



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

TÍTULO: INTERPRETACIÓN, INTENCIÓN Y AUTORIDAD

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO
PREVIO A OBTENER EL GRADO DE ABOGADO DE LOS
TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

NOMBRE DEL ESTUDIANTE: LAURA C. CASSINELLI DAMERVAL
lauritacassinelli@uees.edu.ec
**Facultad de Derecho, Política y Desarrollo edificio “” de la Universidad de
Especialidades Espíritu Santo, km. 2.5. Vía Samborondón**

TUTOR: ABG. PATRICIO ALVARADO

SAMBORONDÓN, OCTUBRE 13 DEL 2014

Resumen

El objetivo principal del presente trabajo es determinar los problemas relacionados con la interpretación jurídica y el rol que la intencionalidad y la autoridad desempeñan en ella. El método empleado fue el de la comparación, contrastación y crítica de diversas posturas teóricas que existen al respecto. El orden de desarrollo será el siguiente: Considerando que el Derecho es una disciplina social, en este ensayo primeramente se declararán los presupuestos metodológicos bajo los cuales ha sido concebido el concepto de “interpretación” en este documento (Interpretación como actividad Noética y Dianoética). Una vez aclarado ello, se partirá de que las disposiciones jurídicas son órdenes del Legislador, y por lo tanto al momento de interpretarlas, el juez no puede apartarse de la intención del primero. De inmediato, se evidenciarán los problemas que se derivan de captar la intención del Legislador en las disposiciones jurídicas, principalmente por los vicios del lenguaje natural en el que las mismas están redactadas, además de los vicios propios del sistema y el hecho de que provienen de una colectividad de voluntades-legisladores. Consecuentemente, se examinará la labor del juez a la hora de resolver estos casos difíciles, en los que le corresponde convertirse en creador del derecho.

Palabras claves: interpretación, intencionalidad, autoridad, legislador, juez

Abstract

The main objective of this work is to determine the problems related to legal interpretation and the role that intent plays in it. The method employed was the comparison, contrasting and critic of the different theoretical postures that exist about it. For this purpose, the paper will primarily state the methodological presuppositions under which the concept of “interpretation” has been conceived in this document (Interpretation as a Noetic and Dianoetic activity). Once this is clear, this document will be based that the legal provisions are orders from the legislators, and as such, the judge cannot digress from the intention of the first when interpreting the law. Immediately after, the problems arising from understanding the intention of the legislator in the legal dispositions, mainly caused by the vices natural to the language in which they are written, moreover from the proper vices of the system and the fact they come from a collective of legislative-wills come into evidence. Consequently, this essay will examine the task of the judge when called to solve these complex cases, in which it falls upon him to become a creator of law.

Key words: interpretation, intent, authority, legislator, judge

Metodología

El presente documento es un paper de revisión. Por ello, la metodología empleada consistió en investigar y recopilar diversas posturas teóricas que existen actualmente sobre el tema de la interpretación jurídica y el rol que la intencionalidad desempeña en ella. Una vez terminada esta labor, se procedió a comparar y contrastar las diferentes posiciones. De igual manera, y de ser el caso, se dirigieron algunas críticas a las mismas. Al ser este ensayo de índole cualitativo, y por la explicación aquí proporcionada, a este trabajo no le es aplicable la sección de “*Análisis de Resultados*”. Respecto de la sección de “*Revisión Literaria, Marco Teórico y Formulación del problema*” ésta se encuentra contenida a lo largo del cuerpo de este documento.

Introducción

Por lo general, en los países herederos del derecho romano, las facultades de jurisprudencia forman a los alumnos con una visión intencionalista del derecho. Consecuencia de ello, repetitivamente se enseña sobre el rol del parlamento, consistente en crear las leyes reguladoras de una sociedad. Más aún, se insiste en que estas leyes deben ser aplicadas siguiendo la intención o el espíritu que tuvo el legislador al promulgarlas. De esta manera, se cree que se logra sostener el Derecho como sistema de resolución de controversias intersubjetivas y de consecución de paz social.

Ocurre que los estudiantes crecen y se desarrollan profesionalmente con esta concepción acerca de los enunciados que forman parte del Derecho. Ya sean abogados, jurisconsultos o jueces, al interpretar disposiciones jurídicas buscan determinar el sentido o intención legislativa detrás de las mismas. Y es que aparentemente, así es como debe de ser, en principio.

Sin embargo, la realidad jurídica y el debate doctrinario de los últimos años invitan a reflexionar sobre los siguientes interrogantes: ¿Es siempre posible recuperar la intención del legislador? e independientemente de cual sea la respuesta, ¿Es siempre deseable seguir la intención del legislador? Analizando estas preguntas, se vuelve inevitable recurrir a la figura del juez, y a estudiar el rol que él desempeña en la interpretación jurídica. ¿Debe el juez limitarse a aplicar la intención del legislador? o ¿Está el juez facultado para apartarse de la misma?

Todas estas cuestiones serán abordadas a lo largo de este ensayo. Precisamente, éste se justifica por la relevancia que representa esta temática en la actualidad, más aún

si se parte del supuesto de que las actuales sociedades están enfrentando un proceso progresivo de constitucionalización, en virtud del cual el viejo paradigma de la interpretación legal (donde la autoridad del legislador tenía un rol preponderante) se ve desplazado por otro, según el cual las leyes deben ser interpretadas “conforme” a la Constitución.

