ANALISIS

La Reforma Procesal Laboral chilena. Una visión crítica desde el garantismo procesal

Claudio Palavecino Cáceres.
Profesor de Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social y de
Derecho Procesal del Trabajo
de la Universidad de Chile.
Correo electrónico: cpalaveo@derecho.uchile.cl

1.- Antecedentes generales.

La reforma a la jurisdicción laboral chilena que comenzó a implementarse en 2008, ha sido integral en el sentido que se ha cambiado su fisonomía tanto en la dimensión orgánica como la funcional.

No me voy a demorar en los cambios orgánicos salvo para mencionar que se liberó al juez de un fárrago de funciones que nada tenían que ver con el ejercicio de la jurisdicción y que se referían -por llamarlas de algún modo- al gerenciamiento o *administración del tribunal. Tales funciones fueron* traspasadas a un nuevo cargo, el "administrador del tribunal" que en cierto modo sustituyó al secretario letrado de los antiguos tribunales.

En la misma lógica de ocupar al juez laboral principalmente en las funciones de conocimiento y fallo, se creó en las *ciudades más pobladas del país* tribunales de cobranza laboral y previsional, liberando de este modo a algunos jueces laborales de atender la ejecución de la sentencia y de los demás títulos ejecutivos laborales, que, en los hechos, constituye el mayor volumen de causas que debe atender la jurisdicción del trabajo.

Por último, en cuanto se refiere a los aspectos orgánicos relevantes, cabe destacar la informatización del procedimiento, que ha implicado la sustitución del expediente escrito por un expediente electrónico fácilmente asequible para los abogados *y las partes y, en general, para cualquier persona interesada* a través de la página web del poder judicial chileno.[1]

En lo que se refiere a la dimensión funcional de la jurisdicción laboral, la reforma sustituyó todos los procedimientos declarativos anteriores por tres nuevos procedimientos, a saber: de aplicación general; de tutela laboral; y monitorio.

En este punto es oportuno advertir que la reforma procesal laboral chilena responde, en buena medida, a la queja secular y -me atrevería a decir- universal contra la lentitud de los procesos. *De manera que el principal objetivo de esta* reforma ha sido obtener para los trabajadores justicia rápida -o, como algunos prefieren decir- justicia oportuna. Para los laboralistas dar un satisfactorio cumplimiento a este anhelo de celeridad se justifica, todavía más que en otros ámbitos, en el presupuesto de que el crédito laboral tiene en muchos casos un carácter alimentario y, por ende, urgente.

Y como se ha achacado la lentitud de la justicia a la tradición del proceso escrito y, también, a cierta distancia y pasividad de los jueces, la reforma fue estructurada en torno a la idea-símbolo de la oralidad y a los principios subordinados de concentración e inmediación, junto con el reposicionamiento del juez como actor principal del proceso, todo ello conforme a los dictados del publicismo procesal en boga. Diremos, entonces, que los nuevos procedimientos declarativos se configuran como procedimientos en que predomina la oralidad, la concentración y la inmediación y en que el juez actúa dotado por la ley de amplios poderes formales y materiales. *El juez laboral chileno* ha sido investido director del proceso e indagador de la verdad. Por tanto, la reforma de la jurisdicción laboral en su faz funcional mezcla oralidad y sistema inquisitivo.

1.1. El procedimiento de aplicación general

*El procedimiento de aplicación general conserva la escritura*ción para la etapa de discusión, debiendo presentarse tanto la demanda como la contestación por escrito. El resto de las actuaciones procesales se concentran en dos audiencias orales y públicas. La primera, que se llama audiencia preparatoria, se lleva a cabo dentro de los 35 días siguientes a la resolución que acoge a trámite la demanda. Dentro de ella, eventualmente, puede concluir la fase de discusión si en la contestación el demandado hubiere opuesto excepciones o deducido reconvención, de las cuales dará traslado el juez al actor para que las conteste verbalmente.

Luego el magistrado debe hacer una relación somera de los escritos de las partes e intentar la conciliación entre ellas. Aquí se presenta un primer problema que -justo es reconocer- venía desde antes y que surge como consecuencia de que la norma procesal establece que las opiniones que emita el juez para promover la conciliación no son causal de inhabilitación. En la *práctica esta norma ha operado como una suerte de patente* de corso de la que algunos jueces se valen para adelantar fallo o prejuzgar como forma de presionar el término del juicio mediante la conciliación.

Si la conciliación no se produce, el juez debe fijar los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos y, conforme a los términos de esa resolución, las partes ofrecerán sus pruebas y demás elementos de convicción. El juez debe resolver funda-

damente sobre la pertinencia de los mismos y, eventualmente, también sobre su licitud. En esta audiencia el juez puede, además, decretar prueba de oficio.

La audiencia de juicio se lleva a cabo dentro de los 30 días *siguientes a la audiencia preparatoria. En la audiencia de* juicio se rinde la prueba previamente admitida y las partes formulan sus observaciones y conclusiones sobre la misma. El juez puede dictar sentencia al final de la audiencia, pero lo corriente ha sido que se sirva del plazo de 15 días que dispone la ley.

1.2. El procedimiento de tutela laboral

El procedimiento de tutela laboral tiene por objeto conocer de lesiones a ciertos derechos y libertades constitucionales[2] y obtener el cese de la conducta antijurídica y medidas reparatorias en caso que la lesión se confirme. No difiere mayormente en su estructura del procedimiento de aplicación general, salvo por la ampliación de la legitimación activa a sujetos distintos del titular del derecho o libertad iusfundamental comprometida; la exigencia de antecedentes fundantes de la denuncia como requisito de admisibilidad de la misma y la posibilidad de anticipar la tutela inhibitoria en caso de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles. El plazo para dictar sentencia se ha acortado de 15 a 10 días.

1.3. El procedimiento monitorio[3]

El procedimiento monitorio que creó en Chile la reforma a la jurisdicción laboral tiene varias singularidades que lo hacen único en su género. En primer lugar, en los distintos ordenamientos jurídicos que regulan el procedimiento monitorio, éste no suele configurarse como un cauce general en el que tenga cabida cualquier tipo de reclamaciones de tutela jurisdiccional.[4] La legislación chilena, en cambio, determina el ámbito de aplicación de este procedimiento básicamente en función de la cuantía de la contienda[5], de manera que prácticamente cualquier controversia que se ajuste a este parámetro puramente cuantitativo podrá ventilarse bajo la modalidad procesal en comento.

Enseguida, este procedimiento, según el texto expreso de la ley, tiene una primera *instancia*[6] o *etapa administrativa*[7] que consiste en un comparendo de conciliación ante la Inspección del Trabajo.[8] La ley ordena a las partes concurrir al comparendo de conciliación con los instrumentos probatorios de que dispongan (inc. 4° art. 497 CdTCh). La comparecencia del reclamante a la instancia administrativa es obligatoria para la prosecución del procedimiento, puesto que si no se *presenta al comparendo estando citado legalmente* no podrá luego continuar su reclamo ante el órgano judicial, sino conforme a las reglas del procedimiento de aplicación general (art. 496 CdTCh).

Si la conciliación fracasa o es parcial o el reclamado no concurre al comparendo, el trabajador podrá interponer demanda escrita ante el juez del trabajo competente, en cuyo caso deberá acompañar el acta levantada en el comparendo por el funcionario fiscalizador y los documentos presentados en éste (art. 499 CdTCh).

