

CONSIDERACIONES METAEPISTEMOLÓGICAS SOBRE EL DERECHO PROBATORIO. EL CASO “KRONOS” COMO MODELO DE LAS PARTICULARIDADES DE LA PRUEBA JUDICIAL EN MATERIA DE TUTELA LABORAL*

Johann S. Benfeld E.**

Resumen: Este artículo afirma que una teoría únicamente epistemológica de la prueba no está en condiciones de dar cumplida cuenta de las particularidades de la fase probatoria judicial. Para realizar el cometido propuesto este ensayo avanza en tres direcciones. Primera, expone de manera breve lo que aquí se denomina “teorías epistemológicas excluyentes” y “teorías epistemológicas incluyentes” de la prueba. En segundo lugar, muestra las implicancias del conocido caso judicial sobre tutela laboral “*Madrid con Kronos*” de 2008. Finalmente, realiza ciertos comentarios sobre el particular y justifica la toma de posición a favor de una teoría de la prueba judicial epistemológicamente incluyente.

Palabras clave: derecho probatorio; prueba judicial; epistemología jurídica; valores meta epistémicos; derechos y garantías jurídicas.

I. Planteamiento de la cuestión

Una teoría de la prueba es epistemológicamente excluyente si sostiene que no corresponde, por lo menos en la etapa de valoración de la prueba judicial, realizar distinciones entre una “verdad formal” del proceso y una supuesta “verdad material” de los hechos. Por lo mismo, quienes son partidarios de esta idea no dudan en eliminar, en tanto las particularidades de la actividad lo permitan, todas las barreras que separan la averiguación de la verdad dentro de un proceso judicial de aquella propia de las ciencias (naturales o sociales). Así, desagregando analíticamente las fases de la etapa probatoria, la fase de valoración de la prueba judicial es comparada con un experimento clínico y el tribunal con un laboratorio. En la etapa de valoración no caben, pues, consideraciones de naturaleza extra epistémicas, las cuales sólo entrarán en un momento anterior o posterior de admisión o decisión sobre la prueba rendida en autos. En tal sentido, Jordi Ferrer ha señalado que, a propósito de los diversos momentos de la fase probatoria (conformación de los elementos de juicio probatorio; valoración de los elementos de juicio; adopción de una decisión con ocasión de los elementos antes señalados), existen efectivamente diferentes valores en competencia, pero que en la fase de valoración de la prueba “reina sin competencia el valor de la averiguación de la verdad”¹. En la misma dirección Gascón afirma que “en un modelo cognoscitivista las únicas valoraciones legales admisibles serían aquellas que constituyan un reflejo de los medios de prueba científicamente contrastados y de su fiabilidad prácticamente absoluta. Simétricamente la ‘libre convicción’, al permitirle al juzgador desligarse de cualquier valoración preconstituida, propicia la averiguación de la verdad”².

* Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt de iniciación N° 11160046, titulado “formulación de un concepto jurídico alternativo de reglas de sana crítica en materia probatoria y sistematización de los criterios y de las reglas particulares a él asociadas”, del cual el autor es investigador principal.

** Licenciado en Filosofía, Universidad Católica de Valparaíso, Chile; Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Teoría y Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: johann.benfeld@pucv.cl

¹ Ferrer, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 47. Vid. También Ferrer, Jordi, *Motivación y Racionalidad de la Prueba*, Ed. Jurídica Grijley, Lima, 2016, pp. 147-171.

² Gascón Marina, *Los Hechos en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 141.

Por cierto, los autores recién citados no desconocen que, en la fase probatoria globalmente considerada, hay valores extra epistémicos involucrados, pero ellos pueden ser desagregados conceptualmente de la valoración propiamente tal, dentro del cual la verdad prima sin contrapeso.

Sin embargo, algunos epistemólogos y teóricos de la prueba han puesto en duda el planteamiento precedente ya en términos negativos, ya en términos positivos. Larry Laudan, por ejemplo, reconoce que toda la fase probatoria judicial está influenciada por valores extra epistémicos que él, por cierto, y en su calidad de científico, desaprueba. Alex Stein, por su parte, desde la perspectiva de la teoría de la prueba judicial va un poco más lejos y afirma que la concepción epistemológica de la prueba es no sólo teóricamente errada, sino que está jurídica y políticamente desorientada. No se trata de que Stein niegue el componente epistemológico de la fase probatoria judicial como un elemento esencial de la misma, sino que dicho componente no es suficiente para explicar el fenómeno y las particularidades de la prueba judicial, incluso en la fase de “valoración de la misma”. A esta última orientación la llamaremos teoría epistemológica incluyente de la prueba.

Puesto que en el derecho probatorio procesal contemporáneo no existe un consenso absoluto respecto a la naturaleza, jerarquía y valores asociados a la etapa de prueba en un proceso judicial, parece razonable afirmar que la posición (teoría excluyente o incluyente) que mejor logre explicar la forma en que realmente se diligencia la prueba judicial llevará ventaja sobre la otra. En este sentido, el caso *Madrid con Kronos*, puede ayudar a ver las ventajas de una y otra teoría en competencia.

II.- El caso Madrid con Kronos

Madrid con Kronos fue un caso sobre despido vulneratorio de derechos fundamentales, incoado por doña María Madrid en contra de la Sociedad de Profesionales Kronos Limitada, cuyo diligenciamiento correspondió al Juez de letras del Trabajo de Copiado bajo el RIT T-1-2008. La sentencia, favorable a la actora, se dictó el 15 de septiembre de 2008.