I. Del concepto del vocablo “interpretar”

Al inicio de su ensayo “*Principios jurídicos e indeterminación del Derecho*”, el catedrático Paolo Comanducci se refiere al imperativo weberiano según el cual “*en las ciencias sociales, en aras de lograr un enfoque lo menos valorativo posible, siempre el científico tiene que declarar sus valores y sus opciones de partida, también las metodológicas*” (Comanducci, 1998, pág. 89) Considerando que el tema a tratarse en este artículo pertenece a la rama del Derecho, disciplina eminentemente social, en cada acápite de este trabajo se empezará declarando los puntos de partida asumidos.

Siguiendo esta línea, en este primer apartado se partirá de los siguientes presupuestos: A) La palabra “interpretar”, sin respecto del verbo que diversos autores han utilizado para definirla: “*decidir, proponer, descubrir, precisar...*” (Lifante, 2010, pág. 39) consiste esencialmente en atribuirle significado a algo. B) A pesar de que teóricos como Juan Antonio García Amado y Pedro Navarro (2005) mantienen una posición contraria al respecto, en este trabajo se partirá de que cuando se habla de interpretar, se está incluyendo tanto a la interpretación como actividad noética, así como a la interpretación como actividad dianoética. Para ello se tomará como base la clasificación efectuada por la catedrática italiana Letizia Gianformaggio. (1987)

Desde ya estos puntos de partida aclaran que el contenido de este documento no versará sobre un conflicto meramente conceptual. El primer presupuesto no será

abordado, ya que resulta claro por sí mismo. En cambio, en líneas que siguen se abordará la distinción que enfatiza el segundo presupuesto. Se ratificará que ambas formas de interpretación deben ser reconocidas indistintamente como parte del concepto de “interpretar”.

I.I. La interpretación como actividad noética y dianoética

Gianformaggio (1987) distingue entre la interpretación como actividad noética y la interpretación como actividad dianoética. Siguiendo su línea, para efectos de este ensayo se entenderá a la interpretación noética como aquella en la que el destinatario “capta” el significado de lo que se interpreta de manera inmediata. Existe una realidad inteligible que le permite captar intuitivamente el sentido del objeto de interpretación. Por el contrario, la interpretación como actividad dianoética es aquella que requiere que el destinatario realice todo un razonamiento argumentativo y discursivo a fin de establecer el significado de lo que se interpreta.

Además de Gianformaggio, hay otros teóricos que han desarrollado esta misma clasificación al intentar responder el interrogante ¿Qué es interpretar? Por nombrar algunos, Lifante en su publicación menciona a Wroblewski y Marmor. (Lifante, Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica, 2010) A ello se debe agregar la clasificación que efectúa Guastini entre “*la interpretación en sentido amplio*” (1999) y en “*sentido restringido*” (Lifante, 2012, pág. 76) y la de “*casos simples*” y “*casos difíciles*” que efectúa Ronald Dworkin. (2002)

Sin embargo, no es unánime en la doctrina el criterio de que tanto la interpretación como actividad noética y la interpretación como actividad dianoética

son parte del concepto de interpretar. Hay autores que defienden el aforismo latino “*in claris non fuit interpretatio*”. Para ellos, solo cabe hablar de interpretación frente a la interpretación como actividad dianoética. Tal es el caso de García Amado, para quien únicamente se interpreta cuando existe un problema interpretativo que dificulta el encontrarle sentido a lo que se está interpretando. “*La necesidad de interpretar responde a la aparición de un problema interpretativo. Hay un problema interpretativo cuando la solución de un caso aparece como dependiente de la elección que se haga entre las alternativas de significado de uno o varios enunciados normativos*”. (García-Amado, 2005, pág. 25)

Guardando lealtad con los puntos de partida, se insiste en que cualquier debate en torno el alcance del vocablo “interpretar” termina cayendo en un problema únicamente conceptual. Por consiguiente, para efectos del presente trabajo se entenderá que interpretar es sin más, atribuirle significado a algo; y que esta actividad incluye tanto a la interpretación como actividad noética y a la interpretación como actividad dianoética.

Únicamente dejando claro estos presupuestos, es posible aterrizar en la problemática de la interpretación jurídica, cuyos puntos de partida serán desarrollados a continuación.

II. De la interpretación jurídica

Hasta aquí se ha dejado establecido que interpretar es atribuirle significado a algo, y que la interpretación abarca tanto la actividad noética como la dianoética. Ahora, aterrizando en el plano jurídico, se tratará de responder la interrogante: ¿Cuál es el objeto de la interpretación jurídica? O en otras palabras, ¿Qué es lo que se interpreta en esta disciplina? Posteriormente, partiendo del supuesto de que el Derecho está integrado por mandatos dotados de autoridad, se analizará si el juez debería atenerse únicamente a la intencionalidad de dicha autoridad o si está autorizado por el sistema a sobreponerse a ella en determinadas circunstancias.