Si el juez estima fundadas las pretensiones del demandante, las acogerá inmediatamente; en caso contrario las rechazará de plano; o, como tercera opción, en caso de no existir antecedentes suficientes para este pronunciamiento, el juez puede emitir una suerte de *non liquet*, que dará lugar al contradictorio, bajo la forma de una audiencia única de conciliación, contestación, prueba y sentencia a la que deberán ser citadas las partes. En cualquier caso, como paso previo a dictar sentencia *inaudita altera parte*, o a dar curso al contradictorio, la ley obliga al juez *a efectuar un examen de mérito sobre los fundamentos de la* demanda, el cual deberá considerar, además, la complejidad del asunto que se somete a su decisión, la comparecencia de las partes a la etapa administrativa y la existencia de pagos efectuados por el demandado (art. 500, inc. 1°, CdTCh).

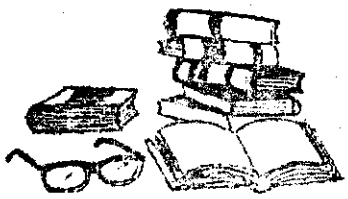
Si la sentencia fuere dictada *inaudita altera parte*, las partes solo podrán reclamar de esta resolución dentro del plazo de diez días hábiles contados desde su notificación, sin que proceda contra ella ningún otro recurso (art. 500, inc. 2°, CdTCh). Por lo que debe entenderse que la sentencia queda firme si no se presenta oportunamente este único recurso. En tal caso, si no se acredita el cumplimiento de la sentencia dentro del término de cinco días, el juez deberá iniciar la ejecución *oficiosa de la misma conforme a las reglas generales* (art. 462 y ss. CdTCh).

Presentada la reclamación dentro de plazo, el juez citará a las partes a una audiencia única de conciliación, contestación y prueba (art. 500, inc. 5°, CdTCh). El juez deberá dictar sentencia al término de la audiencia. La ley lo faculta para omitir en su fallo la síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes y el análisis de toda la prueba rendida, los hechos *que estime probados y el razonamiento que conduce a esta* estimación (art. 501, inc. final, CdTCh). Contra esta sentencia sólo procede el recurso de nulidad, conforme a las reglas generales (art. 477 y ss. CdTCh), pero contra la resolución que falle el recurso de nulidad no podrá interponerse el recurso de unificación de jurisprudencia (art. 502 CdTCh).

2.- Los poderes del juez laboral

2.1. Poderes formales o de dirección.

Respecto de la dirección o conducción del *iter* procesal, el legislador no quiso dejar dudas, declarando que, en los procedimientos del trabajo, primará el *"impulso procesal de oficio"* (art. 425 CdTCh) e insistiendo, unos pocos artículos más adelante, que *"el tribunal, una vez reclamada su intervención actuará de oficio..."* (art. 429 inc. 1° CdTCh). Impuso al juez el deber de adoptar *"las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida"*, de manera que las partes quedan exoneradas de la responsabilidad por el avance de la litis *"y, en consecuencia, no será aplicable el abandono del*



procedimiento" (art. 429, inc. 2°, CdTCh). Además, el juez *"... corregirá de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptará las medidas que tiendan a evitar la nulidad del procedimiento"* (art. 429, inc. 3°, CdTCh).

En mi opinión, la prodigalidad del órgano legisferante sobrepasa incluso lo constitucionalmente admisible al delegar en el juez laboral potestades que la Carta reserva únicamente al legislador como son las de normar las actuaciones procesales. Así, el tribunal ha sido expresamente facultado para disponer la forma en que se practicará una determinada actuación, cuando no se pueda aplicar supletoriamente los Libros I y II del CPCCh, por ser sus normas contrarias a los principios del procedimiento laboral (art. 432, inc. 1°, CdTCh), incompatibilidad que define el propio juez.

2.2. Potestades materiales

2.2.1. Los poderes del juez en relación con el objeto de la prueba y su incorporación al proceso.

El art. 453 N.° 3 CdTCh, que regula la oportunidad y contenido de la interlocutoria de prueba, conecta explícitamente la prueba con los hechos, cuando indica que el tribunal recibirá la causa a prueba *"fijándose los hechos a ser probados"*. Queda claro, entonces, que el objeto de la prueba son los hechos.

El respeto del principio dispositivo, en lo que atañe al objeto de la prueba, conlleva para la unanimidad de la doctrina, que "debe corresponder a las partes del proceso, activa y pasiva, aportar exclusivamente el material fáctico referido a su pretensión y resistencia. Esos hechos aportados exclusivamente por las partes delimitarán el objeto litigioso a resolver por el juez. El juez no puede ir más allá de esos hechos y debe ser congruente con ellos cuando decida el asunto".[9]

Los arts. 446 y 452 CdTCh, que regulan el contenido de la demanda y de la contestación respectivamente, exigen tanto al actor como al demandado *"la exposición clara y circunstanciada de los hechos"*. El art. 452, inc. 2°, CdTCh exige además al demandado *"pronunciarse sobre los hechos contenidos en la demanda aceptándolos o negándolos en forma expresa y concreta"*. Si las normas citadas dejan entrever el protagonismo de las partes en la alegación de los hechos que fundamentan pretensión y resistencia, no surge, en cambio, con igual claridad, el pleno respeto del principio dispositivo, en términos tales que pudiera entenderse proscrita *ex lege* toda intervención judicial en la determinación del objeto de la prueba.

En efecto, a diferencia del CPCCh, cuyo art. 318, inc. 2°, establece que *"sólo podrán fijarse como puntos de prueba los hechos substanciales controvertidos en los escritos anteriores a la resolución que ordena recibirla"*, el CdTCh no contiene una norma que vincule de manera tan clara al juez respecto de los hechos que surgen de la actividad dialéctica que las partes despliegan durante la etapa de debate. Y es que el legislador procesal laboral parece no acabar de decidirse a otorgar a las partes el monopolio de la aportación del material fáctico al proceso, dejando -no se sabe si intencionadamente o por mera desprolijidad técnica- intersticios para que el juez pueda infiltrar oficiosamente hechos indiscutidos, admitidos tácita o incluso expresamente por el demandado. De esta manera, la causal de incongruencia (art. 478, letra e, CdTCh) que permite anular la sentencia *"que se extendiere a puntos no sometidos a la decisión del tribunal"*, puede quedar completamente vaciada de contenido mediante una determinación objetiva del conflicto por el juez.

No es infundada esta posibilidad de actuación del juez laboral, desde que el art. 430 CdTCh le impone el deber de adoptar *"todas las medidas necesarias"* para impedir, entre otros actos de las partes, *"la colusión"*, pudiendo, en cumplimiento de tal deber legal, incorporar hechos incluso existiendo plena conformidad entre demandante y demandado sobre los mismos, si el juez discrepa o desconfía de la concordancia de las partes sobre el material fáctico.

