

RECOMENDACIONES PARA JUSTIFICAR RESOLUCIONES JUDICIALES EN CASOS DE LAGUNAS NORMATIVAS

Autores:

Tania Gloria Zurita Riquelme*
Eduardo Andrés Estrada Aravena**
María Paz Rodríguez Maluenda***
Leonardo Andrés Llanos Lagos****

En el presente trabajo se presentan cuatro sentencias de tribunales de instancia en las que se abordan distintas formas y enfoques para superar lagunas normativas en la decisión judicial.

1. Presentación de los fallos que se analizan.

a) **Caso n°1 “Arredondo/PedidosYa SpA.” RIT M 724-2020 Juzgado del Trabajo de Concepción**

Sentencia laboral reconoce la existencia de relación laboral entre aplicaciones de reparto y quienes efectúan dicho servicio.

En octubre de 2020 se dictó sentencia en procedimiento monitorio en causa RIT M 724-2020 por la Jueza Ángela Hernández Gutiérrez. El fallo se pronuncia acerca de la acción interpuesta por A. Arredondo Montoya en contra de PEDIDOSYA, cuya pretensión fue solicitar que se reconociera que entre ambos existió una relación laboral y, por tanto, estimar que hubo un despido injustificado al término de la misma y ordenar el pago de las prestaciones que se reclaman. Por su parte, la demandada solicitó el rechazo de la demanda ya que su parecer, no existió relación laboral bajo subordinación y dependencia.

Se tiene presente que el trabajo vía plataformas no se encuentra explícitamente regulado en la normativa laboral, pese a su presencia y extensión en nuestra economía. Por tanto, la controversia estriba en la tensión entre la protección del trabajo subordinado y del trabajo autónomo.¹

Al respecto, la jueza razona que, en materia laboral, el elemento esencial del contrato de trabajo es el vínculo de subordinación o dependencia del trabajador en el servicio que presta respecto de su empleador. Luego, de la prueba incorporada, reconoce la existencia de estos elementos en la relación mediante la concatenación de indicios de aquellos, los que, a su vez obstan a la supuesta libertad laboral del actor.

En consecuencia, acoge la demanda y declara la existencia de la relación laboral y que el despido fue nulo e injustificado.

* Jueza Juzgado de Familia de Temuco

** Juez Juzgado de Letras y Garantía de Mejillones

*** Jueza 1° Juzgado de Letras de Buin

**** Juez Juzgado de Garantía Los Ángeles

1 PALOMO, Diego. www.cielolaboral.com (2021) "Un hito en la vía judicial para reconocer derechos en el trabajo vía plataformas digitales en Chile" Disponible en: http://www.cielolaboral.com/wpcontent/uploads/2020/10/palomo_noticias_cielo_n9_2020.pdf [visitado el 17/10/2021].

b) Caso 2 “Sánchez/Sucesión Parada” ROL 337-2011 Excma. Corte Suprema.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema, dictada el 7 de marzo de 2012, que rechazó los recursos de casación en la forma y en la forma, deducidos por la demandada, en contra de la sentencia de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 4 de noviembre de 2010 en Rol N°1298-2010 que, a su turno, conociendo de la apelación de la sentencia de primera instancia dictada por el 2° Juzgado de Letras en lo Civil de Valparaíso, en autos Rol 1.977-2004, la revocó, y acogió parcialmente la demanda, condenando a la sucesión demandada al pago de \$4.000.000 por concepto de compensación económica, en circunstancias que se trataba de un litigio civil y no de familia, y la demandante era concubina del fallecido, reclamando la aplicación, por analogía, de la institución de compensación económica, en base a la equidad.

c) Caso 3: Ulloa/Herrera ROL C-2852-2017 1° Juzgado Civil de Concepción

La sentencia en comento, emanada del Primer Juzgado Civil de Concepción, de fecha 26/02/2018, reconoce derechos sucesorios a la demandante, en su calidad de concubina del padre de sus hijos, éstos últimos los demandados de autos, reconociendo la existencia de una comunidad de bienes sobre el patrimonio reunido por su ex pareja, en la que ambos tienen derecho en una proporción del 50% cada uno; patrimonio que se compone por todos los bienes que integran la herencia del causante, debiendo procederse a su división.

El tribunal de alzada, conociendo por vía de apelación deducida por los demandados, confirma la sentencia de primera instancia en todas sus partes, aplicando, por analogía, las normas de la Ley de Matrimonio Civil y del cuasi contrato de comunidad, sosteniendo que las modificaciones introducidas en el último tiempo al Derecho de Familia, crean tendencia a recoger distintos conceptos de familia al tradicional, y reconocer derechos y protección a otras uniones y relaciones no expresamente reguladas en la ley.

d) Caso 4: RIT C- 10.028-2019 Segundo Juzgado de Familia de Santiago.

