configura en dos sentidos (Chocrón Giráldez, 2011: 384): i) exigiendo la aportación del actor de indicios de que el acto empresarial vulnera su derecho fundamental o libertad; y ii) exigiendo al demandado una justificación objetiva y razonable de las causas del acto. Debemos señalar que, en este caso se dice que no hay una inversión a la carga de la prueba, toda vez que las exigencias probatorias a las partes no son modificadas. En tal sentido, Ana María Chocrón señala:

Obsérvese que con ese esquema la posición del trabajador en la distribución probatoria es francamente ventajosa bastándole acreditar indicios para que el tribunal lo tenga en cuenta si la empresa no logra combatir en juicio tales indicios. En ello se ha querido ver una inversión o desplazamiento de la carga probatoria. Sin embargo, en estricto sentido, no concurre este fenómeno procesal en la medida que las exigencias probatorias de las partes no se modifican, esto es, el actor no queda relevado de la carga de probar pasando ésta al contrario, o en otros términos no le basta al demandante simplemente con calificar de discriminatoria la actuación o decisión de la empresa demandada sino que también deberá desplegar una primera e ineludible tarea probatoria y no meramente alegatoria a diferencia de lo que pudiera deducirse de una primera impresión (Chocrón, 2011: 384-385).

Que no exista propiamente una inversión a la carga de la prueba no implica que la prueba de indicios del artículo 181.2 de la Ley 36/2011 esté exenta de discusiones. Por más que exista acuerdo en que esta regla no se trata realmente una inversión a la carga de la prueba, se ha discutido si —por otra vía— a partir de esta norma se podrían

modificar las reglas generales sobre su distribución (Lousada Arochena, 2016: 22). Esta discusión tiene su origen en la doctrina establecida mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en relación a lo que se ha denominado como principio de prueba. Lo que se discute no es el alcance de la prueba indiciaria, sino que, si es posible, a partir de la norma en comento y de diversas directrices y normas (españolas y comunitarias), flexibilizar o atenuar la carga de la prueba del demandante (Lousada Arochena, 2016: 20-22). Sin embargo, a nuestro juicio, si bien es posible diferenciar ambas instituciones, de ninguna de ellas se sigue realmente una dispensa a la parte demandante de aportar prueba del hecho que alega; es decir, no se modifica la carga de la prueba.⁴⁷

La prueba de indicios como presunción

Llegados a este punto, resta postular la forma en que el artículo 493 del Código del Trabajo puede ser entendido como presunción y las consecuencias que se pueden extraer de tal interpretación. Para ello retomaremos (nuevamente) la noción de indicios, luego explicaremos la naturaleza de la norma y posteriormente señalaremos la forma en que opera.

¿Qué son los indicios?

Como hemos venido señalando, los indicios son hechos y, en tal calidad, estos deben entenderse como fuente de presunción. No estamos inventado la rueda, pues tal cuestión ha sido planteada —de una u otra forma— por distintos autores a lo largo de este estudio. Así, que los indicios sean señales que den cuenta de la vulneración de un derecho protegido (hecho desconocido) debería ser pacífico. El punto se hace problemático en la medida que a tales hechos se les atribuyan facultades especiales o características que poco tienen que ver con un indicio. En tal sentido, los indicios

47. En tal sentido José Lousada, a modo de ejemplo, a partir de sentencias del Tribunal Constitucional Español entre 1997 a 2006, enumera los siguientes (2016: 24-26): i) la correlación temporal entre el ejercicio del derecho fundamental y la actuación empresarial; ii) la comparación del demandante con otros trabajadores comparables; iii) la existencia de antecedentes discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales de la parte demandada; iv) los datos profesionales y buena trayectoria previa del demandante con anterioridad a la extinción de la relación laboral simultánea al conocimiento empresarial del factor protegido; v) la manifestación empresarial de la causa discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales; vi) la flagrante ausencia de justificación empresarial; o vii) el contexto de los acontecimientos como elementos de verosimilitud. En todos estos casos, se ve claramente la existencia de hechos indicativos de vulneración que permiten realizar un razonamiento asociativo del tipo presuntivo. De cualquier forma, la diferencia, a nuestro juicio, viene dada por que, en la prueba de indicios, el hecho indicativo se encuentra «en blanco»; mientras que, en el principio de prueba, se han construido hipótesis que sirven como inferencias teóricas (en profundidad Pino Henríquez, 2018: 97-103).

ni son pruebas ni son estándares probatorios: son hechos. Esta situación queda clara cuando pensamos en ejemplos de estos indicios. Se ha dicho, por ejemplo, que la cercanía temporal entre la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo y el despido del trabajador puede ser indicativo de vulneración (Castro Castro, 2012: 130); así, tal cercanía temporal es un hecho que deberá probarse (a menos que no fuera controvertido).⁴⁸

Entonces, ¿alguien podría sostener que la correlación temporal entre el ejercicio de un derecho tutelado y la represalia del empleador es un estándar de prueba? Es bastante claro que la respuesta es negativa; lo mismo podríamos señalar si acaso tal cercanía es un medio de prueba. Así, para que el indicio opere dentro del procedimiento esta cercanía deberá ser probada, y lo que se prueba son los hechos.