Dada la estrecha vinculación que existe entre el objeto de la prueba y el objeto del proceso, la negación del principio *secundum allegata partium* repercutirá necesariamente sobre la disponibilidad del objeto del proceso y del objeto del debate. Si al momento de recibir la causa a prueba el juez decide que para formar su convicción sobre la legitimidad de la pretensión debe incorporarse al proceso hechos distintos de los alegados por el actor como fundamento de lo pedido, estará interviniendo directamente sobre la "causa de pedir"[10] y de esta manera estará determinando el objeto del proceso. A su vez, si por idéntico motivo, el juez considera necesario incorporar hechos distintos de aquellos alegados por el demandado como fundamento de la resistencia, estará alterando el objeto del debate.

El otorgamiento al juez de semejante poder de intervención sobre el material fáctico no obedece ya simplemente a la llamada "opción técnica" entre el principio de aportación de parte y el de investigación de oficio, sino a la sustitución del principio dispositivo por el inquisitivo, bajo el supuesto de que la materia objeto del proceso es indisponible por las partes.

No se me escapa que el Derecho sustantivo establece la irrenunciabilidad de los derechos laborales.[11] Según BARBAGELATA, "de tal irrenunciabilidad, deriva una indisponibilidad procesal, que sitúa el proceso laboral sobre bases totalmente diferentes del proceso civil [...] Toda la cuestión de la prueba [...] debe ser, pues, reexaminada en función de esta circunstancia".[12] Por consiguiente, a partir de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, la actividad inquisitorial del juez del trabajo podría encontrar cobertura y fundamento legal.[13] Pero no debe irse tan de prisa, al punto de pasar por alto que la indisponibilidad de los derechos laborales, al menos en el Derecho del trabajo chileno, viene establecida temporalmente, *"mientras subsista el contrato de trabajo"*, de manera que producida la terminación del vínculo laboral aquéllos devienen en disponibles por su titular.

2.2.2. Las potestades judiciales en relación con la admisión de los medios de prueba

Cuando las partes hayan hecho alguna alegación necesitada de prueba, deberán proponer que se admita en el proceso los elementos de convicción que puedan ser utilizables. La proposición de medios de prueba se efectúa verbalmente en la audiencia preparatoria, una vez que el juez fije *"los hechos a ser probados"* pues sólo a partir de este momento *existirá completa certeza para los litigantes acerca del thema probandi.*[14]

Efectuada la proposición, *"el juez resolverá fundadamente en el acto sobre la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes"* (art. 453 N.° 4 CdTCh). La admisión de los medios de prueba "es el acto del tribunal en virtud del cual, previo examen de los requisitos necesarios, determina los medios de prueba que deberán practicarse en el proceso".[15] El principio general, reconocido por el art. 453 N.° 4 CT, es el derecho de las partes a valerse de cualquier medio probatorio regulado por la ley y/o de *"cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente"*. No debería ser de otro modo ya que, como ha observado recientemente JEQUIER (y antes que él, CAROCCA), "en Chile se ha llegado a un consenso en torno a la existencia de un denominado 'derecho a la prueba', lo que por cierto trasciende y supera ampliamente la concepción tradicional de la actividad probatoria como mera carga procesal".[16] Existe, pues, una garantía constitucional[17], que confiere a todo litigante la posibilidad de participar en la formación de la decisión judicial (CAROCCA). Esta garantía comprende, entre otros, el derecho a que las partes puedan proponer válidamente todas las fuentes de prueba de que dispongan y a que la prueba propuesta válidamente sea admitida.[18]

El sistema de garantías procesales de la Constitución impone, pues, la admisibilidad de la prueba como norma. A partir de ello se colige que la facultad legal conferida al juez para repelerla debe interpretarse y ejercerse como cualificada excepción. A la misma conclusión se llega desde el art. 453 N.° 4 CT, que establece los requisitos de la prueba, tanto aquellos que se refieren a su objeto (pertinencia) y aquellos que se refieren *al medio de prueba (licitud)* Y *así, las únicas causas que* permitirían rechazar la admisión de la prueba ofrecida serían las siguientes: 1°) que no tenga relación directa con el asunto sometido a la decisión del tribunal o no fuere necesaria para la resolución de dicho asunto (impertinencia); y 2°) que el medio probatorio haya sido obtenido por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales (ilicitud). No existe ninguna otra causa que pueda justificar la inadmisión de los medios probatorios propuestos por las partes.[19] Llamo la atención sobre este punto, atendida la práctica judicial observada de cercenar prueba no por razones de pertinencia ni licitud sino exclusivamente para evitar la ralentización de las audiencias, lo que carece de asidero en la ley y vulnera el derecho a defensa de las partes.

2.2.3. El segundo control de admisibilidad de la fuente probatoria: la facultad del juez de impedir la rendición de prueba previamente admitida.

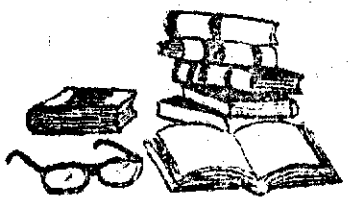
Además del examen que podríamos denominar "abstracto" sobre la pertinencia de cada fuente probatoria ofrecida por las partes y que -como acabamos de ver- se resuelve en la audiencia preparatoria mediante serias decisiones del tribunal sobre su admisibilidad o su inadmisibilidad, la ley *permite al juez efectuar un nuevo examen en la audiencia de* juicio, esta vez "concreto", sobre la pertinencia de la prueba confesional y de la prueba testifical, a partir del cual puede, sin más, desdecirse de su anterior declaración de admisibilidad e impedir la práctica de estas fuentes de la prueba. En efecto, *"si los demandantes fueren varios y se solicitare la citación a confesar en juicio de muchos o de todos ellos, el juez podrá reducir el número de quienes habrán de comparecer, en especial cuando estime que sus declaraciones puedan resultar una reiteración inútil sobre los mismos hechos"* (art. 454 N°3 CT). También *"podrá reducir el número de testigos de cada parte, e incluso prescindir de la prueba testimonial cuando sus manifestaciones pudieren constituir inútil reiteración sobre hechos suficientemente esclarecidos"* (art. 454 N° 5 CT).

En teoría estas facultades están destinadas a impedir el alargamiento inútil de los procesos, pero el costo, en la práctica, puede ser la indefensión. No parece que el principio de celeridad pueda justificar la vulneración de la garantía del derecho a la prueba, específicamente al derecho de las partes *a que la prueba admitida sea practicada.*[20] *Enseguida, no se* vislumbra cómo podría el tribunal prejuzgar sobre inutilidad de una confesional o de una testimonial que todavía no ha escuchado. Finalmente, cabe plantear serias dudas de que el ejercicio de estas facultades se haga con respeto de la garantía constitucional de la igualdad entre las partes[21], dado que la corriente juslaboralista dominante ha venido concientizando a los jueces del trabajo en torno a que la igualdad procesal entre los litigantes "no opera -no debe operar- en desmedro de la desigualdad compensatoria del derecho sustantivo"[22] y que "la restauración de la ficción de la igualdad procesal de las partes en los conflictos del trabajo, es un punto de convergencia de los procesalistas unitarios y los predicadores del neoliberalismo".[23]

2.2.4. La iniciativa probatoria judicial.

El juez laboral chileno ha sido dotado de una amplia y discrecional iniciativa probatoria, puesto que, según lo prescribe el art. 429 CdTCh, el tribunal "[d]ecretará las pruebas que estime *necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes*".