Respecto del fallo dictado por la Magistrado Titular del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, Macarena Rebolledo, con fecha 8 de junio de 2020, que conoce sobre acción de reclamación de maternidad de filiación no matrimonial, incoada por la madre de un niño, en calidad de representante legal, en contra de su conviviente de unión civil, quien se allana, a fin de que se establezca la co-marentalidad y se ordenen las inscripciones en el Registro Civil respectivo. Se funda la pretensión, en el Artículo 182 del Código Civil, ya que ambas se sometieron a la técnica de reproducción asistida con un proyecto filiativo común, sin embargo, en Chile, la maternidad, conforme al Artículo 183 del mismo cuerpo legal, queda determinado por el hecho del parto, por lo que sólo respecto de una de ellas es reconocida dicha filiación. Desarrolla el concepto de familia, ampliándose respecto del que se funda solo en el matrimonio, señalando que la Ley 20.830² que crea el Acuerdo de Unión Civil (AUC), nació como una forma de proteger “otros grupos familiares”, además del matrimonial, teniendo como finalidad regular los efectos jurídicos de la vida afectiva, que es la columna vertebral de la vida familiar, concordándolo con lo prevenido en el Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que no consagran un modelo de familia, sino lo reconocen como "el elemento natural y fundamental de la sociedad" y establecen tanto al Estado como a la

² Ley sobre Acuerdo de Unión Civil, publicada en el DO 21 de abril de 2015.

sociedad el deber de protegerla. Discurre, finalmente respecto de los derechos que corresponden al niño, como el de la Identidad, establecido en el Artículo 8 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en que se incluye la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, en consecuencia, los efectos de la filiación, que se reclama en la acción interpuesta, y el principio de igualdad de los hijos, establecida en la Ley 19.585³.

2. La laguna normativa: concepto en general e identificación de este fenómeno en cada fallo analizado.

a) **Caso 1**

En general y en sentido amplio, el concepto de laguna jurídica normativa se refiere a la falta de norma jurídica positiva que provea la solución a cierto caso. A su vez se pueden clasificar en lagunas normativas, técnicas y axiológicas o valorativas. La laguna normativa es aquella en que un cierto caso constituye una laguna de un determinado sistema normativo, si este sistema no correlaciona el caso con alguna calificación normativa de determinada conducta, es decir, con una solución.⁴

Por regla general, el derecho provee una serie de soluciones para las lagunas mediante los argumentos analógicos, a fortiori, de equidad, y de la argumentación en base a principios.

En el caso n°1 estamos frente a una laguna normativa, mas no axiológica⁵. Esta se forma por la necesidad de determinar la existencia o no de vínculo laboral respecto de aquellas personas que se desempeñan en las urbes transportando productos que son el resultado de una transacción comercial entre un consumidor y un tercero y las empresas dueñas de las aplicaciones que intermedian en este intercambio. Este sistema se denomina trabajo en economía de plataformas y no se encuentra regulado expresamente en la normativa laboral.

En efecto, el Art. 7° del Código del Trabajo, define al Contrato individual de trabajo como una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada. Luego, el Art. 8° contiene una presunción legal respecto de la existencia de contrato de trabajo y después, enumera una serie de supuestos exceptuados, ubicando dentro de aquellos, a los trabajadores independientes.

Para reconstruir el razonamiento de la jueza Hernández, debemos tener presente que la existencia de un pago de dinero por parte de la empresa dueña de la aplicación no está en discusión. Por tanto, queda dilucidar si esta relación entre ambos es de aquellas que se prestan bajo subordinación y dependencia o pertenecen a las excepciones del Art. 8°.

Este vacío normativo unido al principio de inexcusabilidad, impone la obligación por parte de la judicatura de dirimirla y de hacerlo “conforme al derecho”.

Según Guastini, se le exige al Juez obtener de los textos normativos, una norma “implícita”, no expresada. Tanto la existencia de una laguna como la construcción de la norma no

3 DO 26 de octubre de 1998.

4 ALCHOURON, Carlos y BULYGIN, Eugenio,(1974) Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, (Buenos Aires, Astrea), citado por NINO, Carlos (1973) Introducción al análisis del derecho (Barcelona, Editorial Ariel) p. 281-289

5 Una laguna axiológica se da cuando un caso está correlacionado por un sistema normativo con una determinada solución y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso de acuerdo con el sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas. NINO, Carlos (1973) p.287.

expresada idónea para colmarla exigen un razonamiento judicial argumentativo.⁶ Una contribución importante a la creación del derecho por parte del juez constituye la formulación de definiciones de normas y de conceptos jurídicos.⁷

Una vez asentada esta necesidad de construcción de una normativa atingente, observaremos los elementos utilizados por la magistrada para tal fin.

Un punto de partida constituye la premisa por la cual se establece que para un trabajador será más conveniente estar regido bajo una relación laboral de subordinación y dependencia -de aquellas reguladas en el Código del Trabajo-. Esta inferencia fluye del hecho que el contrato de trabajo minimiza la inseguridad e inestabilidad laboral. También protege el piso de los ingresos de los trabajadores y otorga una serie de derechos asociados. En consecuencia, deviene en un manto protector el que, consecuencialmente encarece el vínculo laboral y genera responsabilidad para el empleador. Por tanto, es natural que aquel tienda a tratar de desfomarlarizar el vínculo entre ambos y propender a la libertad del trabajador.