Naturaleza de la prueba indiciaria

A pesar que prueba indiciaria, indirecta y presunciones sean términos sinónimos (Leguisamón, 2006: 45-46), en nuestra literatura la naturaleza de la norma sigue siendo punto en disputa. Esto es consecuencia de entender a la prueba indiciaria como cognitivamente inferior, o menos fiable, que la prueba directa. En tal sentido, conviene recordar dos cosas: i) que no existen razones lógicas, epistémicas, legales ni históricas que permitan sostener tal diferenciación funcional; y ii) que toda la prueba crítica es, en esencia, indirecta.

En este apartado nos ocuparemos de tres cuestiones: i) la naturaleza de la presunción; ii) su estructura; iii) la indeterminación del hecho indicativo.

Recordemos que distinguir entre «es presumible» o «debe presumirse» tiene que ver con la obligatoriedad de la garantía o conexión de la presunción. Que en las presunciones *hominis* la garantía no sea obligatoria responde a que esta se trata de un razonamiento teórico que puede tener como base reglas lógicas o de experiencia. En las normas de presunciones ocurre lo contrario, ya que la garantía no solo es inimpugnable, sino que importa un mandato a su destinatario (el juez). Así, por una parte, si aceptamos la equiparación funcional entre prueba directa e indirecta, entender la regla del artículo 493 del Código del Trabajo como una presunción *hominis* es superfluo; ello pues no es necesaria ninguna norma que permita el uso del razonamiento presuntivo al interior del procedimiento de tutela. Tal cuestión se hace clara al considerar el artículo 453 del Código del Trabajo que, al referirse a la sana crítica, hace

48. En un sentido similar, Ugarte ha señalado que: «Los indicios en esta materia pueden ser, entre otros: i) la correlación temporal del ejercicio del derecho fundamental y la conducta lesiva del empleador [...]; ii) manifestaciones del empleador que den a entender o puedan leerse motivadas por un móvil lesivo de derechos fundamentales; iii) la comparación del trato del empleador a trabajadores en una situación comparable al denunciante [...]; iv) la existencia de un clima lesivo de derechos fundamentales de la empresa dado por conductas previas y persistentes del empleador» (Ugarte Cataldo, 2009: 224).

suya la forma tradicional en que se entiende este tipo de razonamiento. Por otra parte, entender el artículo 493 del Código del Trabajo como una norma de presunción, si permite extraer consecuencias reales. Una primera consecuencia es que, en este caso la garantía es inimpugnable; es decir, que, en caso de existir indicios suficientes, el denunciado solo podría atacar la presunción mediante las estrategias de bloqueo o destrucción. La segunda consecuencia es que, ante la determinación de indicios suficientes, la presunción debe ser observada en todo caso.⁴⁹

En cuanto a la estructura de la prueba de indicios, vale tener presente que las normas de presunción se pueden diferenciar según si presentan o no una estructura condicional. En tal sentido, se ha dicho que para la aplicación del artículo 493 del Código del Trabajo no bastan las meras alegaciones, sino que los indicios deben ser probados. Si esto es así, podemos sostener con tranquilidad que la presunción presenta una estructura condicional, no alterando la carga de la prueba. Sin embargo, para estructurar esta norma como una presunción, debemos tener a la vista el artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo, el que establece que existe vulneración de derechos fundamentales cuando se limite el pleno ejercicio de los derechos y garantías del trabajador: i) sin justificación suficiente; ii) en forma arbitraria o desproporcionada; o iii) sin respeto a su contenido esencial. Entonces, a partir de los elementos de las presunciones, podríamos reestructurar la norma en el siguiente sentido: cuando se limite el pleno ejercicio de los derechos del trabajador, debe presumirse que tal limitación ha sido injustificada, arbitraria o desproporcionada. Así, estaríamos frente a: i) un hecho indicativo (limitación al pleno ejercicio de un derecho del trabajador); ii) una garantía (cuando se limita el pleno ejercicio de un derecho del trabajador debe presumirse que esta fue injustificada, arbitraria o desproporcionada); y un hecho presumido (se han vulnerado los derechos fundamentales del trabajador). Cuando dijimos que tal reformulación puede ser problemática hacemos referencia a dos cosas: i) que el hecho indicativo se encuentra en blanco; y ii) como consecuencia de lo anterior, es complejo determinar la suficiencia de los indicios.