II.I. Del objeto de interpretación jurídica

Al respecto, Riccardo Guastini establece que lo que se interpretan son disposiciones jurídicas, pero distingue entre la interpretación de disposiciones jurídicas y las normas jurídicas propiamente dichas. Las primeras son aquellas órdenes expresas que emanan de la autoridad las leyes y reglamentos que dicta el órgano legislativo. Las normas jurídicas, en cambio, serían el producto de la interpretación de las disposiciones jurídicas. Así lo afirma Guastini en su obra *“El escepticismo ante las reglas replanteado (2012)”* donde el autor sintetiza lo siguiente: *“La Disposición jurídica D expresa la(s) norma (s) jurídica S.”*

Tómese el siguiente ejemplo para ilustrar lo antes indicado. Una hipotética disposición jurídica *D* sería: *“Se prohíbe la importación de cuadernos y afiches*

publicitarios””. Pero, ¿Qué significa exactamente que está prohibido importar cuadernos y afiches publicitarios? De la labor interpretativa de dicha *disposición jurídica* (objeto de la interpretación), dependiendo del contexto, se pueden obtener las siguientes *normas jurídicas* (producto de la interpretación): S1: *Que está prohibida la importación de todo tipo de cuadernos y de todo tipo de afiches publicitarios*, S2: *Que está prohibida la importación de cuadernos que contengan publicidad y de afiches que sean publicitarios*.

Sin embargo, ya se indicaba que esta postura no es aceptada por todos en la doctrina. Al respecto, Letizia Gianformaggio sostiene que en la mayoría de los casos, las disposiciones jurídicas y las normas jurídicas tienen significado por sí mismas, lo que se expresaría de la siguiente forma “*La disposición jurídica D expresa D*” y “*La disposición jurídica S expresa “S”*” (1987) contrario sensu a lo que indicaba Guastini. La académica Lifante va más allá, al señalar que no siempre las normas jurídicas son el producto de lo que se interpreta, sino que en ocasiones son el objeto mismo de la interpretación. (2010) Por ejemplo, cuando una norma jurídica (entendida como el producto de la interpretación de una disposición jurídica) se plasma en una sentencia de casación, de tal forma que esta norma jurídica deberá a su vez ser interpretada por un juez de primera instancia.

Adicionalmente, existen autores como Tarello, para quien es necesario hacer la distinción entre interpretar el Derecho en sentido amplio e interpretar meramente la ley (1980). Al hablar de Derecho, además de las disposiciones y normas jurídicas también se incluye a las otras fuentes del Derecho, tales como las resoluciones judiciales y la costumbre (incluso si ésta no consta en un documento

escrito). Además, los valores también forman parte de esta concepción de “Derecho”.

Se considera que esta última postura es más adecuada que la anterior ya que abarca una perspectiva más completa, relacionada intrínsecamente con la serie de elementos que componen la práctica interpretativa jurídica. Por consiguiente, parece adecuado afirmar que lo que se interpretan son “disposiciones jurídicas”, pero que éstas deben ser interpretadas a la luz del Derecho, en sentido amplio.

Siguiendo entonces el pensamiento de Riccardo Guastini, las disposiciones jurídicas son órdenes dotadas de autoridad. Por consiguiente, correspondería preguntarse, de dónde proviene esa autoridad.

II.II. De la autoridad de las disposiciones jurídicas

En su “*Teoría pura del Derecho*” el teórico Hans Kelsen (1993) hace referencia al rol que desempeñan las disposiciones jurídicas dentro de una sociedad. Para Kelsen, el legislador tiene la atribución de promulgar leyes y reglamentos con el propósito de guiar la conducta de los ciudadanos y mejorar su convivencia social. Estas leyes y reglamentos equivaldrían a órdenes cuyo contenido puede mandar, prohibir o permitir.

Al respecto debe añadirse que si el legislador puede elaborar y promulgar disposiciones jurídicas, es porque se encuentra legitimado para hacerlo. Esta legitimación proviene muchas veces de la Constitución Política de cada país, tal como ocurre en el caso ecuatoriano, donde el art. 120 del referido cuerpo legal atribuye la expedición de leyes a la función legislativa.

Pues bien, si se reconoce que el legislador está dotado de la autoridad constitucional para dictar disposiciones jurídicas, podría deducirse que la obligatoriedad de dichas disposiciones emana de la autoridad que ostente la persona o colectivo que las emite. Desde el siglo XIX, autores como John Austin (Marmor A. , 1995, pág. 303) y Blondeau (Ducci, 2006) se pronunciaron en este sentido. En el ámbito local, el Dr. Cesar Coronel Jones señala que la mayoría de juristas de inicios y mediados del siglo XX, entre ellos Laurent, Demolombe, Aubry et Rau, Baudry Lacantinerie, Claro Solar, Somarriva, Alissandri fueron también partidarios de esta idea. (Coronel-Jones, 2008) Hoy en día, los principales exponentes de la misma son Joseph Raz y Andrei Marmor, para quienes la obligatoriedad de acatar una disposición jurídica deriva de la autoridad del órgano que la emite. (Marmor A. , 1995)

Es necesario enfatizar que los autores antes citados también comparten el mismo criterio respecto de la intencionalidad en las disposiciones jurídicas. Para ellos, en el momento en que éstas son interpretadas, el juez no debería apartarse de la intención que el legislador-autoridad, tuvo al elaborarlas. En otras palabras, siguiendo esta línea la producción- interpretación de disposiciones jurídicas vendría a ser un proceso comunicacional, en el que el receptor debe captar el significado establecido por el emisor.