Los hechos del caso fueron los siguientes: una trabajadora de apellido Madrid, quien efectuaba labores administrativas de inspección técnica de obras (ITO), fue despedida por su empleador por considerar que ella había incurrido en un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato (160 n° 7 CT), al compartir información confidencial de la empresa con una persona ajena a la misma.

La información en cuestión fue compartida a través de un sistema de *chat* denominado *Messenger*, al cual se puede acceder a través de la cuenta de Hotmail. Y la destinataria de la información fue una amiga y compañera de departamento de la señorita Madrid, que al momento de ocurrir los hechos se desempeñaba en un puesto administrativo en la empresa Constructora Salfa, empresa que estaba siendo fiscalizada por Kronos Ltda.

El uso de *Messenger* en la empresa Kronos era conocido y tolerado. Aunque existía un reglamento interno de la empresa que indicaba que los computadores no debían ser usados para fines personales. El jefe de la señorita Madrid, revisando un día el contenido de uno de los computadores de uso compartido de la empresa, encuentra por casualidad dentro de la carpeta *Mis Loggs*, un registro automático de las comunicaciones entre la señorita Madrid y su amiga.

Al revisar el contenido de los mensajes advierte que la señorita Madrid ha intercambiado información que califica de sensible y de confidencial (información sobre el

proceso de fiscalización de Kronos a Salfa). Es esta acción (filtrar información) la que esgrime la parte demandada como causal de justificación del despido de la trabajadora.

El juicio trató, en consecuencia, sobre si el empleador podía (o no) utilizar como fundamento para el despido de la trabajadora cierta información obtenida a partir de la lectura de una conversación (virtual) particular de la actora, enviada desde un computador de uso compartido de la empresa y alojado accidentalmente (por defecto) en una carpeta pública (*MIS LOGGS*). La cuestión era, por tanto, determinar si un empleador podía, vulnerando la esfera de la comunicación privada (19 n° 5 CPRCH; 485 CT) de una trabajadora (sin intención), usar en su favor cierta información como antecedente para despedirla.

El tribunal, finalmente, resolvió acoger la demanda de la actora (considerando 9°), no sin antes dar por acreditados todos los hechos antes descritos (considerando 6°).

El caso Madrid con Kronos (conocido en las esferas judiciales como “caso Kronos”) resulta interesante a nuestros propósitos porque muestra ciertas particularidades de la prueba judicial en materia de tutela laboral: necesidad de resolución temporal; celeridad; valores asociados a consideraciones socio-políticas (principio de protección de la parte más débil de la relación³); y sobre todo, constricciones jurídicas a la prueba por reconocimiento de derechos y garantías constitucionales que, de acuerdo a nuestra opinión, desactivan las pretensiones teóricas de una epistemología jurídica excluyente en materia probatoria laboral. En este último sentido, la primera parte del considerando 7° constituye una verdadera declaración de principios en orden a fijar lo que ahí se denomina “*la lógica de protección integral hacia la parte más débil*”.

Teniendo a la vista las ideas precedentes, mostraremos en lo que sigue de estas páginas que es razonable afirmar que desde la perspectiva de un sistema jurídico-procesal que reconoce como límite de su actividad jurisdiccional probatoria el respeto de ciertas garantías constitucionales (y otros valores supuestos en la especie), como acontece en el caso Kronos, no parece que una teoría epistemológica excluyente de la prueba esté en condiciones de dar cumplida cuenta de las particularidades de la fase probatoria judicial (incluso usando la estrategia de distinguir analíticamente ‘momentos’ probatorios).

III.- La discusión probatoria en torno al caso Kronos

El artículo 456 del Código del Trabajo de la República de Chile dispone que “*el tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador*”. De acuerdo a esta disposición, al momento de valorar la prueba, el juez laboral debe adecuar su razonamiento a ciertos principios de la lógica (básicamente el de no contradicción); a las máximas de la experiencia (aunque desde F. Stein en adelante no se tiene mucha claridad respecto a ellas) y a los conocimientos

³ Para una discusión más detallada sobre las implicancias del régimen sustantivo laboral de protección del trabajador, véase Gamonal, Sergio (2013) “El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena”, *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1, p. 447 ss. Quiroz Domingo, Felipe A. (2014) “Las manifestaciones del principio protector laboral sólo son aplicables en beneficio del trabajador”, en *Derecho y Justicia*, No 4, pp. 139-147.

científicamente afianzados (probablemente aquellos que sean proporcionados por peritos conforme al estado actual de la ciencia).

Conceptualmente la sana crítica, en cuanto sistema de ponderación de la prueba, se inscribe dentro de los regímenes de valoración libre. En tal sentido, como lo ha afirmado Jordi Nieva *“aquello que se deduce de la ‘sana crítica’ no difiere en absoluto de lo que pretende la intime conviction o la freie Beweiswürdigung. Pudiendo concluir, llegados a este punto, que las iniciales enseñanzas de BECCARIA y la liberación en la valoración de la prueba inspirada con gran difusión por BLACKSTONE y BENTHAM, finalmente tuvieron bastante éxito en toda Europa, porque básicamente debió existir una voluntad común en los juristas de aquel tiempo: la utilización de la racionalidad inspirada muy probablemente por las obras de la Ilustración, y el abandono de una valoración de la prueba que sólo tenía en cuenta, no la realidad de los hechos, sino la autoridad de las leyes y autores antiguos, siendo víctima, con ello, de la peor interpretación –aunque también la más simple- que pudo hacerse del método escolástico”*⁴.