Agrega que la inmediatez física entre empleador y trabajador –como elemento diferenciador de la subordinación– es una noción anacrónica que debe ser superada, precisamente por la existencia de plataformas tecnológicas cuya dinámica es distinta, en donde el vínculo de subordinación y dependencia se manifiesta, pero de otra forma.

Entonces, para poder dirimir la existencia o no de subordinación y dependencia, se utilizan una serie de indicios en la sentencia distintos al meramente espacial:

De la prueba incorporada por las partes, arguye la jueza que el actor no tiene libertad para elegir su jornada laboral, de decidir si se conecta o no a la aplicación ni de cómo realiza su función, pues está condicionado a las etapas que le otorga la demandada y siempre está siendo calificado a fin de comprobar si cumple su cometido conforme a sus instrucciones. En caso contrario, es castigado con una baja calificación que termina incidiendo en sus remuneraciones.

Se acreditó la existencia de una serie de elementos que consisten en una solapada forma de ejercer el control sobre el actor, fijar la jornada de trabajo y la remuneración asociada al cumplimiento aparentemente voluntario de las normas que el empleador ha determinado y que no son otra cosa más que la manifestación del vínculo de subordinación y dependencia. Se evidenció la presencia de un sistema de calificaciones para los repartidores, así como el control sobre la conexión del actor para saber si se mantiene o no conectado a la plataforma. Además, se probó que el demandado usa un sistema de monitoreo a través de GPS para saber siempre la ubicación del demandante. También se asentó en juicio la existencia de beneficios y castigos asociados a los horarios de conexión, así como la existencia de incentivos para mantener porcentajes altos de aceptación de repartos, Por tanto, concluye que esta cadena de indicios permite calificar la relación como laboral y sujeta al Código del trabajo.

6 GUASTINI, Riccardo (2014) Interpretar y Argumentar, (Madrid, Centro de estudios políticos y Constitucionales) pp.139-164.

7 ALCHOURON, Carlos y BULYGIN, Eugenio,(1974) Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, (Buenos Aires, Astrea), citado por NINO, Carlos (1973) Introducción al análisis del derecho (Barcelona, Editorial Ariel) p. 281-289

b) Caso 2

Tanto la Iltrma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, como la Excma. Corte Suprema, reconocen la existencia de una laguna normativa para la institución de la compensación económica que sólo puede ser reconocida, según lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley N° 19.947, a uno de los cónyuges, al momento de producirse el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, en la medida que acredite que no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común.

La laguna, razonan dichos tribunales, se produce cuando el legislador no establece esta posibilidad para las relaciones de concubinato, precisando la Corte de Alzada “que ni la legislación ni la jurisprudencia ha delimitado u otorgado una real protección o reconocimiento a esta forma de unión humana, cada vez más recurrente en Chile y, por ende, debe, conforme a la justicia material, otorgársele la protección al concubino sobreviviente (sic)”, de tal forma que el caso se subsume en uno que hace aplicable lo dispuesto en el artículo 170 N°5 del Código de Procedimiento Civil pues, ante la ausencia de un precepto legislativo, debe estarse a la equidad.

La primera pregunta que asoma frente a este razonamiento, es si efectivamente se advierte una ausencia de precepto legal aplicable al caso y, con ello, puede fallarse “en equidad”. Si el legislador, al regular la institución estableciendo como requisito el matrimonio anterior de los cónyuges, olvidó a las personas que se encontraban en una realidad análoga y relevante socialmente, como las uniones de hecho, no debiendo olvidarlos; o bien, si esa omisión del legislador es deliberada pues, producto del debate democrático que precedió la entrada en vigencia de la Ley N°19.947, se concluyó que las distintas visiones de la sociedad chilena, representada en el Congreso, acordaban que esa institución sólo sería aplicable a esos supuestos de hecho, excluyendo a los demás.

La respuesta es relevante, pues los jueces estamos llamados a aplicar la ley, y a fundamentar nuestras sentencias para comunicar a sus destinatarios y a la sociedad toda, según las funciones endo y extraprocesales de la motivación⁸, que ese mandato se está cumpliendo, no encontrándonos autorizados para suplantar el debate democrático que legitima las normas del ordenamiento jurídico que, a su vez, crean expectativas normativas en cada sujeto; pues justamente, en ese ejercicio argumentativo, nuestra labor adquiere la legitimidad de la que carece el nombramiento en nuestros cargos.

Cabe preguntarse, además, aun cuando se estime que existe dicha laguna, si en la analogía pueden “importarse” sólo algunas reglas de la institución, o todas ellas, en particular, las que refieren a la competencia de los tribunales de familia para el conocimiento de la demanda por compensación económica, excluyendo a los tribunales civiles.