En general, cuando encontramos normas de presunción se puede apreciar que es bastante claro aquello que debe ser probado para que opere. Así, por ejemplo, en el caso de la presunción de pagos anteriores, el deudor debe probar que ha pagado tres periodos consecutivos (artículo 1570 del Código Civil); o en el caso de la presunción de paternidad debe probarse que el hijo nació dentro del matrimonio (artículo 184 del Código Civil). En el caso del artículo 493 del Código del Trabajo no existe tal claridad. Sin embargo, de ello no se sigue que deba descartarse esta norma como presunción. En este caso, la norma tiene la particularidad de que el hecho base no está

49. Esto es una cuestión distinta a afirmar que, en tal situación, la denunciada pierda el procedimiento, puesto que las presunciones son esencialmente derrotables. Además, que se hayan probado los indicios es una cuestión distinta a la determinación de su suficiencia.

previamente tipificado, por lo que el juez deberá identificarlo a partir de las circunstancias contenidas (y exigidas) en la denuncia. Tal formulación se conoce como presunciones legales con el hecho básico «en blanco» (Taruffo, 2005a: 511). Sostener que el hecho indicativo de la presunción se encuentra «en blanco» permite entender de mejor forma la norma. Así, si agregamos tal elemento a la reformulación del artículo 493 del Código del Trabajo como norma de presunción obtendríamos el siguiente resultado: cuando existan indicios suficientes de que se ha limitado el pleno ejercicio de los derechos del trabajador, debe presumirse que tal limitación ha sido injustificada, arbitraria o desproporcionada. Quedando la determinación de tales indicios circunscrita al contenido de la denuncia.

Funcionamiento de la prueba indiciaria

Habiendo establecido que la regla del artículo 493 del Código del Trabajo contiene una norma de presunción cuyo hecho base se encuentra «en blanco», queda aún señalar las consecuencias que de ello se derivan al procedimiento. Tal cuestión, será analizada en tres perspectivas: i) el contenido de la denuncia y la determinación del objeto del juicio; ii) qué deberá probar cada parte; y iii) la oportunidad en que opera la regla.

Entonces, una primera cuestión tiene que ver con la determinación de los indicios. Si aceptamos que la prueba indiciaria del procedimiento de tutela no ha tipificado el hecho indicativo de la vulneración, implica que debe ser encontrado en otro lugar. Por una parte, el artículo 490 del Código del Trabajo establece que la denuncia, además de los requisitos generales, debe contener: i) la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración; y ii) los antecedentes en que se fundamenta. Así, será a partir de estos requisitos adicionales que el juez podrá identificar las circunstancias que, de ser probadas, permitan fundamentar la presunción. Por otra parte, el artículo 490 inciso segundo del Código del Trabajo establece que en caso que la denuncia no contenga los requisitos mencionados, se concederá un plazo de cinco días para su incorporación. Entonces, si el juez debe identificar, a partir de la denuncia, los hechos o circunstancias indicativas de vulneración y, además, en caso de no cumplir con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 490, el juez podrá requerir al denunciante su incorporación; podemos concluir que es a partir de la denuncia que se deben desprender indicios que tengan aptitud para presumir la vulneración. No estamos señalando que de la sola admisibilidad de la denuncia se derive tal conclusión; sino que, en caso que todos los indicios de la denuncia sean probados, se debe presumir que la conducta fue vulneratoria.⁵⁰ De cualquier forma, bajo este esquema podrían ocurrir diversas situaciones: i) cuando los hechos contenidos en la denuncia

50. Pues tendrían, en su conjunto, «aptitud» de suficiencia en caso de ser probados.

no sean aptos (una vez probados) para presumir la vulneración, deberá procederse conforme al artículo 490 inciso segundo del Código del Trabajo; ii) cuando ninguno de los indicios contenidos en la denuncia resulten probados, no aplicará la presunción; iii) cuando alguno de los indicios contenidos en la denuncia hayan sido probados, corresponderá al juez determinar su suficiencia conforme a las reglas de la sana crítica;⁵¹ y iv) cuando todos los indicios contenidos en la denuncia se hayan probado, se deberá presumir la vulneración.⁵² Una segunda cuestión dice relación con el objeto del juicio, diremos que este tiene una estricta relación con el contenido de la denuncia y que dicha determinación debe realizarse explícitamente. Es decir: no basta con que se señale como hecho a probar la efectividad o no de la vulneración, sino que se deberán incorporar los hechos indicativos como objeto de prueba. Esto es así no solo porque la determinación genérica de los hechos a probar es incompatible con la sana crítica (Coloma Correa, 2012: 763-765), sino que tal cuestión es fundamental para entregar mayores certezas a las partes respecto a la aplicación de la norma (Hunter Ampuero, 2015: 242-246).