La sana crítica es entendida, así, como una variante de los sistemas de libre ponderación de la prueba. En éstos el centro de la actividad probatoria está puesto en la averiguación de la verdad de los hechos y, por idéntica razón, en la racionalidad de los métodos incorporados con tal propósito en el procedimiento judicial. La idea fundamental en este tipo de régimen probatorio es *“que el ciudadano tiene derecho a demostrar la verdad de los hechos en los que funda su pretensión procesal. En otras palabras, el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Sólo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y, como argumentaré más adelante, una adecuada seguridad jurídica”*⁵.

Con todo, la adopción del sistema de ponderación de la sana crítica (como expresión de un modelo de libre valoración de la prueba) en el proceso laboral chileno deja abierta una cantidad considerable de cuestiones teóricas y prácticas. Dentro de ellas, por una parte, está el problema de la falta de precisión de las ideas estructurales del concepto mismo de “sana crítica” (principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados); por otra, se encuentra la falta de determinación del estándar probatorio, es decir, la ausencia de un criterio de suficiencia en virtud del cual el sentenciador dé por acreditados los hechos contenidos en las proposiciones asertivas de las partes (empleador-trabajador) y, aún por otra, pero conexas con la anterior, la posición que ha de adoptar el juez frente a la eventual colisión de valores epistémicos y extra epistémicos involucrados en la fase de valoración y suficiencia de la prueba.

De alguna forma estas cuestiones han sido intuitivamente resueltas por los tribunales laborales, en cuanto ellos han entendido que en materias de su jurisdicción, aun cuando se ha optado por un sistema de ponderación libre de la prueba, que en teoría busca la averiguación de la verdad de los hechos, dicha valoración es siempre modelada, necesariamente, por ciertos principios sustantivos de la rama (en virtud de que el legislador no ha fijado autoritativamente el estándar de prueba) que resuelven tanto la cuestión del estándar probatorio como la de la colisión de valores epistémicos y no epistémicos implicados en el proceso laboral⁶.

⁴ Nieva, Jordi, *La Valoración de la Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp.89-90.

⁵ Ferrer, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, op. cit., p. 54.

⁶ Vid., Aguilar, Alejandra, “Aproximación a una noción conceptual del estándar de prueba en el procedimiento laboral chileno”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, vol. IV, n° 1, 2006, p. 23.

Esta situación se advierte con total claridad en el caso Kronos. En efecto, al restar valor probatorio en este juicio a la información contenida en un *conversación* particular de la trabajadora, en razón de que dicha información quedaría protegida por la garantía constitucional de *inviolabilidad de todo tipo de comunicación privada* consagrada en el artículo 19 n° 5 de la Constitución de la República de Chile, la decisión del tribunal evidencia una toma de posición frente a las cuestiones vinculadas con la valoración de la prueba, el estándar probatorio, los principios que lo inspiran y los medios idóneos para la satisfacción de los mismos⁷.

Ahora bien, y de acuerdo a lo que venimos diciendo, la idea de “excluir” o “minusvalorar” ciertos medios probatorios por razones extra epistémicas (aun cuando se fundamente en la protección de garantías fundamentales del trabajador) no resulta necesariamente congenial con un sistema de libre ponderación de la prueba de naturaleza únicamente epistemológica. De hecho, dentro del ámbito de la epistemología jurídica uno de los elementos más resistido por lo teóricos (desde Bentham en adelante) es la existencia de ciertas reglas (o compromisos) de exclusión o disminución de la ponderación de la prueba, en tanto esas estrategias no guarden una relación directa con la averiguación de la verdad.

Curiosamente, algunos de los partidarios de lo que aquí hemos llamado una teoría epistemológica excluyente de la prueba, además, vinculan esta pretensión epistemológica con las bases jurídico-políticas de un régimen democrático constitucional, y la garantía de un “debido proceso”. De manera tal que no dudan en circunscribir el derecho probatorio dentro de aquella categoría más general que garantiza a las partes litigantes el derecho a utilizar todos los medios de prueba disponibles a fin de probar la verdad de sus alegaciones, de forma inmediata dentro del proceso y ante un juez que ha de ponderar la prueba de manera racional (mediante los métodos idóneos de la epistemología general) y jurídica.

En tal dirección, Michele Taruffo ha señalado que “*según la opinión dominante, el derecho a presentar todas las pruebas relevantes es parte esencial de las garantías generales sobre la protección judicial de los derechos y del derecho de defensa, pues la oportunidad de probar los hechos que apoyan las pretensiones de una de las partes es condición necesaria de la efectividad de tales garantías*”⁸. En este contexto “*la valoración de la prueba tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio. La valoración pretende establecer si las pruebas disponibles para el juzgador apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de los enunciados*”⁹.

William Twining, por su parte, en *Rethinking Evidence*, nos entrega un listado de 9 características propias de lo que él denomina la tradición racional de la valoración de la prueba (*rational theories of evidence and proof: some common assumptions*). Resumiendo

⁷ Probablemente, el uso de las nuevas tecnologías en los ambientes laborales incrementa la ocurrencia de casos similares al de Kronos. Los escenarios posibles en este contexto son muy variados: el uso compartido de redes de trabajo; los espacios virtuales comunes dentro de una “nube”; el dominio sobre recursos virtuales en dispositivos compartido (*hardware* y *software*), etc. En todos estos casos, y otros muchos que dejamos a la imaginación del lector, la cuestión a resolver para la prueba de los hechos dentro de un litigio laboral será la legitimidad de excluir o minusvalorar ciertos medios probatorios cuando estos vulneren ciertas garantías fundamentales del trabajador.