Finalmente, dejo planteada la reflexión en cuanto a si lo que se pretendía por la Corte de Alzada y nuestro máximo tribunal, era otorgar una indemnización que fuera análoga a la que el legislador estableció para el caso del término del matrimonio, es necesario también

⁸ Aliste Santos, Tomas-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales. Marcial Pons, 2018, p. 140.

justificar por qué se utiliza su nombre y no otros principios generales del ordenamiento jurídico que pudieran disipar las dudas sobre la competencia del tribunal y lo señalado en cuanto a que no puede necesariamente concluirse de la omisión del legislador sobre la uniones de hecho, que eso sea una laguna y no una regla implícita para no otorgar ese derecho a otro tipo de uniones.

Estimo que, de lo razonado, puede desprenderse como recomendación, que en el ejercicio justificativo de la sentencia, al momento de indagar sobre la existencia de una laguna normativa, el tribunal debe expresar los motivos por los que considera que aquello es un caso olvidado por el legislador y no uno en el que la regla implícita es que no se otorga ese derecho a otros supuestos que los regulados por la norma. Esa argumentación permite que el auditorio universal pueda distinguir si el tribunal se apega a su mandato legal, o ha suplantado el debate democrático.

c) Caso 3:

Las lagunas normativas se pueden definir, en términos acotados y simples, como la inexistencia de regulación, para un supuesto de hecho, que no ha sido contemplado por el ordenamiento; Profundizando un poco más, podemos sostener que existe una laguna en derecho, cuando una exigencia al derecho, fundamentada en forma objetiva por las circunstancias sociales y económicas imperantes, no encuentra satisfacción en el ordenamiento:

Es del caso que, del análisis de esta sentencia, se pueden identificar o reconocer las siguientes lagunas normativas de las que tuvo que hacerse cargo el sentenciador:

- Inexistencia de norma jurídica que regule el concubinato como una institución reconocida en el derecho.
- Efectos patrimoniales que se puedan derivar del concubinato y cuáles serían las exigencias o los requisitos para que, de dicha unión, se generen.

Es interesante el razonamiento utilizado en el ejercicio de integración realizado por los jueces falladores, en ambas instancias, ya que, a partir de hechos objetivos y no discutidos, como es la relación sentimental que ligó a la demandante y su pareja durante 27 años, producto de la cual nacieron sus 3 hijos, los demandados, se puede inferir, desde premisas conocidas y pruebas aportadas, que dicha relación es denominada concubinato, que se define como una unión de hecho entre dos personas de distinto sexo, con una connotación afectiva y sexual, fuera del matrimonio, con caracteres de estabilidad y que, para que de ella se deriven efectos patrimoniales, deben concurrir elementos esenciales, a saber: a) vivir en forma permanente en unión no matrimonial; b) que aquel que reclama haya contribuido con su trabajo a la formación del patrimonio de la otra persona o, al menos, a su aumento; c) contemporaneidad entre los requisitos anteriores;

No es entonces el concubinato, per sé, que genera esos efectos, sino la concurrencia de las circunstancias antes referidas;

El hecho de no existir norma positiva que regule o reconozca el alcance de los eventuales derechos que se puedan generar del concubinato, no quiere decir que se les excluya de protección. Por el contrario, el derecho, en este ejercicio integrador y a la luz de los cambios que van afectando a la sociedad y que van siendo considerados por leyes nuevas o modificaciones, tiende a expandir su protección y aplicación a situaciones antes no

consideradas, teniendo como telón de fondo, el principio de no discriminación, y de aplicar, a situaciones similares, la analogía;

El razonamiento empleado por el juez, ante la inexistencia de ley, es emplear la ley existente, para un caso no regulado por ésta. Reconoce, así, los derechos sucesorios que le asisten a la demandante, aunque ellos están establecidos para la sucesión del causante, calidad que de acuerdo a las normas del derecho sucesorio chileno, no tiene. Sin embargo, asimilando el concubinato, a la institución del matrimonio, al interpretar que la intención de los concubinos fue formar una comunidad producto de los aportes de ambos, el trabajo de él y las labores hogareñas y cuidado de los hijos por parte de la demandante, que contribuyó directamente a la formación del patrimonio de su ex pareja, no pueden sino hacer concluir que esa relación tenía como objetivo desarrollar una vida en común, siendo parte de ella la estabilidad, aun a pesar de los conflictos, la afectividad y la notoriedad ante terceros de la existencia, en este caso, de una familia estereotipada y disfuncional, lo que no obsta al reconocimiento de los derechos que de esta unión emanan, los que, por cierto, aun a falta de ley reguladora, no pueden ser desconocidos.

d) Caso 4:

El fallo analizado precedentemente visualiza dos lagunas normativas de manera expresa, esto es ausencia de norma legal que permita la solución del asunto controvertido. La primera laguna normativa observada en la sentencia, es la relativa al Artículo 182 del Código Civil, en que regula como fuente de la filiación, las técnicas de fertilización humana asistida, argumento que funda la acción de la actora respecto de la demandada de autos, única norma en toda la legislación nacional respecto del punto y que refiere de manera textual: *“el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”*, agregando en su inciso 2º *“no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”*, fundado la sentenciadora su existencia, en que la legislación es insuficiente en este punto y en realidad se encuentra referida a preferir, por sobre la primacía del criterio biológico, a las personas que se sometieron a dichas técnicas, aun cuando no sean ellos mismos los donantes de los gametos.