La crítica principal contra la actividad probatoria del juez dice relación con la afectación de la igualdad de las partes y la imparcialidad. Parece imposible pasar por alto que cada vez que el juez actúa para suplir las omisiones probatorias de una de las partes en conflicto, la favorece en perjuicio de la contraria, lo que conspira contra la igualdad de las partes -viga maestra del debido proceso[24]- y su corolario, la imparcialidad del juzgador.



En Chile, la igualdad de las partes en el proceso tiene sólido fundamento en el art. 19 N.°3 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas *la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*. "En lo fundamental, es una consecuencia de la igualdad ante la ley y con ella se pretende que todos quienes deban recurrir ante cualquier autoridad, incluyendo a los tribunales, de cualquier naturaleza, para la protección de sus derechos, se encuentren en un plano de *igualdad jurídica, sin que existan privilegios* o fueros especiales en razón de nacionalidad, raza, sexo, condición social o situación económica..."[25]. Pues bien, el otorgamiento al juez de iniciativa probatoria, cualquiera sea la motivación para su ejercicio, se traduce en la práctica en un poder interventor sobre el resultado del juicio distinto del acto de adjudicación, que en muchos casos será determinante para *que una parte gane (o pierda) el juicio*, pues, como ha dicho Rodríguez Urraca "esa es la consecuencia natural de la práctica de las pruebas"[26]. La prueba de oficio genera indudablemente una desigualdad de armas no porque el actor o demandado tenga un derecho a que se falle la causa sin prueba de su contraparte, sino porque una de las partes gana con la ayuda probatoria, deliberada o no, del juez de la causa.

Como dice Carocca, *"tribunal imparcial* es el que carece de interés en los resultados del litigio, es decir, es completamente independiente de las partes, pues supone que este no se ve constreñido por ningún tipo de consideraciones a favorecer a una en desmedro de la otra."[27] Coincidimos con Montero en que "el principio de imparcialidad del juez o, desde otro punto de vista, el derecho a un juez imparcial, tiene alcance general, siendo aplicable en todo tipo de procesos, incluso aunque en cada uno de ellos puedan llevar a conclusiones propias y específicas, que no podrán desvirtuar ni el principio general ni el derecho de las partes"[28]. La Constitución Política de la República de Chile lo reconoce implícitamente a través del derecho a ser juzgado por el tribunal predeterminado en la ley, puesto que la imparcialidad constituye una nota esencial para configurar todo tribunal[29]. En cualquier caso, el llamado "Pacto de San José de Costar Rica"[30] establece en su art. 8 N°1 que "toda persona tiene derecho a ser oida [...] por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley [...] para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", lo cual no deja mayores dudas *sobre el alcance del derecho al juez imparcial en nuestro* ordenamiento jurídico.

Se suele contestar a esta crítica, desde el publicismo, señalando que cuando el juez decide decretar prueba oficiosamente "no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba no sabe a quién puede beneficiar o perjudicar..."[31]. El argumento es falaz. No habiéndose derogado la regla legal sobre la carga de la prueba, el juez sabe de antemano, no evidentemente el resultado que arrojará la prueba concreta decretada, pero sí claramente a quién beneficiará y a quién perjudicará la omisión o insuficiencia probatoria respecto de determinados hechos. Si nada hace el juez frente a tal omisión o insuficiencia -pasividad legítima *desde que no se le impone un deber sino una mera facultad*- la regla de la carga de la prueba resolverá por sí sola el conflicto. Y entonces surge la razonable duda, especialmente incisiva en el juicio laboral, sobre cuál razón motiva al juez en unos casos a inhibirse y en otros a salir de su pasividad y ejercer su facultad probatoria. El publicismo, bajo la cuestionable premisa de que los jueces nunca adoptan comportamientos tácticos en el ejercicio de su actividad probatoria, replica que "su único objetivo es cumplir eficazmente la función jurisdiccional encomendada por la Constitución"[32], pero es difícil evitar la impresión de que el juez ejerce o deja de ejercer su facultad sin la plena imparcialidad que le es exigible. Y es que podría ser también que el juez salga a buscar prueba cuando sienta en su corazón que quien podría perder por insuficiencia probatoria, es quien en justicia debería ganar el pleito.[33]

Por otra parte, frente al argumento de la debilidad probatoria del litigante pobre, de suyo cuestionable[34], cabe señalar que, al menos en Chile, las partes no pueden comparecer a juicio sin asistencia letrada y, si la propia parte no puede costearla por sí solo, la Corporación de Asistencia Judicial, organismo de carácter público, asumirá su defensa a través de alguna de sus oficinas de defensoría distribuidas a través de todo el país. Pues bien, si las partes comparecen siempre con defensa letrada no se comprende qué papel puede desempeñar la iniciativa probatoria del juez más que suplir la inepcia de los abogados, tanto más cuanto que no existe medio probatorio alguno que pueda decretar el juez que no puedan pedir también los abogados de las partes. Un firme partidario de la iniciativa probatoria judicial lo reconoce sin ambages: "Cada vez que el juez decreta una medida probatoria de oficio ayuda a la actividad probatoria deficiente de las partes, si éstas no fueran en absoluto negligentes no tendrían razón de ser; los hechos serían absolutamente probados con los medios de prueba propuestos por las partes, y el juez no tendría más que aplicar el derecho sobre éstos".[35]

El sentido común indica que resultaría francamente impresentable, en cualquier proceso, ver al juez bajar de su estrado, tomar del brazo a uno de los abogados y escuchar que le susurra bondadosamente al oido: "estimado colega, olvidó usted pedir la documental, la cual es vital para el interés de su defendido en este caso. Mas no se inquiete, pues la pediré yo en su lugar". Como quiera que se mire, esto es exactamente lo que ocurre cada vez que el juez llamado a dirimir un conflicto entre privados desarrolla actividad probatoria. Pero, como suele decirse, el sentido común es el menos común de los sentidos.[36]

En Chile se dio una larga batalla para sepultar al juez inquisidor en el proceso penal y hubo finalmente consenso general en que el juez que acusa, investiga y juzga era una aberración intolerable[37]. Resulta asaz curioso que todos los argumentos que se esgrimieron entonces para transformar el proceso penal de inquisitivo en acusatorio y privar al juez penal de iniciativa probatoria pierdan automáticamente validez, ahora,

al responder la cuestión sobre la iniciativa probatoria del juez en los procesos de naturaleza no criminal.

3.- La recepción de las cargas probatorias dinámicas.

En el procedimiento de tutela laboral, si de los antecedentes aportados conjuntamente con la denuncia resultan *indicios suficientes de la vulneración alegada "corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad"* (Art. 493 CdTCh).

Se ha celebrado esta innovación como "un cambio trascendental para asegurar la efectividad de un proceso de tutela de los derechos fundamentales"[38]; "una manifestación más del efecto corrector de las relaciones jurídicas [...] que producen las normas sobre derechos humanos"[39]; "una de las mayores fortalezas de la reforma procesal laboral en materia de derechos fundamentales"[40].