Únicamente entendiendo esta relación entre la autoridad y la intencionalidad, es posible comprender los argumentos que se han producido en torno al principio de deferencia al legislador.

II.III. De la deferencia a la intención del legislador en la interpretación jurídica.-

A priori, se pudiera sostener que es evidente que en la interpretación de disposiciones jurídicas, el juez debe apegarse a la intencionalidad del legislador. Y es que, si se hiciera caso omiso de ésta, no tendría sentido que exista tal función del estado.

Sin embargo, existe una argumentación mucho más compleja detrás del principio de deferencia a la intención del legislador. Se empezará abordando la línea más radical, esto es, la de la escuela exegética del siglo XIX. Según García Amado, (2005) para los defensores de esta corriente, el sistema jurídico goza de tres increíbles bondades: es completo, coherente y claro. O dicho de otro modo, carece de lagunas, antinomias y de vicios propios del lenguaje. En virtud de todo ello, los exégetas sostienen que el juez siempre debe reproducir la intención del legislador a la hora de interpretar disposiciones jurídicas.

Este argumento también es analizado por Aurora Ribes (2001) quien al respecto señala que para los intencionalistas, en toda interpretación judicial debe prevalecer la intención del legislador. Ello por el principio de separación de poderes, el principio de sujeción del juez a la ley o legalidad en la jurisdicción, y la creencia de que el Derecho es siempre cierto.

Por su parte, el autor Carlos Alchourrón en su obra “*Sobre Derecho y Lógica*” (1996) argumenta que el juez debe remitirse a la intención del legislador para asegurar la igualdad. Si todos los jueces reproducen la intención del legislador, esto significaría que todos los casos iguales se resolverían de la misma forma. Se

garantizaría así la igualdad formal. En segundo lugar, la deferencia a la intención del legislador se sustentaría en el principio seguridad jurídica. Si todos los jueces rescataran la intención del legislador a la hora de interpretar, los ciudadanos ya sabrían de antemano cómo va a proceder el juez.

En virtud de todo lo antes expuesto, se puede realizar las siguientes afirmaciones: las disposiciones jurídicas definitivamente gozan de obligatoriedad. Ésta proviene de la legítima autoridad del legislador, cuya intencionalidad debe ser respetada por el juez, al menos en principio. Se utiliza la expresión “en principio” y no “siempre”, porque resulta que los argumentos hasta aquí proporcionados no han considerado algunas realidades que se verán más adelante.

A diferencia de lo que sostienen los exégetas, el derecho no es siempre claro, ni completo ni tampoco coherente. Ello se debe a que las disposiciones jurídicas están redactadas en lenguaje natural, por lo que padecen de los vicios típicos del lenguaje. Además, en el derecho existen lagunas, antinomias, y conflictos entre derechos, por indicar solo unos cuantos vicios del sistema jurídico. De lo dicho se desprende que en determinadas ocasiones, al juez le resultará difícil – por no decir imposible – remitirse a la intención del legislador. En el acápite que sigue se analizará detenidamente esta temática.

III. De los problemas que surgen al tratar de recuperar la intención del legislador.

Como lo sugiere el título, en este nuevo acápite se examinarán algunas de las dificultades que enfrenta el juez al tratar de recuperar la intención del legislador. En primer lugar, se determinará que las leyes y reglamentos están redactados en lenguaje natural, y por ello son susceptibles de padecer vicios del lenguaje. De manera siguiente, se examinará a dos falencias propias del sistema jurídico: las lagunas y antinomias. Después se analizará la dificultad que acarrea determinar la intención del legislador, considerando que ésta proviene de un órgano colectivo integrado por varios funcionarios con diversas intencionalidades.

Adviértase que en este ensayo no se abordará el tema de la *legitimidad* de la intención del legislador. Y es que, se requeriría otro artículo completo para ahondar en él. Dicho esto, aquí se partirá del supuesto de que las intenciones del legislador son legítimas, pero al juez no le es siempre posible guiarse por las mismas.

III.I. De los vicios del lenguaje

En su artículo: “*Sobre verdad y mentira en sentido extra moral*” el filósofo Nietzsche incluye la siguiente exclamación “*Los diferentes lenguajes, comparados unos con otros, ponen en evidencia que con las palabras no se llega jamás a la verdad ni a una expresión adecuada*”. (Misari, 2014) De esta forma, el autor sintetiza los dos principales defectos del lenguaje natural: su imperfección, y la imposibilidad de subsanarla.

Si bien este trabajo no se propone abordar las razones que sustentan tal afirmación, sí que resulta pertinente señalar algunas de las falencias del lenguaje natural. Al respecto, teóricos como Guastini (1993); Atienza (2000), Moresso (2014) y Aarnio (1987) coinciden en que la ambigüedad y la vaguedad son los vicios principales del lenguaje. Considerando que mucho es lo que se ha escrito al respecto, se procederá a explicarlos en términos sencillos, aplicados al ámbito de la interpretación jurídica.