Habidos ya en el funcionamiento de la regla, corresponde determinar qué deberá probar cada parte. Esto es relevante en la medida que se ha sostenido que la prueba indiciaria alteraría la carga de la prueba. De cualquier forma, no debería ser controvertido sostener que al denunciante le corresponde la prueba de los indicios de la vulneración, y que no bastan las meras alegaciones. En tal sentido, respecto de los indicios se realiza un juicio de probabilidad, ya que se hace referencia a la prueba del hecho; es decir, a la presencia de elementos cognitivos que lo confirman (Taruffo, 2005a: 504). Donde sí podríamos encontrar problemas es respecto a la suficiencia de

51. Resulta claro que no cualquier indicio podrá ser suficiente y, en tal sentido, unos podrían ser más confiables que otros. Ejemplificaremos la situación en forma simple: un trabajador denuncia haber sido despedido injustificadamente en razón de su orientación sexual. En este caso, los hechos indicativos de despido discriminatorio serían: i) que el despido fue injustificado; ii) que el denunciado conocía o podía conocer el factor tutelado; y iii) correlación temporal entre el conocimiento del factor tutelado y la represalia del empleador. En tal caso, además de la inversión a la carga de la prueba respecto a la justificación de la causal del despido, el denunciante deberá aportar prueba respecto al conocimiento del factor tutelado y la correlación temporal entre dicho conocimiento y la represalia. Si al finalizar el juicio solo se da por establecido que el despido fue injustificado, deberá rechazarse la denuncia de vulneración, pues no es suficiente que un despido sea injustificado para considerarlo vulneratorio. En cambio, si solo se prueban las otras dos circunstancias (es decir, que el despido fue justificado pero el empleador conocía del factor tutelado y existió cercanía temporal entre dicho conocimiento y el despido), tampoco parecería ser suficiente para que se presuma la vulneración; más allá que nada impide que un despido justificado pueda ser vulneratorio (Ugarte Cataldo, 2009: 226-227), ello no sería suficiente en el ejemplo propuesto.

52. Teniendo en consideración que se admite prueba en contrario. En tal caso el denunciado podría utilizar tanto la estrategia del bloqueo (desvirtuando los indicios) o de destrucción (probando que la limitación al derecho fundamental no fue injustificada, arbitraria o desproporcionada).

los indicios. Sin embargo, tal cuestión —dada la naturaleza de la norma— solo podrá resolverse caso a caso; cabe advertir que, para la correcta determinación, la denunciante deberá ser prolija en su exposición, analizando cuales indicios tienen aptitud para ser suficientes y no sobreabundar, pues ello aumentaría el riesgo de probar indicios que no sean considerados suficientes para presumir la vulneración. Además, si bien la prueba de la falta de justificación, de proporcionalidad o de arbitrariedad es resuelta mediante la presunción del artículo 493 del Código del Trabajo, nada obsta a la denunciante para que aporte prueba en ese sentido, pudiendo desvirtuar las alegaciones de la contraria. Para resolver qué debe probar la parte denunciada no es necesario un examen detallado al procedimiento de tutela, ello pues deberá probar los hechos impeditivos, modificativos o extintivos, además de todos los que alegue y sean distintos a los invocados por la demandante, tal como ocurre en cualquier procedimiento (Peyrano, 2013: 968). Que el denunciado deba aportar prueba que desvirtúe los indicios o aporte prueba respecto de la justificación o proporcionalidad no importa alterar nada, pues si la vulneración queda inciertamente determinada el resultado adverso sigue siendo soportado por la denunciante. Así, como hemos señalado, que una parte deba aportar prueba es una cuestión distinta a quien debe soportar las consecuencias adversas ante la indeterminación del hecho. Es decir: el denunciado va a aportar prueba simplemente porque no quiere un resultado desfavorable, no porque esté obligado a probar.

Si aceptamos que el artículo 493 del Código del Trabajo es una norma de presunción, determinar la oportunidad en que se aplica no es problemático. Así, la única oportunidad en que podría verificarse que los indicios se encuentran probados, y que son suficientes, es al momento de tomar la decisión sobre el conflicto (Hunter Ampuero, 2015: 243). A diferencia de lo que ocurre en el caso de las cargas dinámicas, en que es necesario advertir la alteración; en el caso de las presunciones, no es necesario advertir que pueden ser aplicadas, solo importando la prueba respecto de los hechos, como ocurre en cualquier procedimiento.