La misma doctrina ha repetido insistentemente que el art. 493 CdTCh no invierte la carga de la prueba. Sin embargo, otro sector doctrinario previene que estaríamos ante la derogación, en sede procesal laboral, de la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico conforme a la cual corresponde probar la existencia de la obligación o su extinción al que alega aquélla o esta.[41]

Por mi parte, considero que el legislador no estableció la inmediata inversión del peso de la prueba pero la comprensión errada de la expresión "indicios" podría dar lugar al fenómeno de las cargas probatorias dinámicas, esto es, a la posibilidad que se abre al juez de flexibilizar la regla legal e imponer la carga de la prueba a la parte que se encuentra en mejor posición de probar hechos que dificultosamente pueden ser demostrados por quien los alegó.[42]

En efecto, algunos piensan que los "indicios" del art. 493 CdTCh son "algo" más que mera alegación pero menos que prueba, un "principio de prueba", "hechos que han de generar en el juzgador al menos la sospecha fundada de que ha existido la lesión de derechos fundamentales".[43]

El problema es que la tan alabada "carga probatoria dinámica" solo genera incertidumbre y amplio margen al decisionismo judicial. Porque no sabemos qué definirá cada juez como "principio de prueba" o "indicio suficiente".

Todavía más grave es la indeterminación del momento procesal en que el tribunal debería ponderar y declarar la suficiencia o insuficiencia de aquellos indicios. Nada dice la ley. Tampoco establece el deber del juez de advertir al demandado, con la debida antelación, que debe aportar prueba que justifique la razonabilidad y proporcionalidad de la medida impugnada. Entonces, puede ocurrir que el empleador se entere, recién, al momento de leer la sentencia, que "le tocaba probar". A esas alturas habrá perdido el pleito. Esto ya ha ocurrido en la práctica.[44]

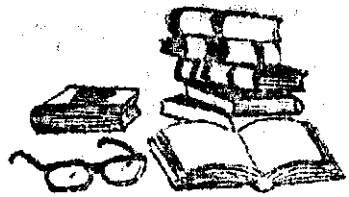
Y es que, como observa agudamente Alvarado, el tema de la *"incumbencia confirmatoria* -que habitualmente se estudia con el nombre de carga de la prueba- [...] es, en esencia, una clara *regla de juzgamiento* dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto". Por tanto debe ser la ley -y sólo la ley, nunca la jurisprudencia- la que regule todo lo referente a la incumbencia confirmatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad jurisdiccional, evitando así que el juez altere las reglas del *onus probandi* a discreción y una vez que el pleito ha finalizado.[45]

En mi opinión, la problemática de las cargas probatorias dinámicas puede sortearse si se entiende la expresión "indicio" como base de "presunción judicial". En tal caso, no habrá flexibilización por el juez de la regla legal del art. 1.698I CCCh. En efecto, si concordamos el art. 493 CdTCh con el art. al art. 1712 CCCh, resulta que para que el empleador reciba la carga de probar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad el trabajador ha debido probar la lesión mediante presunciones graves, precisas y concordantes o, conforme al art. 426 del CPCCh, mediante una sola presunción si, a juicio del tribunal, tiene caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.

Con todo la carga probatoria dinámica aparece también en el procedimiento de aplicación general cuando este otorga al juez la posibilidad de valorar positivamente el silencio del demandado. Así, el art. 453 N° 1), inc. 7° CdTCh, dispone que *"cuando el demandado no contestare la demanda, o de hacerlo no negare en ella (sic) algunos de los hechos contenidos en la demanda, el juez, en la sentencia definitiva, podrá estimarlos como tácitamente admitidos"*. Nótese que el precepto utiliza la expresión "podrá", de manera el juez podría también estimarlos negados e incorporarlos al proceso ¡y, precisamente en la sentencia, cuando el debate está ya agotado!

4.- La recepción de la sentencia anticipada.[46]

En el procedimiento monitorio laboral, la ley obliga al juez a efectuar un examen de mérito sobre los fundamentos de la demanda y, si considera que hay antecedentes suficientes, dicho juez dictará sentencia acogiendo o rechazando la demanda, esto es, resolviendo el fondo de la pretensión formulada por el actor, sin oír ni darle siquiera la oportunidad de ser oído al demandado. Es falso que esto sea "la genuina expresión de la técnica monitoria".[47] En las formas monitorias auténticas la resolución que se dicta inaudita altera parte no es todavía sentencia puesto que la fase de cognición no está completa sino hasta que trascurra el término para que el demandado pueda oponerse habiendo éste permanecido inactivo. Si, en cambio, el demandado se opusiere al requerimiento de pago, esta resolución se desvanece y, conjuntamente con ella, se extingue también el procedimiento monitorio mismo. Esta muerte del monitorio es una consecuencia lógica de la oposición del demandado porque no puede operar ya la



presunción de confesión, allanamiento y/o reconocimiento tácito de la pretensión del actor que es la llave que cierra la fase de cognición en las formas monitorias europeas. En los monitorios europeos no existe contradicción ni proceso posterior de conocimiento.[48]

En el monitorio chileno, las cosas suceden den un modo muy distinto puesto que, cuando el juez estima que hay antecedentes suficientes y falla de plano, la fase de cognición se agota en el examen de los antecedentes que ofrece el demandante y, así, la primera resolución que dicta el tribunal nace, en rigor, como sentencia definitiva, puesto que acoge o rechaza la pretensión y de este modo resuelve el litigio. Resulta evidente que en nuestro monitorio la pasividad del perdidoso no cumple ninguna función en relación con la cognición, no la integra, puesto que el litigio se decidió antes de iniciar siquiera el transcurso del término para la oposición.[49] Salta también a la vista que si esa oposición se materializa la sentencia monitoria no desaparecerá, sino que simplemente quedará en suspenso su ejecución hasta tanto sea confirmada por el propio tribunal (¡eventualmente por el mismo juez que la dictó!).

Como consecuencia de lo anterior, el procedimiento monitorio laboral no consigue sortear la objeción que plantea la regla constitucional (art. 19 N° 3 CPR), *según la cual "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado"*. La regla constitucional transcripta exige que la sentencia haya sido precedida de una tramitación anterior a ella, en que el afectado haya sido oído en sus defensas y en sus pruebas[50] o, cuando menos, en que el demandado haya tenido la posibilidad procedimental de oponerse, como sucede en las genuinas formas monitorias. Claramente nuestra Carta Fundamental veda al legislador y al juez la anticipación de la sentencia *inaudita altera parte*.

Entonces, cuando el art. 500 CT autoriza al juez a dictar la sentencia pronunciándose sobre el fondo de la demanda prematuramente, esto es, sin audiencia previa del demandado, no sólo burla en forma directa el mandato de la Constitución, configurándose como una disposición legal abiertamente inconstitucional, sino que además infringe el sistema de garantías y derechos que las naciones civilizadas denominan *debido proceso* y que la propia Carta Fundamental recoge bajo la *expresión "procedimiento racional y justo"*. Específicamente la garantía a la defensa procesal, traducida al menos como posibilidad de responder a la demanda, reconocida en todos los ordenamientos como requisito esencial para la válida constitución de un proceso[51].