La segunda laguna normativa observada, dice relación con la Ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, ya que según desarrolla la sentenciadora, dicha norma nace como una forma de proteger otros grupos familiares, además del matrimonial, como lo señala el Mensaje Presidencial, e incluso genera un nuevo estado civil, y cuyo objetivo es regular los efectos jurídicos de la vida afectiva, sin embargo, razona, no se pronuncia respecto de los hijos nacidos en estas familias, y en particular, aquellos hijos de padres de mismo sexo, por lo que falta norma jurídica que regule, en consecuencia, los efectos filiativos de estos niños, niñas o adolescentes, en su caso.

Si bien, se ha identificado por la Jueza, dos lagunas normativas, ya que respecto de los dos hechos señalados no existe norma expresa que lo regule, o en el primer caso, la norma existente resulta insuficiente para el supuesto fáctico esgrimido en la acción debatida, si existe en el ordenamiento jurídico una solución que aplica a los fundamentos de hecho planteados y que permite justificar la resolución del conflicto. En primer lugar, la Convención de Derechos del Niño (CDN), Tratado Internacional ratificado por Chile en el

año 1990, y en consecuencia con rango constitucional⁹, que en su Artículo 3°, ordena que *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*, y este último es definido por la Observación General N°14, como un derecho, un principio y una norma de procedimiento cuyo objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención.

Dentro de estos derechos, existen dos, identificados en la sentencia como fundamento de la decisión, a saber, *el derecho a la identidad y el derecho a la igualdad*. El primero, contenido en los Artículos 7 y 8 de la CDN, que se ha definido como derecho complejo, que, por un lado, presenta un aspecto dinámico, cuyo desarrollo se encuentra ligado a la evolución de la personalidad del ser humano y contiene un conjunto de atributos y características que permiten individualizar a cada persona como única, construido por una verdad biológica y personal y asimismo, por un aspecto estático, por ejemplo, los rasgos físicos, el nombre y la nacionalidad. El segundo, el derecho a la igualdad, también contenido en la CDN, en su Artículo 2°, que ordena *a los estados partes asegurar, su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independiente del nacimiento y cualquier otra condición del niño, de sus padres o sus representantes legales*.

En consecuencia, respecto de la cuestión controvertida en la sentencia en comento, existen argumentos en el ordenamiento jurídico, reconocidos constitucionalmente y cuya aplicación en el procedimiento ordinario contencioso de la Ley 19.968, se encuentra consagrada en norma de rango legal, en específico el Artículo 16¹⁰, y si bien existe falta de norma legal expresa, que regule los efectos filiativos de los hijos de padres de mismo sexo unidos por Acuerdo de Unión Civil, o determinación de la filiación a través del proceso de fertilización asistida, en realidad es el ordenamiento jurídico en su totalidad, considerando, normas constitucionales, tratados internacionales y normas internas, el que otorga una solución suficiente, oportuna y eficaz al asunto controvertido, que es finalmente otorgar a un niño, los derechos filiativos respecto de aquel adulto que ha ejercido su cuidado, crianza y protección desde su concepción, a fin de que crezca y se desarrolle en el entorno que él niño conoce como familia y al que pertenece y ha pertenecido desde su nacimiento.

3. Comentarios y recomendaciones.

a) **Las lagunas normativas y el activismo judicial: margen de discrecionalidad del juez.**

Para Diego Palomo, el fallo analizado concuerda con pronunciamientos judiciales extranjeros sobre temáticas afines. Se establece la inexistencia de autonomía del trabajador (perjuicios o

9 El artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la Republica señala que: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

10 Artículo 16 de la Ley 19.968, que señala que esta ley tiene por objeto garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías y que el interés superior del niño debe ser la consideración principal en la resolución.

penalizaciones, uso de una seudolibertad, sometimiento a diversas manifestaciones de potestad jurídica de mando empresarial) y, por otra, la ajenidad en el mercado¹¹.

La consecuencia meta jurisdiccional de la decisión en análisis -soslayando que se trate de un fallo sometido a un caso particular- implica un mayor costo de la relación laboral: aproximadamente un 25% por costos previsionales, el derecho a feriado legal (5,83% de la remuneración mensual prorrateada) y el posible costo de la posible indemnización por años de servicio (un mes por año), que en términos de una remuneración mensual es el 8,33%. Entonces, en cifras aproximadas, el costo que deberá asumir la plataforma será de un 40% de la remuneración que hoy está pagando.¹²

Entonces, según algunos, se trata de una intervención jurisdiccional en el bolsillo del empleador y, por ende, atenta contra el derecho de propiedad y se transforma en un obstáculo a la abstención que debería tener el Estado para intervenir en la esfera de los grupos intermedios. Para aquellos, estamos frente a una nueva manifestación del activismo judicial que desborda los linderos de la institucionalidad debido a que el juzgador se atribuye facultades legislativas.¹³