Conclusiones

A lo largo de este estudio hemos examinado diversas instituciones relacionadas a la prueba en el proceso y, en específico, a la prueba indiciaria en el procedimiento de tutela laboral. Para concluir, nos referiremos a los elementos que permiten sostener que el art. 493 CdT se trata funcionalmente⁵³ de prueba de indicios así como la conveniencia de adoptar tal criterio.

a) Los indicios son hechos en los que se fundan las presunciones. La prueba de indicios es aquella en que la información que se proporciona al juez no guarda vín-

53. Puesto que no solo se «denomina» prueba de indicios, sino que «es» prueba de indicios.

culo directo con el hecho pero que permite el establecimiento de un vínculo racional asociativo con él (Miranda Vázquez, 2015: 78-79); es decir, que ofrece elementos de confirmación de la hipótesis sobre el hecho a probar y que tal confirmación se alcanza mediante un paso lógico de un hecho a otro (Taruffo, 2005a: 256).

b) La prueba directa no posee superioridad funcional respecto a la prueba indirecta (Larroucau Torres, 2012: 793). Es más, hay diversas razones para sostener que, en el fondo, toda la prueba es indirecta; puesto que es el punto de arranque de la valoración racional de la prueba.

c) La regla de la carga objetiva o material de la prueba es una regla de juicio que indica al juez como debe fallar cuando no existan, en el proceso, pruebas que permitan determinar los hechos en que se fundamenta la decisión. La regla de la carga subjetiva o formal de la prueba establece quién debe probar los hechos. Esta última no contiene un deber normativo, sino práctico, y no se deriva de la carga objetiva de la prueba ya que: i) regula situaciones distintas; ii) se dirige a sujetos distintos y iii) se refiere a actividades probatorias distintas. Además, en razón del principio de adquisición procesal, no es condición necesaria que una parte aporte prueba para obtener una decisión favorable. Entonces, si la carga subjetiva no se deriva de la carga objetiva y tampoco es funcional a los procedimientos modernos, podríamos prescindir de esta noción.

d) La doctrina de las cargas probatorias dinámicas hace suya la confusión entre carga objetiva y subjetiva de la prueba. Si la carga subjetiva de la prueba se deriva de la carga objetiva, la única forma de modificar el deber de aportación sería alterando la regla que determina cuál de las partes deberá enfrentar el resultado adverso ante la falta de prueba, lo que importaría modificar el supuesto de hecho en que se funda la norma cuya aplicación se pretende. Tal problema de seguridad jurídica no es la única razón para descartar esta doctrina. Además, tampoco sirve para los fines que se pretenden, pues es ilusorio que alguien traiga prueba que le perjudica solo para satisfacer un deber de aportación; en tal sentido no es la única (ni mejor) forma de generar incentivos para aportar prueba al proceso. Finalmente, diremos que quien debe aportar prueba y quien debe soportar el resultado adverso si no hay prueba suficiente son preguntas independientes, que esta doctrina trata indebidamente.

e) Las presunciones se caracterizan por ser instrumentales, derrotables y parciales. Además, pueden ser clasificadas atendiendo a dos criterios: i) su impugnabilidad; y ii) su carácter condicional. Por una parte, las presunciones *hominis* son siempre impugnables, pues se fundan en inferencias teóricas y no imponen la obligación de presumir el hecho desconocido; en cuanto a su estructura, estas presunciones son condicionales, puesto que para dar por probado el hecho desconocido debe cumplirse una condición (probar el hecho indicativo). Por otra parte, las normas de presunciones no son impugnables, pues obligan al juez a usar una cierta premisa en la resolución de los casos en que estas normas sean aplicables (Aguiló Regla, 2006: 16).

En cuanto a la estructura, las normas de presunciones no siempre son condicionales, para explicar tal cuestión, conviene distinguir entre reglas y principios (Aguiló Regla, 2006: 22). Las presunciones-principio no poseen una estructura condicional, por lo que importan una alteración a la carga de la prueba; las presunciones-regla si poseen dicha estructura, por lo que no alteran la carga de la prueba, sino el *thema probandi*.

f) En el procedimiento de tutela laboral español, la prueba indiciaria se presenta como una cuestión distinta al principio de prueba. Respecto a la primera no hay dudas en que estamos frente a una presunción y que no altera la carga de la prueba, dado su carácter condicional. En cuanto al principio de prueba, la diferencia –a nuestro juicio– pasa por la tipificación de los hechos indicativos de la vulneración (que en la prueba de indicios se encuentra «en blanco»), pero que no se diferencia realmente del razonamiento presuntivo y también presenta una estructura condicional, por lo que no altera la carga de la prueba.