La ambigüedad en el Derecho se refiere a que una misma disposición jurídica puede tener diversos significados (Aarnio, 1987), por lo que correspondería al juez determinar el sentido de su interpretación. De esta forma el juez se podría apartarse de la intención del legislador. (Ya que la desconoce, precisamente por la ambigüedad de la misma). Así se diría que la hipotética disposición “*Los hombres y mujeres de 30 años de edad pueden trabajar en el sector público*” pudiera entenderse: a) En el sector público pueden trabajar los hombres de cualquier edad y las mujeres de treinta años en adelante; o b) En el sector público pueden trabajar hombres de más de 30 años de edad y mujeres de más de 30 años de edad. Quedaría en el intérprete la decisión final.

En lo que concierne a la vaguedad, esta se evidenciaría cuando el juez duda si un caso concreto está contenido dentro de una determinada disposición. Por ejemplo, en la Constitución ecuatoriana, el art. 15 señala que el Estado promoverá el uso de energías alternativas de *bajo impacto*. (Constitucion del Ecuador, 2008) ¿Cómo se define lo que es “*bajo impacto*”? ¿Hasta qué límite puede impactar una energía alternativa para ser considerada de “*bajo impacto*”? Si no existe este límite,

evidentemente correspondería al juez determinarlo, aunque ello implique apartarse de la intención original del legislador.

Como se indicaba anteriormente, esta distinción entre ambigüedad y vaguedad se repite en varias obras de teoría del derecho. Sin embargo, dentro del estudio de la vaguedad, en menor medida hay autores que hacen referencia a los “*conceptos esencialmente controvertidos*”. (Moreso J. J., 2014) Este artículo considera que cuando se presenta, este es el vicio del lenguaje en el que existe mayor probabilidad de que el juez se aparte de la intención del legislador. De él se pasará a tratar de inmediato.

III.I.I. De los conceptos esencialmente controvertidos.

Estos conceptos, también llamados “jurídicamente indeterminados”, son aquellos que por sí mismos tienen un contenido muy denso o profundo, que dificultan la atribución de un significado. (Moreso J. J., 2014) Como se desprende de las varias disposiciones jurídicas que regulan un país, sobre todo en el caso de los principios, el Derecho está lleno de conceptos de este tipo. La ley señala que el juez debe actuar con justicia, pero ¿Qué es la justicia? O se señala que se debe garantizar la igualdad de sexo y de género pero ¿Qué es igualdad? El legislador ordena al juez actuar en unos casos siguiendo las reglas de la sana crítica pero ¿Qué es la sana crítica?

Es evidente que la respuesta a dichos interrogantes no se encuentra en el texto mismo de las disposiciones jurídicas. Cuando el juez tenga que interpretar una ley de este sentido, deberá remitirse a valoraciones morales. (Dworkin R. , 1977, pág. 260) Con este argumento se derrumban las ideas de los exegetas radicales. La labor

del juez no puede ser únicamente mecánica- reproductora de textos legales. Los conceptos esencialmente controvertidos dan prueba de ello.

III.II. De la indeterminación del derecho.

Contrario a lo que las escuelas exegéticas o positivistas radicales defendían, el derecho no siempre es completo y coherente. Sin ánimo de sonar pesimista, el presente artículo plantea que el derecho nunca reunirá estas dos características (y no necesariamente es negativo que así sea). Primero, porque el legislador nunca podrá prever y consecuentemente legislar todas las situaciones posibles que pueden darse en una determinada sociedad. Inclusive en la teoría del derecho, el legislador conseguiría tal cometido únicamente si se creara una figura parecida a la del juez Hércules dworkiniano (2002) aplicada al ámbito legislativo.

En segundo lugar, considérese la cantidad de cuerpos legales existentes, al menos en el Ecuador. Sería virtualmente imposible guardar absoluta coherencia entre toda la normativa legal. Al ser los legisladores seres humanos, parece evidente que en un momento u otro, consciente o inconscientemente, dictarán órdenes que se contradigan entre sí. Si se afirmaba que el lenguaje es imperfecto, ahora debe añadirse que las personas también lo son- y que es normal que lo sean.

Pues bien, el que el derecho sea incompleto e incoherente se evidencia a través de sus antinomias y lagunas. De conformidad con Riccardo Guastini (1993), las primeras ocurren cuando de una disposición jurídica determinada, se pueden extraer dos normas jurídicas contradictorias. Es decir, cuando la intención del legislador no es clara, ya que hay dos formas – y más aún, distintas u opuestas- en que puede ser entendida. En cambio, las lagunas aparecen cuando no existe una

disposición jurídica que regule una determinada materia. O dicho de otro modo, no hay intención legislativa por recuperar ya que no existe el artículo, ley o reglamento. ¿Puede en esos casos el juez apartarse de la intención del legislador?

En el próximo acápite se abordará esta temática. Antes, vale la pena aproximarse a un último problema que enfrenta el juez al tratar de recuperar la intención del legislador.