Se arguye por los defensores del monitorio laboral que "la decisión de acoger la demanda sin haber escuchado previamente al demandado es provisoria. El demandado, luego de notificársele la demanda y la decisión del juez, todavía tiene derecho a controvertir lo dicho por el demandante, exigiendo un juicio oral, público y contradictorio".[52] De este modo los principios de contradicción y bilateralidad y, por ende, el debido proceso quedarían a salvo en el monitorio laboral por la posibilidad de recurrir contra la sentencia. Esto no pasa de ser una falacia. Y es que, "procesalmente hablando, no es lo mismo contestar una demanda que expresar agravios contra una sentencia [porque] la defensa ha de tener una oportunidad que la haga previa a la primera decisión, no bastando que esa oportunidad se brinde recién después que quien juzga en primer término ya se ha pronunciado".[53] En efecto, el otorgamiento de una vía posterior que pueda llevar a la "reversión" de los efectos producidos implicaría una restitución del derecho de defensa porque la realidad es que primero se viola el derecho de defensa y luego se lo restituye, pero menguado".[54] Y, entonces, "...que no se diga que la 'bilateralidad' o la 'audiencia' se logra porque [...] el demandado puede recurrir de lo decidido y, con esa actividad de 'impugnación', se estaría salvando la 'contradicción procesal'. Sencillamente ese no es el ideario Constitucional de la audiencia debida [...] en procesos de conocimiento en donde no hay derechos ya declarados, sino meras expectativas de esos derechos [...] la Constitución y los Códigos Procesales que hacen operativa la garantía del debido proceso aseguran (o mejor dicho deberían siempre asegurar) la conexión inicial y continua de las instancias entre tres sujetos (en definitiva el proceso) y no que entre las afirmaciones 'fuertemente verosímiles' de pretendiente y un juez se encarguen (uno por pedir y el otro por otorgar) de generar un simple procedimiento y que, sin embargo, y esto es lo grave, tenga la misma virtualidad para privar de un 'bien de la vida' a una persona que un proceso (en sentido que es un trámite de a 'dos'), pero de él deriva una sentencia que afecta procesalmente al demandado al ser alcanzado por sus efectos cuando no estuvo precedida de un debate 'en serio' entre las partes..."[55] Y es que, como observa agudamente Alvarado, "el oponente del demandado es el actor, no el juez; si, en cambio, la audiencia viene después de la sentencia, lo que se rebate son los términos de una decisión judicial, no los dichos del actor".[56]

Si el sistema recursivo fuera suficiente garantía de la bilateralidad de la audiencia y en último término del debido proceso -como arguyen falazmente los defensores del monitorio laboral- nos preguntamos ¿por qué, entonces, no permitir en todos los procedimientos la dictación de sentencia definitiva inaudita altera parte conservando la posibilidad de recurrirla? ¿Por qué no deshacerse de una buena vez de la anticuada idea de la bilateralidad de la audiencia y del contradictorio como garantías necesarias en todas las etapas procesales y trasladarlas a una fase posterior y eventual, al cuarto de atrás del proceso, como si fueran parientes locos o de algún modo inconvenientes, que solo pudieran aparecer por la casa después que el juez terminó su tarea y abandonó la sala? De ese modo se ganaría mucho en celeridad, aunque antes, claro, habría que reformar la Constitución Política. Nos parece que no es necesario decir más para demostrar que el argumento conduce al absurdo.

También se permite la anticipación parcial de la sentencia en el procedimiento de tutela laboral. En efecto, conforme al art. 495 CdTCh la sentencia que se dicte en este procedimiento deberá ordenar en su parte resolutiva, en caso de declararse la existencia de la lesión de derechos fundamentales denun-

ciada, el cese inmediato del comportamiento antijurídico. El art. 492 CdTCh permite al juez anticipar la tutela inhibitoria, decretando la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles.

El art. 492 CdTCh sigue al art. 178 LPL española, la cual opera sólo frente a unos supuestos restringidos y admite alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada.

Sin embargo, en Chile, el empleador, que no ha sido previamente oído, deberá soportar de inmediato y sin posibilidad de impugnación, el perjuicio sobre su interés que le provoca la resolución del tribunal.

5.- Limitación del derecho al recurso

Finalmente, llamo la atención sobre la circunstancia que la reforma suprimió la doble instancia al eliminar la apelación como recurso contra la sentencia definitiva, sustituyéndolo por un recurso de nulidad, de naturaleza extraordinaria.

Esta limitación obedece claramente a la orientación publicística de la reforma, puesto que la posibilidad de revisión de la sentencia por el tribunal superior no se justifica ya en el simple agravio al interés de parte sino a la infracción del derecho objetivo.

Bajo la idea engañosa de que la inmediación otorga al juez de fondo una comprensión intimista y privilegiada de los hechos, la posibilidad de control por la Corte sobre su determinación queda reducida a un examen sobre la racionalidad argumentativa empleada por el juez de fondo para justificar la valoración de la prueba rendida, pudiendo únicamente intervenir sobre tal valoración cuando se constata una violación *manifiesta de las reglas de la sana crítica*. En síntesis, la Corte solo podrá revisar la valoración de la prueba efectuada por el juez de fondo cuando: no se valora la prueba de ningún modo (con excepción de la sentencia dictada en el procedimiento monitorio porque la ley exime al juez de explicitar la valoración); se la valora irracionalmente (intuitiva o emotivamente); la justificación de la valoración incurre en falacias o trampas lógicas o es contraria a "las máximas de la experiencia", esto es, a la percepción de los fenómenos por la *generalidad de* las personas cuerdas.

Notas

[1]www.poderjudicial.cl

[2]El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona "siempre que su vulneración sea consecuencia de directa de actos ocurridos en la relación laboral"; el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia; la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos; la libertad de emitir opinión y la de informar; la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección; actos discriminatorios (fundados en la raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social), igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres (Art. 66 bis CdTCh); tutela de la libertad sindical contra prácticas antisindicales y desleales; e indemnidad del trabajador que reclama sus derechos ante la Administración Laboral o los Tribunales Laborales.

[3]Reproduzco parcialmente PALAVECINO, Claudio y RAMÍREZ, Cristian: "Examen crítico de la sentencia anticipada en el procedimiento monitorio laboral" en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Volumen 1, N°2, 2010, pp. 71-80.

[4]CEDEÑO, Marina: "El proceso monitorio en el ordenamiento español. Un cauce para la eficaz protección del crédito", en De la Oliva, A. y Palomo, D. (Coord.) *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 430,

[5]El art. 496 CdTCh prescribe que el procedimiento monitorio se aplicará *"respecto de las contiendas cuya cuantía sea igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales, sin considerar, en su caso, los aumentos a que hubiere lugar por aplicación de los incisos quinto y séptimo del artículo 162; y de las contiendas a que se refiere el artículo 201..."*.

[6]El art. 498, inc. 1°, CdTCh, señala que en caso de incomparecencia del reclamante al comparendo *"se pondrá término a dicha instancia"*.

[7]El art. 500, inc. 1°, CdTCh, alude a *"la comparecencia de las partes en la etapa administrativa."*

[8]Se exceptúan de esta exigencia las acciones referentes al fuero maternal (art. 497, inc. 2°, CdTCh).

[9]BORDALÍ, Andrés: "Los poderes del juez civil". En: De la Oliva, Andrés y Palomo, Diego (coord.), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007., p. 190.

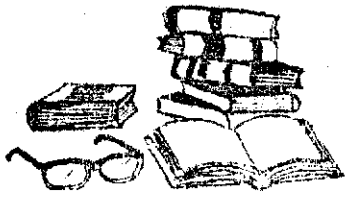
[10]"La causa de pedir son normalmente hechos, acontecimientos de la vida que suceden en un momento en el tiempo y que tienen trascendencia jurídica, esto es, que son el supuesto de una norma que les atribuye consecuencias jurídicas." (MONTERO, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 74.