g) Es erróneo sostener que el artículo 493 del Código del Trabajo altere la carga de la prueba. En primer lugar, ello encuentra fundamento en la supuesta inferioridad de la prueba indiciaria; pues, cuando existen indicios suficientes, se sostiene que el hecho oculto aún estaría inciertamente determinado. En segundo lugar, no queda claro si la alteración se refiere a la dimensión objetiva o subjetiva de la carga de la prueba. Sin embargo, a partir de lo expuesto por Ugarte es posible sostener que se trata de la carga material (Ugarte Cataldo, 2009: 221). Se podría reafirmar tal situación en la medida que se ha dicho que la oportunidad en que se aplica esta regla es al momento de dictar sentencia; recordemos que la carga subjetiva de la prueba tiene aplicación durante la etapa probatoria. Si esto es así, no es posible que el juez pueda alterar la carga objetiva sin que ello implique una vulneración al debido proceso, pues supone alterar el supuesto de hecho de la norma. Finalmente, si el artículo 493 del Código del Trabajo tiene como finalidad alterar la carga de la prueba, ello implica que no tiene como objetivo la prueba de la vulneración; puesto que, por algún motivo desconocido, los indicios no permitirían probarlo.

h) También es erróneo sostener que el artículo 493 del Código del Trabajo tenga por finalidad establecer un estándar de prueba disminuido a favor del denunciante. En primer lugar, esta interpretación parte de la base que el resultado de la prueba indiciaria es necesariamente inferior a la prueba directa. En segundo lugar, a lo que se hace mención con esta interpretación es que el «estándar de prueba indiciario» es un estándar que permite probar la vulneración sin que exista plena convicción, plena prueba o absoluta certeza de su ocurrencia. Sin embargo, todas estas cuestiones son absolutamente ajenas al procedimiento laboral, por lo que no era necesaria ninguna regla para su exclusión. Finalmente, y ante la evidente indeterminación del estándar de prueba laboral, solo se justificaría recurrir al estándar de prueba entregado por las reglas de la racionalidad general. Este mínimo racional se suele traducir en la regla de «más probable que no» y se identifica con la idea de probabilidad prevalecte.

i) Más allá que prueba de indicios y presunciones sean términos sinónimos, hay diversos argumentos que permiten reforzar tal cuestión en el procedimiento de tutela. En primer lugar, el artículo 493 del Código del Trabajo comprende la estructura clásica del razonamiento presuntivo; ya que a partir de un hecho indicativo es posible conocer un hecho desconocido. En segundo lugar, las presunciones se caracterizan por admitir prueba en contrario, cuestión explícitamente recogida en el artículo 493 del Código del Trabajo al establecer que «corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su justificación». Finalmente, el momento en que la norma recibe aplicación también permite concluir que estamos frente a una presunción, ya que será al momento de dictar la sentencia cuando el juez determine si es que existen o no indicios suficientes.

j) Entender la prueba de indicios como presunción puede presentarse ventajoso desde más de una perspectiva. En primer lugar, si el artículo 493 del Código del Trabajo es una presunción, determinar la oportunidad en que se aplica la norma deja de ser problemático. En segundo lugar, esta interpretación permite que las cargas probatorias de las partes sean claras en todo momento, puesto que no sufren ninguna variación.⁵⁴ En tercer lugar, entender esta regla como una norma de presunción con el hecho base «en blanco» reafirma la importancia del artículo 490 del Código del Trabajo,⁵⁵ puesto que a partir de la denuncia es que se deben identificar los hechos indicativos de vulneración. Finalmente, que se trate de una norma de presunción implica, además, la posibilidad de revisar la decisión por infracción de ley; aunque solo en el caso que se hayan probado todos los indicios contenidos en la denuncia y ninguno de los hechos impositivos, modificativos o extintivos resulten probados y que, aun así, se haya fallado en contra del denunciante.

k) Por último, la indeterminación del hecho indicativo de la vulneración es también una oportunidad. En el sentido que hace necesario generar criterios que puedan asentarse y permitir la «tipificación» de ciertos indicios, en términos similares a la labor realizada por el Tribunal Constitucional Español a propósito de la doctrina del principio de prueba. Tales criterios facilitarían la declaración de suficiencia de los indicios de vulneración, sin alterar el razonamiento presuntivo.

54. Pues este mecanismo de facilitación probatoria es de origen legal, no quedando sujeto a la mera discrecionalidad judicial.

55. Vale decir que la estrecha relación entre los artículos 490 y 493 del Código del Trabajo ha sido reconocida por la Corte Suprema, en causa rol 12362/2015 (Unificación de Jurisprudencia).