III. III De la voluntad del órgano legislativo

Se invita al lector a realizar un breve ejercicio. Suponga por un momento que todas las disposiciones jurídicas son legítimas. Que además, su significado es totalmente claro (no padece de vicios de lenguaje ni de sistema). ¿Puede decirse entonces que el juez podrá fácilmente detectar la intención del legislador? (Lifante, 2007, pág. 280)

Uno de los problemas que persiste se deriva del que al hablar legislador no se hace referencia a una persona natural individual. Sino, a una función o poder del Estado integrada por varios legisladores que trabajaban conjuntamente para legislar. El Dr. Cesar Coronel Jones (2008) advierte algunos problemas que de ello se derivan.

Primero, dice este autor, cada legislador puede tener una intencionalidad diferente al elaborar una disposición jurídica. Más aún, en el proceso de redacción de las leyes intervienen personas fuera del poder Legislativo, por ejemplo el Ejecutivo, otras funciones públicas, o ciudadanos interesados. ¿Cómo el juez puede reconocer cuál de todas es la intención del legislador? Por ello, el jurista afirma que una vez promulgadas, las leyes tienen vida propia separada de su autor.

Por su parte, el crítico Jeremy Waldron (1995) observa que las teorías intencionalistas no explican por qué un ente impersonal como lo es el parlamento, pudiera tener una intención. Y es que, añade este autor, las intenciones son propias de las personas que tienen un estado mental. Y ese no es el caso del congreso.

Frente a este tipo de comentarios, Raz (2013) y Marmor (1995) han seguido defendiendo su tesis intencionalistas proporcionando varios argumentos al respecto. En esta línea, aquí se considera que el hecho de que el legislador sea un cuerpo colegiado, dificulta la recuperación de su intención, pero no la imposibilita. Piénsese en el siguiente ejemplo: cuando el comité de seguridad ocupacional de una compañía se reúne decide reformar el reglamento de prevención de riesgos del trabajo, haciendo obligatorio el uso de cascos en el área de bodega, parece sencillo recuperar la intención que tuvo dicho cuerpo colegiado al expedir la disposición. Por el contrario, existen casos en los que recuperar la intención del cuerpo colegiado parecería una labor más complicada, como cuando el parlamento de un Estado prohíbe la práctica del aborto, pues respecto a ese tema algunos parlamentarios pudieron haber actuado motivados por razones religiosas, otros por razones netamente morales y otros por motivos de salud pública. Así, podemos hablar de casos fáciles, difíciles (e incluso imposibles) también en torno a la práctica de recuperar la intención del cuerpo colegiado.

Para recapitular, el juez debería tratar de recuperar la intención del legislador a la hora de interpretar disposiciones jurídicas. Sin embargo, la realidad de la práctica jurídica evidencia que esto no siempre es sencillo o siquiera posible. La existencia de leyes con términos ambiguos y vagos, y de conceptos esencialmente controvertidos, es un ejemplo de ello; por si esto fuera poco, se debe

considerar también los problemas propios del sistema y el hecho de que la función legislativa (asamblea, parlamento, etc.) sea un cuerpo colegiado.

Todas estas situaciones evidencian que en ciertos casos, el juez debe apartarse de la intención del legislador (si la hubiere), y decidir por sí mismo. Esto convertiría al juez en un “*creador de derecho*”. Esta perspectiva será abordada en el acápite que sigue.

IV. Del juez como creador de derecho.

En el acápite anterior se evidenció que hay ocasiones en las que corresponderá al juez atribuirle significado a una disposición jurídica. En otras palabras, en determinados momentos, el juez no solo aplica sino que crea Derecho. No obstante, debe advertirse que esta labor creativa- interpretativa no puede compararse con la que realiza el parlamento. Esto, porque un requisito sine qua nom en los países democráticos es que antes de la expedición de una ley, esta sea debatida por los miembros del congreso. Es decir, los parlamentarios tienen la oportunidad de exponer y conocer (en la mayoría de casos) cuál es el sentido y el objetivo de la ley que se va a expedir, así como de qué forma debería ser aplicada. En cambio, el juez está solo en su labor interpretativa-creativa; y bastará su criterio para determinar el sentido de una disposición.

Pero entonces, ¿En qué debe basarse el juez para interpretar “correctamente” una disposición jurídica? Si no existe un guion que de antemano le indique cómo proceder, ¿En qué sentido debería realizar la interpretación? Complicando más aun el tema, piénsese en casos de conflictos de derechos fundamentales de igual jerarquía; o en aquellas situaciones en las que tomar una disposición jurídica en su sentido literal, conlleva a absurdos jurídicos, tal como el caso “Beatriz de Costa Rica”¹ (Ramirez, 2014), entre otros.

¹ En Costa Rica el aborto está totalmente criminalizado. Una joven iba a dar a luz a un niño que padecía de anencefalia y este embarazo le significaba un peligro de muerte. Por ello la joven solicitó al Estado costarricense se le permitiera abortar, y esta decisión fue negada. El tema fue presentado a instancias internacionales y fue objeto de la crítica mundial en torno al debate legal-religioso sobre el aborto.

Abordando estos interrogantes se vislumbra la relación intrínseca e inseparable que existe entre el Derecho y la moral. Y es que, en última instancia, serán parámetros morales los que guíen la interpretación creativa del juez en aquellos casos en que la intención del legislador no pueda o no deba ser aplicada.