⁸ Taruffo, Michele, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 56.

⁹ Taruffo, Michele, *La Prueba*, op. cit., p. 132. Cabría preguntarse, entonces, dónde han de buscarse los soportes conceptuales de la garantía de un debido proceso para entender a cabalidad la lógica del derecho probatorio. En este sentido me parece “curiosa” la apelación a esta idea, luego de afirmar de manera tan intensa un compromiso epistemológico en el derecho probatorio.

mucho las cosas, estas reglas son: la convicción de que el conocimiento de los hechos pasados es posible; el establecimiento de la verdad de los hechos (dentro de un proceso) es la condición necesaria para la justicia del caso particular; existe una comunión necesaria y racional entre la verdad de los hechos y la decisión justa (en el derecho vigente); a falta de juicios absolutos en materia de hechos a probar, ha de recurrirse al cálculo de probabilidades; el uso instrumental del cálculo de probabilidades debe ser realizado en términos racionales (justificados); las probabilidades han de interpretarse siempre en términos de natural ocurrencia de los hechos (sentido común) y de acuerdo al estado actual de la ciencia; en materia probatoria *la búsqueda de la verdad debe tener prioridad frente a otros fines del proceso* (seguridad del Estado, el orden de las familias, la protección de garantías individuales, etc.); la evaluación de las reglas probatorias y de procedimiento probatorio han de juzgarse por su eficacia en la obtención de la verdad más que en otros criterios y valores disponibles en el sistema (celeridad, economía, etc.); la psicología forense y la ciencia del procedimiento deben esforzarse en proveer a los operadores jurídicos (sobre todo al juez) métodos fiables para la búsqueda de la verdad de los hechos¹⁰.

A nuestro modo de ver hay dos elementos interesantes en las ideas de Taruffo y Twining: la vinculación del derecho probatorio a la garantía del debido proceso y la unión conceptual entre las nociones de verdad de los hechos y justicia del proceso. La verdad no queda tan claro cómo una y otra idea se pueden sostener desde una aproximación puramente epistémica del derecho probatorio. En tal dirección, por lo menos dos de las características precedentes (propias de la tradición racional y vinculadas a la idea de “valoración libre de la prueba”) son problemáticas para el análisis del caso Kronos: una, la supuesta prioridad, en materia de derecho probatorio, de la búsqueda de la verdad frente a otros valores y, otra, el criterio de evaluación epistemológica de las reglas y procedimientos probatorios (nuevamente la verdad sobre otros cánones: celeridad, economía, oportunidad, etc.). Por cierto, desde una perspectiva estrictamente epistemológica, la exclusión de prueba o la minusvaloración de la misma por criterios meta cognitivos es, como ya lo hemos adelantado, bastante problemática y discutible¹¹.

Pues bien, volviendo al caso Kronos, la cuestión a dilucidar en la especie, como sabemos, era si la información obtenida a partir de la lectura “accidental” de un mail particular de una trabajadora podía ser “usada” por el empleador para despedirla legítimamente, por haber infringido aquélla las disposiciones de confidencialidad aceptadas en el contrato. En términos más claros: la trabajadora, al momento de su despido, efectuaba labores administrativas de inspección técnica de obras (ITO administrativo). En tal calidad manejaba cierta información sensible de la empresa Kronos. Esta empresa, a su vez, estaba efectuando labores de fiscalización a la Constructora Salfa que al momento ejecutaba el

¹⁰ Vid. Twining, William, *Rethinking Evidence*, Cambridge University Press, Middletow, 2017, p. 76.

¹¹ En el ámbito penal, Larry Laudan ha hecho notar con pesaer este problema. De hecho, este conocido epistemólogo dedica todo el capítulo IX de su conocido libro *Verdad, Error y Proceso Penal* a discutir sobre la legitimidad de introducir, a propósito del derecho probatorio, “otros valores” de carácter no epistémico. Al respecto escribe: “*he sugerido alternativas a esas reglas que podrían ser más favorables para la averiguación de la verdad sobre los hechos delictivos. Ahora, al final de este largo experimento mental, debemos elegir entre esas reglas que promueven genuinamente la búsqueda de la verdad y sus homólogas que la obstaculizan. Si los valores epistémicos fuesen los únicos valores en juego, sería previsible la elección. Pero otros valores interfieren –desde los derechos que se atribuyen a las partes de un proceso penal hasta cuestiones de imagen pública y eficiencia-, por lo que deben tomarse decisiones difíciles*” Laudan, Larry, *Verdad, Error y Proceso Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 291-292.

contrato de construcción del Gran Casino de Copiapó. En la empresa Salfa (fiscalizada por Kronos) trabajaba, a su vez, una administrativa de mando medio, quien era amiga y compañera de departamento de la trabajadora despedida. En una de las conversaciones que la trabajadora y su amiga mantuvieron por *Messenger*, se habría, a juicio del empleador de la trabajadora despedida, filtrado información sensible sobre los procesos de fiscalización de Kronos a Salfa (estos correos se reproducen en el considerando 6° de la sentencia). Éste hecho sería el constitutivo de la desvinculación de la trabajadora.