Referencias

- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2011). «Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal». *Revista de derecho (Valparaíso)*, 37: 483-511. Disponible en <http://bit.ly/2YF6Izx>.
- AGUILÓ REGLA, Josep (1999). «Nota sobre 'Presunciones' de Daniel Mendonca». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 22: 649-660. Disponible en <http://bit.ly/2EcGRu3>.
- . (2006). «Presunciones, verdad y normas procesales». *Isegoría*, 35 (diciembre): 9-31. Disponible en <http://bit.ly/2YEMSEw>.
- . (2017). «Las presunciones hominis y las inferencias probatorias». *Derecho PUCP*, 79 (noviembre): 99-110. Disponible en <http://bit.ly/2Ygn6j8>.
- BRAVO-HURTADO, Pablo (2013). «Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia una facilidad probatoria en Chile». *Revista Chilena de Derecho Privado*, 21 (diciembre): 13-46. Disponible en <http://bit.ly/2PdoyTY>.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo y José Luis Ugarte Cataldo (2014). «El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales». *Ius et Praxis*, 20 (1): 67-90. Disponible en <http://bit.ly/2YIh7dz>.
- CÁRCAMO ZAMORA, Ximena y Cayetano Núñez González (2012). «La prueba indiciaria en el procedimiento de tutela laboral chileno». *Revista Laboral Chilena*, febrero, 83-89.
- CASTRO CASTRO, José Francisco (2012). «La garantía o derecho de indemnidad laboral y su relación con la prueba indiciaria». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3 (6): 111-35. Disponible en <http://bit.ly/2LMs2O4>.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María (2011). «La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el proceso laboral, a propósito de la reforma de la jurisdicción social». En *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada* (pp. 373-386). A Coruña. Disponible en <http://bit.ly/2YJUdm1>.
- COLOMA CORREA, Rodrigo (2012). «¿Realmente importa la sana crítica?» *Revista Chilena de Derecho*, 39 (3): 753-781. Disponible en <http://bit.ly/2shTFrI>.
- DEI VECCHI, Diego (2013). «Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad». *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, 13: 233-264.
- . (2014). «Acercas de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37 (diciembre): 237-61. Disponible en <http://bit.ly/2LPuDXB>.
- DONAIRES SÁNCHEZ, Pedro (2007). «Los sucedáneos de los medios probatorios». *Derecho y Cambio Social*, 4 (11): 115-25.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y Rodolfo Walter Díaz (2011). «La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tute-

- la laboral». *Revista de Derecho* (Valdivia), 24 (2): 91-111. Disponible en <http://bit.ly/35gGaH9>.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2017). «Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso». *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 7 (2): 137-64.
- . (2018a). La carga de la prueba en el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil. Video. IUS 360°. Disponible en <http://bit.ly/2Pg4Qu4>.
- . (2018b). «Carga dinámica de la prueba: entre lo innecesario y la confusión». Ponencia presentada en Workshop: *Fundamentos filosóficos del derecho procesal*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, agosto 29. Disponible en <http://uchile.cl/d145188>.
- GAMA LEYVA, Raymundo (2013). «Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental». *Revista de Estudios de la Justicia*, 19: 65-89. Disponible en <http://bit.ly/2RHuNUV>.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2008). «Prueba indiciaria en el nuevo Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales». *Revista Laboral Chilena*, noviembre, 78-81.
- . (2010). «La eficacia de la libertad sindical en el procedimiento de tutela de derechos». *Revista Laboral Chilena*, enero, 56-61.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2003). «Concepciones de la prueba. Observación a propósito de 'Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad' de Michele Taruffo». *Discusiones: Prueba y Conocimiento*, 3: 43-54.
- . (2005). «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28: 127-39. Disponible en <http://bit.ly/2PHEaRB>.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago (2012). «El conflicto entre los Derechos Fundamentales del Trabajador y la Libertad de Empresa: el necesario tránsito desde el juicio de proporcionalidad al juicio de ponderación». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3 (6): 29-52. Disponible en <http://bit.ly/2qN7H4b>.
- HAACK, Susan (2012). «Toda la verdad y nada más que la verdad». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 (diciembre): 571-87. Disponible en <http://bit.ly/2qKNPPo>.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2015). «Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta». *Revista de Derecho* (Coquimbo), 22 (1): 209-57. Disponible en <http://bit.ly/36vUoFX>.
- . (2017). «Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?». *Ius et Praxis*, 23 (1): 247-272. Disponible en <http://bit.ly/2RWvolR>.
- JARA BUSTOS, Francisco (2010). «La facilidad probatoria en el Procedimiento de Tutela Laboral. Constitucionalidad y tramitación procesal». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1 (2): 153-84. Disponible en <http://bit.ly/2slhm2a>.