Por tanto, corresponde examinar la decisión jurisdiccional respecto a los márgenes de libertad con los que cuentan los jueces para resolver al caso particular. En primer término, la idea de defender hoy una caracterización de la jurisdicción como la potestad de adjudicar casos particulares teniendo como finalidad solamente aplicar la ley es difícil. Según Atria, ser la mera boca de la ley equivale a renunciar al concepto de Juez.¹⁴

Pero, por otro lado, se busca evitar al Juez que adjudique una decisión al caso particular en base a si la decisión es substantivamente justa (o protege los derechos de los involucrados, según cómo los entiende el juez). Se trata del modelo de Juez activista, que no tiene lealtad directa a la ley: la lealtad que tiene a la ley es mediata, porque la lealtad del juez es a los principios constitucionales o los derechos fundamentales. El peligro de esta posición es que el juez no está obligado por la ley sino cuando la ley le parece justa (de acuerdo con la constitución y los derechos), lo que quiere decir que el juez no está obligado por la ley. Se añade el riesgo que el juzgador trate a las partes de los litigios de los que conoce como

11 PALOMO, Diego. www.cielolaboral.com (2021): "Un hito en la vía judicial para reconocer derechos en el trabajo vía plataformas digitales en Chile" Disponible en: http://www.cielolaboral.com/wpcontent/uploads/2020/10/palomo_noticias_cielo_n9_2020.pdf [visitado el 017/10/2021].

12 Además, se tendrá que incluir otros costos, como el uso del transporte y lo asociado a su mantención y funcionamiento, agregándose los ítems de seguridad (patente y seguros), lo que serán responsabilidad del empleador, lo que claramente hará más oneroso el servicio, pudiendo llegar a incrementos por sobre el 50% de lo que actualmente existe. MORALES, Karol y ABAL, Paula (2020) "Precarización de plataformas: El caso de los repartidores a domicilio en España". En *Psicoperspectivas*, vol.19, n.1. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol19-issue1-fulltext-1680>. [19-10-2021]

13 Se llama activismo judicial la tendencia judicial de lograr el equilibrio de un conflicto social a través de un cambio en la legislación vigente, mediante la creación de una nueva disposición normativa que no existía previamente, gracias a la interpretación que hace el juez de la constitución o de la ley. FEOLI VILLALOBOS, Marco. "El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial" (2015). en *Revista de derecho RDUCN* n° 22 V.2. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200006>. [19-10-2021]

14 ATRIA, Fernando (2207): "La improbabilidad de la jurisdicción" en A.A.V.V., *La Judicatura como organización* (Santiago, Editores Javier Couso y Fernando Atria) pp.33-56.

medios, utilizados para avanzar los ideales del activista. El magistrado no actúa como juez si modifica normas, es un activista disfrazado de juez, que usa los casos particulares que llegan a su conocimiento como instrumento para sus propios fines.¹⁵

Sin embargo, de la lectura de la sentencia en comento, podemos inferir que no se avizoran elementos de activismo judicial alguno. Esto se debe a que no ha existido modificación legal en la decisión, ni menos una instrumentalización del caso particular. El fallo es un ejemplo de solución de lagunas normativas en base a los elementos que se obtuvieron del proceso, unidos a una visión dinámica de la interpretación. Esta se nutre del valor de la adaptación continua del derecho a la evolución social que no se desentiende de nuevas circunstancias sociales, culturales y políticas.

b) El problema de las lagunas axiológicas y el veneno argumentativo.

En un interesante estudio de antropología jurídica¹⁶, Robert Jacob analiza la interacción del procedimiento judicial y lo sagrado, ofreciendo ejemplos de ordalías, duelos y juramentos, como la puesta a prueba del hierro candente en el Occidente medieval o la ingesta de arroz crudo en China, en cuanto antecedentes de nuestros ritos procesales para determinar a quién favorece la razón. En todos ellos destaca la existencia de un conflicto, la confianza de la comunidad en el rito, las condiciones de aceptación de su resultado y la presencia de un garante que puede ser, al mismo tiempo, quien supervisa y ejecuta estas pruebas.

En el caso de África central y Sudán, relata cómo un chamán administraba el veneno benge a los pollos, “tanto para responder a las preguntas de una consulta adivinatoria, como para resolver un litigio”, constituyendo la muerte de uno de los animales una conclusión sobre quien resultaba vencedor. El autor precisa que, para la adivinación, el resultado podía ser ambiguo, al morir ambos pollos o ninguno, repitiéndose el proceso; pero nunca en el caso de un litigio, pues siempre existía un vencedor de la prueba. Lo anterior se explica en la medida que era el chamán –quien oficiaba el rito- el que aplicaba el veneno en el pico de las aves, por lo que podía controlar la dosis y, con ello, el resultado, examinando previamente hacia donde se inclinaba el sentimiento dominante del grupo.

Según la definición de Guastini¹⁷, una laguna axiológica es aquella en la que el problema no es que el caso no tenga una solución prevista por el legislador, sino que tiene una “mala solución”, en la medida que no tuvo en cuenta una distinción que debería haber considerado. Agrega en su trabajo, que nunca el intérprete admite que se trata de una laguna axiológica, elabora más bien un argumento para justificar que se trata de una laguna normativa.