Consecuentemente, el resto de este apartado estará dedicado a explicar cómo el juez puede alcanzar esta solución correcta. Para ello, primeramente se hará una aproximación a la interpretación artística, con lo que se facilita el entendimiento de este rol creativo-judicial. Después, se enunciarán algunos de los criterios morales en base a los cuales se *podría* determinar qué tan correcta es una interpretación creativa-judicial. Se utiliza el verbo en condicional, puesto que este trabajo no pretende dejar cerrado el debate doctrinario, solo realizar una aproximación pertinente al respecto.

IV.I. La interpretación artística como modelo de interpretación creativa.

Por lo general se relaciona directamente el concepto de creatividad con el de arte. La mayoría de veces, al pensar en personas creativas, el cerebro humano visualiza a cantantes, escritores, actores, pintores, escultores y demás. Es por ello, que para entender el rol creativo del juez, es útil analizar la labor que desempeñan los intérpretes del arte.

Es interesante destacar que varios autores han optado por realizar esta comparación entre la interpretación artística y la judicial. Más aún, llama la atención el que algunos de estos doctrinarios provienen de pensamientos muy diversos. Tal es el caso de Ronald Dworkin, conocido defensor de la visión judicial creativa, y el

de Joseph Raz, reconocido intencionalista. Si bien el primero en más medida que el segundo, ambos reconocen que habrá circunstancias en las que el juez deberá considerar a las disposiciones jurídicas como si se tratasen de obras de arte, para poder interpretarlas. A la vez, ambos afirman que sí es posible llegar a una (o varias en el caso de Raz) soluciones correctas.

Dworkin (2002) ilustra magistralmente esta temática utilizando una metáfora literaria. se refiere a la redacción de una novela de algunos capítulos, para lo cual han sido contratados varios escritores. A cada uno le corresponde escribir un capítulo, por consiguiente operan como una cadena: A medida que van finalizando su capítulo, le corresponde al siguiente escritor continuarlo. No existe contacto entre estas personas. Es decir, cada escritor debe analizar todo lo antes escrito para poder seguir el hilo de la historia. Es evidente que la interpretación creativa-judicial a la que se alude en este acápite opera de forma similar a la parábola de Dworkin. El legislador actuaría como el primer escritor y el juez como el segundo, a quien le correspondería analizar lo antes realizado y en base a eso atribuirle significado a una disposición jurídica.

Por su parte, Raz (Raz, 2013) dedica toda una publicación a la interpretación artística, señalando que si bien es importante que se considere la intención de los autores, ello no significa que el intérprete deba (necesariamente) atribuirle dicho significado a la obra interpretada. Esto porque para Raz, una obra de arte contempla diversos significados. El que representa para su autor el haber culminado una obra; el que el autor quiso plasmar en la obra, y el que el intérprete encuentra en la obra. Nuevamente, se muestra la relación entre esta postura y el rol interpretativo-creativo judicial, puesto que si bien el creador de la disposición jurídica (legislador)

tuvo una intención al promulgarla, no siempre el juez puede atenerse a la misma, sino que en ocasiones será el significado que él le asigne el que prevalezca a la hora de aplicar la referida disposición. Hay autores como Dworkin (Dworkin R. , *Law as interpretation*, 2002) que sostienen que en ocasiones el juez no sólo que no puede, sino que no debe aplicar la intención del legislador, por cuestiones de legitimidad; pero abordar este tema excede el propósito del presente trabajo.

Con esta explicación, se entiende de una mejor manera en qué consiste el rol interpretativo-creativo del juez. Sin embargo, no se explica cómo el juez puede llegar a una interpretación correcta. De inmediato, algunas aproximaciones a este interrogante.

IV. II. De cómo encontrar la solución correcta

Dworkin y Raz también intentan determinar cómo el juez puede llegar a una solución correcta. El primero (1977) sugiere un proceso interpretativo compuesto de tres fases: la pre-interpretativa, en la que el juez recopila la normativa existente sobre una disposición jurídica; la interpretativa, en la que el juez busca los diversos sentidos en que puede ser entendida esa disposición, etapa donde juegan un importante rol los principios; y finalmente la etapa post-interpretativa, que es la más importante. En ella, el juez debe poner sobre la mesa todas las interpretaciones posibles de una determinada disposición, y escoger la mejor; la que más enaltezca al Derecho. Para llegar a ello, se vuelve estrictamente necesario relacionar el Derecho con la moral.

Así mismo, el propio Raz (2013) sugiere que en aquellos casos en los que no es posible o no se debe seguir la intención del legislador, le corresponderá al

juez interpretar una disposición jurídica encontrando el mejor significado posible de la misma, aquel que la ilumine a ella y al Derecho como conjunto.

Para precisar mejor los parámetros morales que permiten determinar si una norma jurídica (entendida como el producto de una disposición jurídica) es correcta o no, y de esta manera cerrar el presente ensayo, es pertinente referirse al autor Paolo Comanducci (2002), quien en uno de sus artículos propone cuatro soluciones al respecto: A. Que la norma corresponda a hechos morales; B. Que la norma siga una moral aceptada por la mayoría de un grupo racional; C. Que esta norma haya sido escogida de forma subjetiva, y D. Que sea una norma intersubjetivamente aceptada.