En la secuela del proceso varios hechos fueron acreditados (no se trata, por cierto, de todos los hechos, sino de los que nos interesa destacar): **i.-** efectivamente existió una comunicación entre ambas empleadas en la cual se comentaban aspectos importantes relacionados con la fiscalización de Kronos a Salfa; **ii.-** a la información contenida en el mail particular se llegó de forma casual (no se pudo acreditar otra cosa), al archivarse de manera automática en una carpeta del computador de uso común de la empresa dicha información; **iii.-** que si bien existía un “Instructivo de la Empresa Kronos” que regulaba el uso de los computadores comunes, limitándolo exclusivamente a cuestiones relacionadas con el trabajo, la práctica habitual de los trabajadores de Kronos, en lo que a dichos computadores toca, era muy diferente (generalmente los usaban también para fines particulares sin que nadie exigiera lo contrario); **iv.-** que resulta de la prueba rendida en autos evidente que el mail enviado por la trabajadora tenía un carácter personal; dirigido especialmente a un destinatario particular y sin intención de que su contenido fuese conocido por terceras personas; **v.-** finalmente, de forma muy interesante el tribunal señala que: *“se encuentra asentado con la prueba rendida, que ni en el contrato de trabajo ni en el reglamento de orden, higiene y seguridad de la empresa, existe una regulación expresa del uso de los medios tecnológicos –computadores y recursos que proporciona internet e intranet–, ni tampoco existe una regulación o procedimiento para la revisión de la información almacenada en los computadores que sean de carácter privado de los usuarios; en ese entendido, no existe prohibición alguna relativa a guardar información privada en una carpeta del computador, ni menos una norma que autorice a revisar esa información privada o a invocarla para establecer una sanción. Por el contrario, sí queda asentado que en dicho reglamento dentro de las obligaciones del trabajador está el respetar a la empresa y a sus representantes, en su persona y dignidad, actuando en todo momento con la debida lealtad. Considerándose infracciones a este deber el transmitir o traspasar a otras empresas del rubro, informaciones de carácter privado de la empresa. Asimismo, que dentro de las prohibiciones del trabajador no se contempla ninguna relativa al asunto debatido y que en un ítem denominado confidencialidad se señala que toda la información, ya sea de propiedad de la empresa o de sus clientes, que entregue Kronos a su personal para el desarrollo de sus funciones, así como también aquella información que se genere durante el desarrollo de los servicios es confidencial, por lo que no podrá ser entregada a terceros, ya sea en papel o en medios magnéticos, sin la autorización de la administración de Kronos o del representante del cliente. Por último, en el ítem de Sanciones y Amonestaciones se contempla que las sanciones asociadas a las infracciones de las normas referidas son la amonestación; siendo la terminación del contrato una decisión que depende de la gravedad, poniéndose como ejemplo la falta de lealtad a la empresa en cualquier circunstancia”*¹².

La acreditación de los hechos precedentes, sumado a las disposiciones contenidas en los artículos 6 inciso 2° y 3° y 19 N° 4 y 5° de la Constitución Política de la República de

¹² JLT, Madrid con Kronos, causa RIT T1-2008.

Chile; artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11 de la Convención Americana sobre Derechos humanos; y artículos 1, 2, 3, 4, 5 a 11, 21, 22, 34, 35, 41, 42, 44, 54 a 58, 153, 154, 156, 160 N° 7, 161, 162, 163, 168, 172, 173, 176, 178, 184, 415, 420, 423, 425 a 432, 434 a 438, 440 a 462 y 485 a 495 del Código del Trabajo, condujeron finalmente al sentenciador a acoger la demanda de la trabajadora.

Comentando esta sentencia Juan Carlos Ferrada ha señalado, de buena manera que, aunque no comparte el elaborado razonamiento del sentenciador, el resultado es el adecuado conforme a la legislación vigente, toda vez que en el caso Kronos *“el empleador no tenía fundamento constitucional o legal alguno para interceptar, abrir o registrar la comunicación privada, lo que llevaría necesariamente a sostener la inconstitucionalidad de la medida por vulneración del Art. 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, ya sea por aplicación directa de este precepto o, por vía indirecta, constatando la inconstitucionalidad de la aplicación de la causal de despido, fundada en una conducta irregular como base para aplicar éste”*¹³.

Sin embargo, sin advertirlo Ferrada y el tribunal coinciden en un aspecto que, para efectos de este trabajo, es importante. En efecto, la cuestión en este caso no consiste precisamente en la averiguación de ciertos hechos con el propósito acoger una de las pretensiones en competencia. En otras palabras, la cuestión no es tanto si “el contenido” de la comunicación efectivamente constituía una infracción a una obligación de confidencialidad sobre cierta información sensible para el proceso de fiscalización de una de las empresas, sino si la obtención de la misma vulnera cierta garantía constitucional o, como piensa el tribunal, hace necesario un juicio de ponderación de los derechos en juego (privacidad/confidencialidad). El problema, si bien se lo piensa, no es de naturaleza epistemológica, no está en juego solo la averiguación de la verdad, sino que se trata de un problema axiológico, un problema sobre la determinación del peso relativo de ciertos valores indisolublemente imbricados en la fase probatoria: el principio de protección al trabajador, el régimen de tutela efectiva de los derechos fundamentales, el diferente estándar exigido a una y otra parte a fin de dar por acreditados los hechos, etc.