- LARROUCAU GARCÍA, María Matilde (2010). «La buena fe procesal y el deber de colaboración de las partes en los procedimientos laborales». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1 (1): 67-81. Disponible en <http://bit.ly/34aJRwM>.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2012). «Hacia un estándar de prueba civil». *Revista Chilena de Derecho*, 39 (3): 783-808. Disponible en <http://bit.ly/2EfMm6g>.
- LAUDAN, Larry (2005). «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28: 95-113. Disponible en <http://bit.ly/38wI1cR>.
- LEGUISAMÓN, Héctor E. (2006). *Las presunciones judiciales y los indicios*. Segunda edición. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- LOUSADA AROCHENA, José F. (2016). «La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español». *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 400: 17-46.
- MAZZARESE, Tecla (2003). «Razonamiento judicial y derechos fundamentales: observaciones lógicas y epistemológicas». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26: 687-716. Disponible en <http://bit.ly/34jmRvA>.
- MENDONCA, Daniel (1998). «Presunciones». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1 (21): 83-98. Disponible en <http://bit.ly/38wmcKB>.
- MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de (2015). «Prueba directa vs. prueba indirecta (un conflicto inexistente)». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38 (diciembre): 73-100. Disponible en <http://bit.ly/2RLFPbF>.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio (2012a). «El nuevo ilícito de acoso laboral en el Derecho del Trabajo chileno». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3 (6): 13-28. Disponible en <http://bit.ly/35gB6Tp>.
- . (2012b). «La Reforma Procesal Laboral Chilena. Una visión crítica desde el garantismo procesal». *Revista Laboral Chilena*, julio, 59-68.
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2013). «Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?» *Ius et Praxis*, 19 (2): 447-66. Disponible en <http://bit.ly/2YJnNZd>.
- PEYRANO, Jorge W. (2013). «La carga de la prueba». *Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*.
- PINO HENRÍQUEZ, Fernando (2018). «Facilitación probatoria en el procedimiento de tutela laboral: análisis de la prueba de indicios». Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho: Universidad de Chile. Disponible en <http://bit.ly/35ndbli>.
- PLANET SEPÚLVEDA, Lucía (2010). «Eficacia del Procedimiento de Tutela Laboral como protección contra el mobbing en Chile». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1 (1): 93-122. Disponible en <http://bit.ly/38CcaI6>.

- PRIORI POSADA, Giovanni y Roberto Pérez-Prieto (2012). «La carga de la prueba en el proceso laboral». *Ius et Veritas*, 22 (45): 334-345.
- PRÜTTING, Hanns (2010). «Carga de la prueba y estándar probatorio: La influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio». *Ius et Praxis*, 26 (1): 453-464. Disponible en <http://bit.ly/2YMMWSz>.
- ROSAS YATACO, Jorge (2004). «Prueba indiciaria: Doctrina y jurisprudencia nacional». *La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal*, pp. 287-302.
- RUIZ SANZ, Mario (2002). «Dialogando sobre lo fáctico en el Derecho: A propósito del modelo cognoscitivista en la prueba». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 19: 475-488.
- SANTIBÁÑEZ BORIC, Cristina (2010). «Las cargas probatorias dinámicas». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1 (1): 83-92. Disponible en <http://bit.ly/2PDujws>.
- TARUFFO, Michele (2005a). *La prueba de los hechos*. Traducido por Jordi Ferrer Beltrán. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta.
- . (2005b). «Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (diciembre): 115-126. Disponible en <http://bit.ly/2E96d7p>.
- . (2009). *La prueba: Artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- THAYER, James B (1889). «Presumptions and the Law of Evidence». *Harvard Law Review*, 3 (4): 141-66. Disponible en <http://bit.ly/34fciJW>.
- UGARTE CATALDO, José Luis (2007). «La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro». *Revista de Derecho* (Valdivia), 20 (2): 49-67. Disponible en <http://bit.ly/36yHPIz>.
- . (2009). «Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba». *Revista de Derecho* (Valparaíso), 33 (diciembre): 215-228. Disponible en <http://bit.ly/34koqGt>.
- VILLALÓN ESQUIVEL, Jorge (2013). «¿Es el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales una adecuada herramienta de control y sanción del acoso laboral? Reflexiones a partir de la dictación de la Ley 20.607». *Revista de Derecho* (Coquimbo), 20 (1): 229-62. Disponible en <http://bit.ly/38A42ri>.

Sobre el autor

FERNANDO PINO HENRÍQUEZ es abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Su correo electrónico es fernando.pino@ug.uchile.cl.