[11]El art. 5° CdTCh consagra expresamente y con carácter general este principio: *"Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo"*. Además el CdTCh recoge este principio en varias disposiciones especiales: El art. 58 CdTCh limita las deducciones que el trabajador puede autorizar hacer a su empleador sobre sus remuneraciones; el art. 73 CdTCh señala que el feriado anual no podrá compensarse en dinero, salvo que el trabajador deje de pertenecer a la empresa; el art. 195 inc. cuarto CdTCh declara irrenunciable el derecho a descanso pre y post-natal de las trabajadoras; el art. 206 CdTCh establece que el derecho de las madres de disponer de dos porciones de tiempo para dar alimento a sus hijos, no podrá ser renunciado en forma alguna, etc.

[12]Citado por RACCIATI, O. "Trascendencia procesal de los principios del derecho del trabajo", en: *Revista Derecho Laboral* n° 196, *Montevideo*, octubre-diciembre, 1999 p. 22.

[13]Hunter parece insinuarlo, a propósito de la justicia de familia, cuando observa que "aun cuando deba asumirse el carácter técnico de las potestades oficiosas del juez de familia, su fundamento último escapa [...] al solo derecho procesal, en la medida que obedecen a cierta configuración previa proveniente del derecho sustantivo." ("Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia", en: *Revista de Derecho*, vol. 20, n°1, 2007, pp. 205-229. Valdivia, Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral.p. 213.). En el mismo sentido argumenta la doctrina juslaboralista uruguaya, véase, por todos, GOLDSTEIN, Eduardo y MARIEZCURRENA, Patricia. "Algunas reflexiones sobre los poderes de instrucción en el proceso laboral". En: *Derecho Procesal del Trabajo*. Treinta estudios. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp. 263-280.

[14]"Con esta expresión se hace referencia a lo que debe probarse



en un proceso concreto para que el tribunal declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. La pregunta adecuada es: ¿qué debe probarse? Y la respuesta debe ser concreta, pues debe atenderse a un proceso determinado" (MONTERO, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 76-77, nota 66.).

[15]Barona, citado por ETXEBERRIA, José. *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.p. 311.

[16]JEQUIER, E..: "La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil, análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N°3, 2007, p. 478. En el mismo sentido, Carocca, quien había observado que "en el último tiempo se ha establecido la existencia de una garantía o derecho constitucional, que ha sido denominado 'derecho a la prueba', que permite superar el estudio de los temas tradicionales en esta materia, que se centraban a lo más, en el de la 'carga de la prueba'." (CAROCCA, Alex.: *Manual de Derecho Procesal*, Lexis Nexis, 2003, tomo 2, p.154; véase también, del mismo autor: "Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno", en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, año 3, N° 2.

[17]Coincidimos con Carocca en que "el reconocimiento del derecho a la prueba debe considerarse producido en nuestro país como consecuencia del establecimiento del derecho a la defensa, sobre el cual no existen dudas que se encuentra reconocido en el art. 19 N°3 inc. 3° de la Constitución, además de ser una garantía constitutiva del debido proceso, también consagrada en el mismo precepto de la Carta Constitucional" (CAROCCA, Alex.,: *Manual de Derecho Procesal*, Lexis Nexis, 2003, tomo 2, p. 158.).

[18]CAROCCA, Alex.: *Manual de Derecho Procesal*, Lexis Nexis, 2003, tomo 2, pp. 155-156.

[19]Si el órgano judicial rechaza algún medio probatorio infundada o arbitrariamente, habrá que deducir contra la resolución denegatoria recurso de reposición, que, por haberse dictado la resolución impugnada en audiencia, *"deberá interponerse en forma verbal, inmediatamente de pronunciada y resolverse en el acto"* (art. 475 inc. 2° CdTCh). Sin perjuicio de lo cual, pueda alegarse que la denegación de prueba supuso infracción del derecho a la defensa jurídica (art. 19 N° 3 inc. 2° CPRCh) como motivo de un recurso de nulidad contra la sentencia definitiva, por haber ésta *"infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales"* (art. 477 CdTCh).

[20]CAROCCA, Alex.: *Manual de Derecho Procesal*, Lexis Nexis, 2003, tomo 2, p. 158.

[21]La Constitución asegura a todas las personas *"la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos"* (art. 19 N°3, inc. 1°, CPR) "norma que ha sido considerada como *consagradora del derecho a la igualdad ante la justicia*, es decir, ante las leyes procesales, que fue la intención expresa de la CENC" (CAROCCA, Alex.: "Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno", cit., p. 177).

[22]Así, RACCIATI, O. "Trascendencia procesal de los principios del derecho del trabajo", en: *Revista Derecho Laboral* n° 196, Montevideo, octubre-diciembre, 1999, p. 867.

[23]Barbagelata, citado por GOLDSTEIN, Eduardo y MARIEZ-CURRENA, Patricia. "Algunas reflexiones sobre los poderes de instrucción en el proceso laboral". En: *Derecho Procesal del Trabajo.* Treinta estudios. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005., p. 270.

[24]Alvarado Velloso define el debido proceso como *"aquél que* se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente)."ALVARADO, Adolfo. *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?* Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2011, p. 64.

[25]EVANS, Enrique: *Los derechos consitucionales*, Tomo II, 3ª edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile , 2004, p.140

[26]Citado por FERNÁNDEZ, Raúl, *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral. Análisis crítico.* Santiago, Chile: Puntolex-Thomson Reuters, 2011, p. 159.

[27]CAROCCA, Alex.: "Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno", en: *Ius et Praxis*, año 3, n° 2. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, p. 191.

[28]MONTERO, Juan, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, España: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 15-16.

[29]CAROCCA, Alex.: *"Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno"*, en: *Ius et Praxis*, año 3, n° 2. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, p. p. 191.

[30]O más propiamente, la *"Convención Americana sobre Derechos Humanos"*, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y que entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Chile depositó su ratificación el 21 de agosto de 1990 y fue promulgada por el Decreto N° 873 de 23 de agosto de 1990 y se publicó en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

[31]FERNÁNDEZ, Raúl, *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral. Análisis crítico.* Santiago, Chile: Puntolex-Thomson Reuters, 2011, p. 150; FUCHS, Andrés: *Proceso, prueba y verdad*, Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2011, p.174. Este argumento ya lo había planteado HUNTER, Iván: *Las potestades probatorias del juez de familia.* Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008, p. 71.

[32]FERNÁNDEZ, Raúl, *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral. Análisis crítico.* Santiago, Chile: Puntolex-Thomson Reuters, 2011, p. 150.

[33]En el mismo sentido, el profesor Nicolás Luco: "Aceptemos que el juez que decide emprender esta actividad probatoria en un caso determinado y no en otro lo hace porque tiene una inclinación, una presunción más o menos fundada de que el hecho es efectivo o que la justicia no se vería satisfecha si se limitara a aplicar la carga de la prueba y dar por no probado el hecho". (LUCO, Nicolás: "¿De vuelta al sistema inquisitivo?", En: LETURIA, Francisco (ed.) *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?*, Santiago de Chile: Ediciones LYD, 2011, p. 220).