Considerando que el lenguaje tiene una estructura abierta y que la discrecionalidad de las decisiones judiciales no puede evitarse, pero sí su arbitrariedad, mediante un control intersubjetivo de los argumentos vertidos en la motivación, cabe preguntarse si el juez, cuando crea una laguna axiológica, o bien pondera los principios de la Constitución para

15 ATRIA, Fernando (2007): “La improbabilidad de la jurisdicción” en A.A.V.V., La Judicatura como organización” (Santiago, Editores Javier Couso y Fernando Atria) pp.33-56.

16 Jacob, Robert, La gracia de los jueces. La institución judicial y lo sagrado en Occidente, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 7.

17 GUASTINI, Riccardo. Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 31, p. 143.

aplicarlos al caso en estudio, aun en detrimento de reglas establecidas por el legislador, no se comporta como el brujo que administra en mayor o menor medida la dosis del veneno.

Estimo que, con el fin de legitimar nuestra labor, los jueces debemos tener especial cuidado con los razonamientos que vertimos en nuestras sentencias y en especial, en lo que se refiere a la interpretación de la Ley o la Constitución, pues en un Estado Democrático de Derecho son los argumentos exhibidos los que permiten controlar el ejercicio arbitrario de la judicatura, no encontrándonos autorizados para revivir dentro del propio tribunal o el fuero interno del juzgador, las consideraciones políticas o valóricas que están reservadas para el debate democrático que precede a la creación de las normas jurídicas.

c) ¿Cuándo se torna necesario para el Juez integrar el derecho para justificar resoluciones judiciales?

El artículo 76 de la Constitución Política de la República, consagra el principio de inexcusabilidad, que impone al juez la obligación de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, aún a falta de precepto legal que lo regule. Así, su inciso segundo refiere que *“Reclamada su intervención, en forma legal y en negocios de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.”*

La inexcusabilidad, en cuanto a los deberes del poder judicial, se configura o materializa en tres aspectos: 1) el deber de fallar; 2) el deber de atenerse siempre al sistema de fuentes, que en nuestro sistema corresponde en forma preponderante, a la ley, y 3) el deber de motivar las sentencias en cuanto justificación de la decisión a partir de razones fundadas en las fuentes.

El principio de legalidad dispone que, toda decisión judicial debe ser fundada sobre una norma jurídica pre existente, de lo contrario no se podría garantizar la certeza del derecho. En consecuencia, las resoluciones emanadas de los jueces deben ser motivadas, aplicando un razonamiento deductivo, entre cuyas premisas figure, al menos, una norma legal, considerando, además, las circunstancias del caso;

Al juez no le está permitido crear normas individuales, pues debe inferirlas de las normas generales y de los hechos de la causa, tampoco puede crear normas generales ya que el fundamento de sus resoluciones debe encontrarse en normas jurídicas existentes.

Pero qué sucede ante un caso no previsto por la ley, que no tiene norma general aplicable, o en aquellos casos denominados “atípicos o de penumbra”. En estos casos el juez se encontraría autorizado para crear una norma general que permita fundamentar su decisión. Y no solo está autorizado, sino que condicionado a hacerlo según el principio de inexcusabilidad.

Se producen estas lagunas legales ante la imposibilidad del legislador de prever todas las situaciones que merecen ser tuteladas, por ello el juez debe proceder a INTEGRAR el derecho.

Los jueces no solo son entes que apliquen el derecho en forma mecánica, ya que ante el caso de lagunas normativas, su actividad es profunda y compleja, con una cuota de discrecionalidad limitada por el ordenamiento jurídico y el principio de legalidad.

En esta labor de integración, los jueces deben completar los preceptos ya conocidos y vigentes, mediante la construcción de otros, no contenidos en la ley, debiendo argumentar tanto la existencia de un vacío legal, silencio, oscuridad, deficiencia o contradicción de la ley, como para justificar la aplicación de la norma idónea, pero no expresada, para satisfacer y resolver la contienda;¹⁸

En dicho proceso, cuenta con dos mecanismos de integración, a saber: la analogía y los principios generales del derecho, cuando el primer mecanismo le resulte ineficaz; éstos últimos son reglas o postulados en un sistema jurídico determinado y son cambiantes de acuerdo a las condiciones históricas imperantes y evolutivas en la sociedad, alzándose como criterios que expresan un juicio deontológico de la conducta humana.

Si existe contraposición entre ellos, el juez deberá emplear un juicio valorativo que garantice la legalidad y la justicia, argumentando el motivo de su elección.