En este sentido, ya lo hemos adelantado, Laudan en materia penal cuestiona la legitimidad y conveniencia epistemológica de introducir en el diseño del régimen probatorio consideraciones de naturaleza extra epistémica. Así, si existe una colisión entre las reglas probatorias de contenido epistemológico y ciertos derechos personales de los involucrados en un proceso (generalmente garantías constitucionales), afirma Laudan, en un régimen de ponderación libre de la prueba, ha de estarse a la verdadera averiguación de los hechos y no a otros criterios. Según él la vulneración de otros derechos o garantías constitucionales debe ser protegida mediante otros mecanismos jurídicos y otros procedimientos.

En materia de tutela laboral, nos parece, el asunto es aún más evidente e interesante. Pues aquí no sólo estamos sólo en presencia de ciertas “reglas” de exclusión de prueba (como ocurre en materia penal); sino de verdaderos principios que modulan desde el inicio hasta el final la fase probatoria (protección). De no ser así, la sentencia del caso Kronos debiese haber avanzado en otra dirección: si el contenido del *mail* realmente constituyó una infracción a la obligación de confidencialidad en virtud de su materia (información sensible de la empresa fiscalizadora y provechosa para la empresa fiscalizada), el tribunal debió haber rechazado la

¹³ Ferrada, Juan Carlos, “Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos instrumentos (jugado de letras del trabajo de copiapó)”, *Revista de Derecho de Valdivia*, Vol. 21, n° 2, 2008, p. 271.

demanda; sin perjuicio de dejar a salvo, otras acciones de naturaleza civil o penal en favor de la actora en razón de haber sido afectada en uno de sus derechos fundamentales.

De alguna forma lo que venimos diciendo ha sido captado en buenos términos por Alex Stein. Stein dedica prácticamente todo el capítulo IV de su *Foundations of Evidence* a mostrar los inconvenientes del modelo epistemológico puro en el ámbito de la prueba judicial. Aunque Stein centra su crítica en la falta de consideración del modelo epistemológico puro de lo que él llama “reglas de reparto o distribución de error” (con un marcado carácter político-moral), es decir, en las opciones político morales que determinan, entre otras cosas, los diversos estándares probatorios, las exclusiones de prueba, etc., en el fondo pone de manifiesto que en los procesos judiciales se juega algo más que la mera búsqueda de la verdad de los hechos¹⁴.

Cuando se analiza el fallo de Kronos, y el comentario que de él realiza, por ejemplo, Ferrada, se advierte que, en nuestro sistema, ni el legislador laboral ni los órganos jurisdiccionales encargado de aplicar el derecho vigente ni la doctrina especializada estarían con Laudan. Eso sí, en nuestro modelo procesal regulatorio de la prueba no está en juego tanto una discusión político-moral sobre las estrategias normativas para una mejor distribución del error en un sistema de prueba de ponderación libre, sino algo más complejo: la opción deliberada por un régimen protector reforzado de ciertas garantías fundamentales a favor del trabajador, justificado, principalmente por un principio rector del derecho laboral: el principio de protección al trabajador que, llegado el caso, junto con modelar el estándar de prueba, tiene la aptitud de desactivar los principios propios del derecho probatorio afirmado por la tradición racionalista de la prueba (la verdad de los hechos).

Respecto a lo primero, esto es, la existencia de un régimen protector reforzado a favor del trabajador, Ugarte, a propósito del procedimiento de tutela laboral, ha señalado que en éste “*no existe sólo una técnica de aligeramiento probatorio, sino varias modalidades distintas que, sin embargo, sirven a un mismo objetivo: facilitar la posición probatoria por la vía de aligerar el esfuerzo probatorio del trabajador denunciante, atemperando, en algunos casos, los efectos del axioma central en la materia de que corresponde probar un hecho a quien lo alega (carga de la prueba formal), o modificando, en otros, el hecho de que el costo por la falta de certeza plena en la acreditación de un hecho debe soportarlo aquel que lo afirma (carga de la prueba material)*”¹⁵.

Comentando en parte las ideas de Ugarte, Jorge Larroucau ha advertido, a su vez, de manera lúcida, que en el juicio de tutela laboral por violación de derechos fundamentales no laborales o inespecíficos “*el actor únicamente debe aportar una ‘chispa’ de prueba para que se acoja su relato (“de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes”, art. 493 Código del Trabajo), de modo que una vez que se despierta en el tribunal la “sospecha razonable” de que han ocurrido los hechos tal como ha relatado el juez laboral está autorizado para acoger su demanda inmunizándolo de los errores en el veredicto. No dudo de que pueda haber buenas razones para repartir así los riesgos en materia laboral, pero lo que ahora me interesa remarcar es que ese estándar de prueba responde a la lógica continental de los beneficios (“acoger los reclamos de atentados a ciertos derechos fundamentales del trabajador”), sin preocuparse de justificar el reparto de*

¹⁴ Vid., Stein, Alex, *Foundations of Evidence*, Oxford University Press, N.Y., 2005, pp. 107-140.

¹⁵ Ugarte, José Luis, "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba" en *Revista de derecho PUCV*, XXXIII, segundo semestre 2009, p. 218.

*costos que conlleva (“¿por qué debemos cargar a los empleadores con los gastos de una sentencia errónea?”)*¹⁶.

Es precisamente esto lo que ocurre en el caso Kronos. Así las cosas, la cuestión a resolver en este caso (y otros de similar naturaleza) es, entonces, qué razones ha tenido el legislador laboral (y los tribunales en su interpretación del derecho) para alterar de tal modo el régimen probatorio teóricamente congenial con un sistema de libre valuación de la prueba.