[34]"Es difícil sostener que el juez está en mejor posición que las partes para determinar las pruebas que pudieren dar por comprobados los hechos alegados por ellas [...] Son esas mismas partes las que mejor conocen y más cercanía tienen con los lugares, personas y actividades en que pueden ser encontradas y obtenidas dichas pruebas." (LUCO, Nicolás: "¿De vuelta al sistema inquisitivo?", En: LETURIA, Francisco (ed.) *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?*, Santiago de Chile: Ediciones LYD, 2011, p. 217).

[35]FERNÁNDEZ, Raúl, *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral. Análisis crítico.* Santiago, Chile: Puntolex-Thomson Reuters, 2011, p. 126.

[36]Este ejemplo (que ya formulé en mi "El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno", *Revista Laboral Chilena*, N°173, enero, 2009, p. 79) según un joven autor chileno "...es burdo respecto de la realidad, pues no se trata y nunca se ha pretendido que el juez dotado de estas facultades reemplace a la parte, ni mucho menos a su abogado, sino que el juez dudoso de la ocurrencia de cierto hecho o no, pueda hacer todo cuanto esté dentro de sus posibilidades para conocer la verdad de lo ocurrido" (FUCHS, Andrés: *Proceso, prueba y verdad*, Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2011, p. 174). Si no lo malentiendo, mi contradictor parte de la base que los jueces jamás desarrollan un comportamiento estratégico en el ejercicio de la iniciativa probatoria, vale decir que, en la negra noche de los egoísmos particulares, los jueces navegan guiados únicamente por la luminosa estrella de la verdad, y nunca por otros motivos externos tales como, proteger a quien consideran la parte débil del conflicto, lo cual me parece -cuando menos en el contexto del proceso laboral- un postulado ingenuo y "burdo respecto

de la realidad". Además de incongruente con la afirmación del propio autor en el sentido que "el proceso no es el mercado, y que por tanto no debe actuar sin intervención alguna, pues aquí no existe ninguna *mano invisible* que vaya a igualar el poder del imputado frente al *ius puniendi* del Estado, o del trabajador frente al empleador, o bien del consumidor frente al proveedor" (p.42). Hay que insistir en que no es con la *mano del juez* como debe resolverse tales asimetrías.

[37]Ya, Carnelutti había observado, con ocasión del proceso penal, que "la investigación es un trabajo psíquico, y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrastrado a una supervaloración de los resultados de la investigación, delineándose en él un interés por el éxito de aquélla; pero tal disposición de ánimo, si bien favorece a la investigación, perjudica la valoración...". CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones de Proceso Penal*. Volumen II. Roma, 1949. En el mismo sentido -según informa Montero-, ha razonado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sus sentencias en los casos *Piersack* de 1982 y *De Cubber* de 1984, estimando contraria al derecho a un tribunal imparcial, tal y como aparece recogido en el art. 6.1. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, la acumulación de la competencia por un mismo juez de las funciones instructora y juzgadora en el proceso penal, y, después, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 145/1998, de 12 de julio, que entendió incluido ese derecho a un tribunal imparcial, al que no alude la Constitución española, en el derecho a un proceso con todas las garantías, al que sí se refiere de modo expreso el artículo 24.2 de la misma, y también respecto de la regla de que quien instruye no puede juzgar. El Tribunal Constitucional español, en la sentencia citada, siguiendo los lineamientos de los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, razona que "la actividad instructora, en cuanto para el que la lleva a cabo supone entrar en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Y aunque aquello no suceda es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible". El profesor Nicolás Luco ha advertido cómo "la aceptación de esta realidad es lo que ha llevado a aplicar en materia procesal penal uno de los principios básicos de la reforma efectuada en Chile: aislar completamente al juez que dictará sentencia de la actividad probatoria destinada a investigar los hechos de la causa y reunir las pruebas necesarias. No se ha querido siquiera que el juez penal intervenga en la autorización de diligencias probatorias ya que ello podría comprometer su independencia, razón por la cual se ha entregado dicha función a un juez distinto, el juez de garantía". Concluye que "este celo del legislador de la reforma procesal penal debe ser aplicado igualmente en materia civil". (LUCO, Nicolás: "¿De vuelta al sistema inquisitivo?", En: LETURIA, Francisco (ed.) *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?*, Santiago de Chile: Ediciones LYD, 2011, pp. 220-221.

[38]CAAMAÑO, Eduardo: "La tutela jurisdiccional del derecho fundamental a la no discriminación por razones de sexo", *Derechos Fundamentales*, Soc.Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, p. 232.

[39]AGUILAR, Gonzalo y CONTRERAS, C.: *"El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile"*, *Ius et Praxis*, v. 13 N°1, Talca, 2007, pp. 205-243.

[40]UGARTE, José Luis, *"La prueba en la tutela laboral de los derechos fundamentales"*, *L.S.I*, N° 378, 2008, p.3.

[41]THAYER, William: *"El nuevo procedimiento laboral"*, *Actualidad Jurídica*, N° 18, julio 2008, p. 534.

[42]GARCÍA GRANDE, Maximiliano, *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*, Editorial Juris, rosario, 2005, p. 43.

[43]UGARTE, José Luis, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, p. 46.

[44]*Vid.* Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 82-2010, publicada en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Volumen 1, N°2, Santiago de Chile, 2010, pp. 281-302.

[45]ALVARADO, Adolfo: *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 203-204.

[46]Reproduzco parcialmente PALAVECINO, Claudio y RAMÍREZ, Cristian: *"Examen crítico de la sentencia anticipada en el procedimiento monitorio laboral"* en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Volumen 1, N°2, 2010, pp. 71-80.

[47]Cfr. PEREIRA, Rafael: *El procedimiento monitorio laboral*, Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010. p.58.

[48]PÉREZ, Álvaro: "En torno al proceso monitorio desde el derecho procesal comparado europeo y hacia un monitorio comunitario Caracterización y elementos", en De la Oliva, A. y Palomo, D. (Coord.) *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 463, nota 23.

[49]La sentencia así dictada se acerca peligrosamente a la "medida autosatisfactiva" en cuanto esta surge cuando se confiere al juez "la potestad de decidir muy tempranamente, generalmente *in limine*, sobre el fondo mismo de lo que se le pide sin intervención alguna del afectado por esa resolución." (CALVINHO, Gustavo.: "Medidas cautelares, tutelas anticipadas y sentencias autosatisfactivas ante el debido proceso", en *Vox Iuris*. Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Puno, vol. 9, diciembre, 2009, Puno-Perú, p.72).

[50]EVANS, Enrique: *Los derechos constitucionales*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004, tomo II, p. 143.

[51]CAROCCA, Alex: *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 17-18.

[52]Felipe Marín, citado en PEREIRA, Rafael: *El procedimiento monitorio laboral*, Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010, p. 13.

[53]Bidart Campos, citado por BORDENAVE, L.: *La medida autosatisfactiva como solución inconstitucional para un problema de la justicia moderna*, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2009, p. 90.

[54]BORDENAVE, L.: *La medida autosatisfactiva como solución inconstitucional para un problema de la justicia moderna*, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2009, pp. 91.

[55]BENAVENTOS, Omar.: *Teoría general unitaria del Derecho procesal*, editorial Juris, Rosario-Argentina, 2001, pp.373-374

[56]ALVARADO, Adolfo: *Sistema Procesal. Garantía de la libertad*, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2009, tomo II, p.594.