Finalmente, para evitar cualquier abuso que podría derivar de una rígida y sesgada aplicación de una norma general al caso particular, la equidad natural como elemento de integración y fundamento de la analogía o de los principios generales del derecho, resulta útil para descubrir y aplicar, en defecto de la ley, el principio que resulte más afín a las circunstancias de hecho.¹⁹

d) Cómo saber identificar y discernir casos de lagunas y casos de antinomias

En primer lugar, y como concepto previo señalaremos, que la Antinomia, según Guastini²⁰, se produce toda vez que un caso concreto sea susceptible de dos soluciones diferentes y opuestas, o el caso, admitiendo dos soluciones, puede ser decidido indiferentemente de un modo u otro, o según Norberto Bobbio²¹, es aquella situación de incompatibilidad que se produce entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tiene el mismo ámbito de validez, en virtud de la cual la aplicación de una de las normas conduce a resultados contrarios a los que se generan con la aplicación de la otra.

Por el contrario, la laguna normativa, se ha entendido como la inexistencia de regulación, para un supuesto de hecho, que no ha sido contemplado por el ordenamiento.

Ambas, tanto las antinomias como las lagunas son consecuencia de la interpretación del ordenamiento jurídico, en el primero caso, que luego de realizarla aparecen más de una norma aplicable a un supuesto fáctico que puede llevar a conclusiones distintas, y la segunda, a la falta de norma aplicable para dicho supuesto fáctico.

En la labor jurisdiccional, el ejercicio de saber discernir si estamos frente a una antinomia, tiene especial relevancia para el Juez, puesto que tal como releva Guastini, dichos conflictos entre normas pueden ser evitados o prevenidos, a través de una interpretación adecuada, que prefiera, entre dos interpretaciones posibles, aquella que se encuentre en conformidad a

18 GUASTINI, Riccardo (2001) “Ragionamento Giuridico” disponible en https://www.treccani.it/enciclopedia/ragionamento-giuridico_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29. [visitado el 18-10-2021]

19 ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1991) “Análisis lógico y derecho” (Madrid, Centro de estudios constitucionales) pp. 355-365.

20 GUASTINI, Riccardo (2008) “Interpretar y Argumentar” (Ed Legales Ediciones) pp-125-127

21 BOBBIO, Norberto (1987) “Teoría General del Derecho” (Bogotá, Editorial Temis), pp. 188,189

la segunda norma, principio o norma de rango superior, o restrictiva excluyendo del campo de aplicación, la interpretación conflictiva. Asimismo, se pueden resolver dichas antinomias, a través de los principios jerárquicos, de competencia, cronológicos o de especialidad, todos de habitual ocurrencia en el ejercicio de la judicatura. Respecto de las lagunas es relevante su identificación, puesto que al no existir una solución normativa a un supuesto de hecho que funda la controversia que se debe resolver de manera obligatoria por el Juez, debido al principio de inexcusabilidad, el proceso que debe llevar a cabo el sentenciador, es complejo y puede llevar a la creación del derecho con una cuota de discrecionalidad, la que se ve limitada por el principio de legalidad, ya que debe el Juez, fundadamente y a través de una función integradora del derecho, resolver la cuestión puesta en su conocimiento, a través de la analogía o los principios generales del derecho, y finalmente la equidad a fin de evitar, en el proceso de colmar la laguna normativa, un abuso en su ejercicio.

Con lo anteriormente desarrollado, quedan dos tareas para el Juez en el ejercicio de su labor jurisdiccional, la primera mantener un estudio constante y vasto de las áreas de derecho que le corresponde conocer de manera de tener las herramientas para identificar lagunas o antinomias en el ejercicio de su cargo; y la segunda, agotar todos y cada uno de los instrumentos que le otorga el orden normativo, nacional o internacional y los principios generales de derecho, a fin de prevenir una eventual creación de norma jurídica donde no es necesaria.

BIBLIOGRAFÍA:

- ALCHOURON, Carlos y BULYGIN, Eugenio,(1974) Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, (Buenos Aires, Astrea)
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1991) “Análisis lógico y derecho” (Madrid, Centro de estudios constitucionales) pp. 355-365.
- ATRIA, Fernando (2207): “La improbabilidad de la jurisdicción” en A.A.V.V., La Judicatura como organización” (Santiago, Editores Javier Couso y Fernando Atria) pp.33-56.
- BOBBIO, Norberto (1987) “Teoría General del Derecho” (Bogotá, Editorial Temis), pp. 188,189
- GUASTINI, Riccardo (2014) Interpretar y Argumentar, (Madrid, Centro de estudios políticos y Constitucionales) pp.139-164.
- GUASTINI, Riccardo. Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 31, p. 143.
- NINO, Carlos (1973) “Introducción al análisis del derecho” (Barcelona, Editorial Ariel) pp. 281-289
- MORALES, Karol y ABAL, Paula (2020) “Precarización de plataformas: El caso de los repartidores a domicilio en España”. En Psicoperspectivas, vol.19, n.1. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol19-issue1-fulltext-1680>. [19-10-2021]
- PALOMO, Diego. www.cielolaboral.com (2021) "Un hito en la vía judicial para reconocer derechos en el trabajo vía plataformas digitales en Chile" Disponible en: http://www.cielolaboral.com/wpcontent/uploads/2020/10/palomo_noticias_cielo_n9_2020.pdf [visitado el 17/10/2021].