Recientemente, y muy en concordancia con lo que venimos diciendo en este pequeño trabajo, Alejandra Aguilar ha aportado algunas ideas que pueden ayudar a comprender la lógica tras el régimen reforzado de protección que contempla la tutela laboral. Según Aguilar el legislador laboral nacional ha efectuado una opción deliberada en orden a construir un modelo probatorio que toma como punto de partida el principio de protección al trabajador (artículo 19 n° 6 de la Constitución Política). Es este principio el que explicaría, entre otras cosas, por qué razón cierta información que puede ser relevante en términos epistemológicos resulta naturalmente excluida en los procedimientos laborales (por ejemplo, en la vulneración de ciertas garantías constitucionales de la parte más débil del contrato). Pero, además, y relacionado con lo anterior, el principio de protección al trabajador también explicaría la existencia, en el ámbito del procedimiento laboral, de un estándar probatorio propio (diverso del derecho procesal penal y procesal civil), cuya principal característica sería incrementar las exigencias probatorias para el empleador y disminuirlas para el trabajador. Este régimen de protección se explicaría, entre otras razones, porque *“las partes contratantes en materia laboral son distintas y están en una situación de desigualdad, lo que se plasma en que la escrituración del contrato es de iniciativa del empleador, el acuerdo contractual no cuenta con mucho margen (o casi nulo) de negociación para el trabajador, el control y acceso de un eventual medio de prueba beneficia al empleador, tenemos razones suficientes para justificar que la exigibilidad en materia probatoria será superior respecto del empleador que del trabajador”*¹⁷.

El caso Kronos pone en evidencia que, aunque el sistema de ponderación general de la prueba en materia laboral es el de la “prueba libre” (sana crítica), en su régimen probatorio existen ciertas características exorbitantes a los sistemas de valuación libre de la prueba de orientación exclusivamente epistemológica. Estas características propias, a su vez, se explican y entienden a partir de ciertos principios sustantivos del derecho del trabajo (cuestión que también se puede apreciar, claramente, en otras áreas del derecho sustantivo). En el caso Kronos, el principio de protección al trabajador. Este principio, nos parece, no sólo modela o morigera la valuación de la prueba (al excluir o minusvalorar cierta información relevante), sino también determina el estándar de prueba aplicable en este campo del derecho. Es cierto que en teoría se distinguen varias fases a propósito de la prueba (admisión, diligenciamiento, ponderación y fundamentación), sin embargo, a nuestro juicio, resulta contra intuitivo pensar que los órganos jurisdiccionales razonan en materia probatoria de forma discontinua, considerando las diferentes etapas como espacios estancos. Por el contrario, lo que demuestra el juicio de tutela laboral es que el principio de protección al trabajador irradia el procedimiento de inicio a fin; cuestión que afecta, como lo he querido mostrar, también a la prueba misma de los hechos.

¹⁶ Larroucau, Jorge, “Hacia un Estándar de Prueba Civil”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n° 3, 2012, p.788.

¹⁷ Aguilar, Alejandra, “Aproximación a una noción conceptual del estándar de prueba en el procedimiento laboral chileno”, *Op. cit.*, p. 23.

IV. Algunas consideraciones finales

La orientación del derecho probatorio que aquí hemos denominado “teoría epistemológica excluyente” (en un modelo puro), a nuestro juicio, por una parte, no resulta adecuada para comprender la dinámica propia de la fase probatoria judicial y, por otra, puede producir algunos efectos engañosos de cara al juicio público sobre la justificación de las sentencias judiciales¹⁸.

Dicha orientación, nos parece, no está en condiciones de entender las particularidades de la prueba judicial, a lo menos, por dos razones. Primera, obnubilada por el desarrollo de los métodos de comprobación empírica propios de las ciencias (naturales o sociales), no advierte las particularidades del régimen probatorio judicial cuyo principal objetivo no necesariamente es la averiguación de la verdad, sino el de facilitar los insumos adecuados para la resolución pacífica del caso. Pero estos “insumos” no siempre tienen que ver con la verdad de los hechos, sino que muchas veces ellos se relacionan directamente con el contexto normativo próximo en que ciertos hechos (no todos) han de ser considerados. Esto es lo que ocurre precisamente en el caso Kronos. Una segunda razón para descartar la idoneidad de las teorías puramente epistemológicas viene dada por una confusión presente en ellas. Ni el Derecho ni el proceso judicial están al servicio de la prueba de los hechos; sino todo lo contrario. Pero si esto es así, difícilmente se puede seguir afirmando que la fase probatoria (incluso sólo la de ponderación de la prueba) puede desafectarse de los valores y compromisos propios del proceso en el cual se verifica. Valores y compromisos que devienen del procedimiento, pero también de la esfera sustantiva de adscripción de los procesos mismos (civil, penal, laboral, etc.).

Por otra parte, la orientación que aquí hemos denominado “epistemológica excluyente” puede generar, en la práctica, un efecto engañoso en cuanto a la justificación de las sentencias judiciales. Al intentar revestir de legitimidad epistemológica la valoración de la prueba, se oculta a la comunidad el conjunto de valores meta epistémicos que condicionan

¹⁸ En este artículo dejamos de lado las críticas que, además, se pueden formular a la implementación práctica de la teoría de la prueba libre en general, respecto a la cual nos parecen suficientes las palabras de Ferrajoli: “*el abandono de las pruebas legales en favor de la libre convicción del juez, sin embargo, por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post-ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales. La fórmula de la ‘libre convicción’, que por sí misma expresa sólo un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acriticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales. Recibida en tal sentido por la doctrina y la jurisprudencia, permitió eludir a ambas, en el plano teórico y en el práctico, el enorme problema de la justificación de la inducción, sobre el que, de Hume en adelante, se ha esforzado la reflexión epistemológica. Y ha terminado por transformarse en un tosco principio potestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces. Así, ha ocurrido que el rechazo de las pruebas legales como condiciones suficientes de la condena y de la pena se ha convertido de hecho en la negación de la prueba como condición necesaria de la ‘libre’ convicción sobre la verdad de los presupuestos de una y otra; y que el principio de la libre convicción, en vez de actuar como presupuesto indispensable de la garantía de la carga –o, cuando menos, de la necesidad de la prueba, ha entrado en contradicción con ella, haciendo vana toda su función normativa*”. Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Ed. Trotta, Trad. Perfecto Andrés Ibañez et Al., Madrid, 2014, p. 139. En otros términos, por lo menos en el sistema de prueba legal o tasada, los motivos epistemológicos y extra epistemológicos aparecen claramente dibujados en el sistema de reglas, cuestión que contribuye a cierta seguridad jurídica y proscripción de la arbitrariedad judicial.

la actividad probatoria misma, con lo que los compromisos de naturaleza político-ideológicos quedan sustraídos del escrutinio público.

La afirmación que algunos de los partidarios de lo que aquí hemos llamado “teorías epistemológicas excluyentes” hacen, en orden a subordinar al derecho probatorio a una garantía jurídica más general como la del “debido proceso”, o incluso a valores exorbitantes a la teoría del derecho como la “justicia”, no hace otra cosa que confirmar la falta de aptitud teórica de estas teorías para explicar el fenómeno del derecho probatorio y sus particularidades. O, ¿acaso la garantía a un debido proceso o la idea de la justicia pueden derivarse de algún valor epistemológico? Por cierto no, se trata de un compromiso político, moral y jurídico de ciertos regímenes constitucionales en los cuales opera el principio de igualdad ante la ley, principio que hace posible que la “verdad” de los hechos esgrimidos por las partes pueda tener, en teoría, el mismo peso relativo. Sólo en un régimen tal, la verdad va de mano de la *justicia* y su vehículo es el *debido proceso*, pero esto ya supone que se han abandonado los márgenes precisos del objeto de la ciencia y la epistemología.

Finalmente, al inicio de este artículo hemos usado deliberadamente las expresiones “*verdad formal*” y “*verdad material*”. Es cierto que tal nomenclatura hoy en día se encuentra en desuso, sin embargo, podría seguir siendo de utilidad para captar en otro registro intelectual las particularidades de la prueba judicial. No se trata de revivir la clásica disputa entre los fines probatorios propios de los procesos dispositivos e inquisitivos¹⁹, cuestión que de alguna manera propició el abandono de la distinción; sino más bien de validar dicha distinción por la presencia indiscutible en la prueba judicial de particularidades, valores y garantías jurídicas del todo ajenas a la investigación científica²⁰. Con todo, bien podría proponerse otra expresión que no cargara semánticamente con el lastre de la discusión procesal de los años 20.

¹⁹ Vid., Carnelutti, Francesco, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, pp. 95-122. Usando una nomenclatura diferente, Damaska vuelve sobre esta discusión y, de alguna forma, explica la distinción (aunque sin referirse a ella directamente), vid. Damaska, Mirjan, *El derecho probatorio a la deriva*, Marcial Pons (trad. Joan Picó i Junoy), Madrid, 2015, pp.116-125.

²⁰ Un interesante ensayo en esta dirección lo constituye el texto de Robert S. Summers: "Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding their Justified Divergence in Some Particular Cases", en *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 1186, 1999.

Bibliografía

- Aguilar, Alejandra, “Aproximación a una noción conceptual del estándar de prueba en el procedimiento laboral chileno”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, vol. IV, n° 1, 2006.
- Carnelutti, Francesco, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.
- Damaska, Mirjan R. *El derecho probatorio a la deriva*, Marcial Pons (trad. Jordi Picó i Junoy), Madrid, 2105.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Trad. Perfecto Andrés Ibañez et Al., Madrid, 2014.
- Ferrada, Juan Carlos, “Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos instrumentos (juzgado de letras del trabajo de Copiapó)”, *Revista de Derecho de Valdivia*, Vol. 21, n° 2, 2008.
- Ferrer, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Ferrer, Jordi, *Motivación y Racionalidad de la Prueba*, Ed. Jurídica Grijley, Lima, 2016.
- Gamonal, Sergio (2013) “El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena”, *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1.
- Gascón Marina, *Los Hechos en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Quiroz Domingo, Felipe A. (2014) “Las manifestaciones del principio protector laboral sólo son aplicables en beneficio del trabajador”, en *Derecho y Justicia*, No 4.
- Larroucau, Jorge, “Hacia un Estándar de Prueba Civil”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n° 3, 2012, p.788.
- Laudan, Larry, *Verdad, Error y Proceso Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Nieva, Jordi, *La Valoración de la Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Stein, Alex, *Foundations of Evidence*, Oxford University Press, N.Y., 2005.
- Summers, Robert S., "Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding - their Justified Divergence in Some Particular Cases", en *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 1186, 1999.
- Taruffo, Michele, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- Twining, William, *Rethinking Evidence*, Cambridge University Press, Middletow, 2017.
- Ugarte, José Luis, "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba" en *Revista de derecho PUCV*, XXXIII, segundo semestre 2009.

Jurisprudencia citada

Madrid con Kronos, JLT de Copiapó, causa RIT T1-2008.