Sin embargo, el mismo Comanducci refuta cada una de sus soluciones y no ensaya una solución definitiva para este problema. Y es que, existe un delgado hilo entre la moral y la subjetividad. Lo que se persigue es que el juez pueda tomar “*la mejor solución posible*”, pero ello pudiera derivar en arbitrariedades e injusticias, cuyo control intersubjetivo se torna, en ocasiones, extremadamente difícil (si acaso, virtualmente imposible).

De momento, la mejor solución que ha encontrado el sistema jurídico para lidiar con la incertidumbre que el problema de la interpretación jurídica produce, es aferrarse a la fuerza del precedente. Éste, si bien no sirve para determinar cuál es la respuesta jurídica a priori, sí sirve para dejar sentada la solución que debe servir de referencia para los tribunales inferiores (e incluso el mismo tribunal), lo cual aporta algo de certeza, al menos, para los casos análogos futur

Conclusión

No cabe duda respecto de la vital importancia que desempeña el parlamento dentro de un Estado. Mediante la expedición de leyes el órgano legislativo verdaderamente regula la conducta de una sociedad. Por consiguiente, al interpretar una disposición jurídica, el juez siempre debe *considerar* el espíritu o la intención que tuvo el legislador respecto de la misma. Adviértase el énfasis en el verbo “*considerar*”, puesto que de ello parte la conclusión del presente ensayo: si bien el juez siempre debe considerar la intención del legislador, tal labor no es siempre fácil, ni posible, ni deseable.

Siguiendo esta línea, el órgano legislativo no es el único facultado para crear Derecho. En ocasiones, como se evidenció en los últimos acápites de este trabajo, el juez puede apartarse de la intención del legislador, y crear o encontrar una nueva interpretación de una disposición jurídica. Se indicaba que para ello, el juez deberá escoger la mejor solución posible a cada caso concreto. En última instancia, esto lo consigue realizando un juicio moral, tema que por sí mismo plantea toda una nueva problemática.

Evidentemente, quedan varias cuestiones sin cerrar. Y es que, el tema de la interpretación, autoridad e intencionalidad está dotado de incertidumbre y pluralidad de opiniones dentro de la doctrina jurídica. Por el momento, se ratifica que la mejor solución que ha encontrado el sistema para resolver el dilema, se basa en el precedente jurisprudencial que sientan los máximos tribunales. Una vez que éstos han encontrado la mejor interpretación para una disposición jurídica, sientan una regla que termina (al menos parcialmente) con la incertidumbre. Así, si bien el

sistema no puede dar total certeza respecto a cómo debe resolver un tribunal la primera vez que un caso difícil se le plantea, por lo menos existe la certeza de que casos similares tendrán la misma solución. Aunque nuevamente, no siempre resulta fácil identificar cuándo un precedente resulta aplicable a un caso en particular, pero este último tema forma parte de una controversia teórica distinta.

Bibliografía

- Aarnio, A. (1987). *Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica* (Vols. Doxa. N. 04 (1987). ISSN 0214-8876, pp.). Alicante, España: Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho.
- Alchourron, C. (1996). *Sobre Derecho y Logica* (Vol. Número 4). (J. Rodríguez, Trad.) Lima: Ratio Juris 9.
- Atienza, M. (2000). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Comanducci, P. (1998). *Principios jurídicos e indeterminación del derecho* (Vols. Doxa. N. 21, vol. 2 (1998). ISSN 0214-8876,). Alicante, España: Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho.
- Comanducci, P. (2002). *Formas de neoconstitucionalismo, un análisis metateórico*. (M. Carbonel, Trad.) Genova: Isonomía.
- Coronel-Jones, C. (2008). *Los seis errores más comunes en la interpretación jurídica ecuatoriana* (Vols. ISSN 1390-440X). Guayaquil, Ecuador: Ius Humani. Revista de Derecho.
- Ducci, C. (2006). *Interpretación Jurídica*. Santiago de Chile: Editorial Jurídico de Chile .
- Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Planeta.
- Dworkin, R. (2002). *Law as interpretation* (Vol. 60 (1982)). Texas, United States of America: Texas Law Review.
- García-Amado, J. A. (2005). *Interpretar, argumentar y decidir*. León, España: Universidad de León.
- Gianformaggio, L. (1987). *Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los intérpretes en serio* (Vol. 4). (J. P. Lledo, Trad.) Italia: Doxa.
- Guastini, R. (1993). *Problemas de interpretación*. (M. Carbonel, Trad.) Genova, Italia: UNAM.
- Guastini, R. (1999). *La interpretación, objeto, conceptos y teorías* (Vols. ISBN 968-36-7076-8). (M. Carbonel, Trad.) Mexico DF, Mexico: UNAM.
- Guastini, R. (2012). *El Escepticismo ante las reglas replanteado* (Vols. ISSN 1515-7326). (F. J. Arena, Trad.) Genova, Italia: Discusiones.
- Kelsen, H. (1993). *Teoría pura del Derecho* (Séptima edición ed.). Mexico DF: Porrúa S.A.
- Lifante, I. (2007). *La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista* (Vol. 64004 JURI). Alicante, España: Universidad de Alicante.
- Lifante, I. (2010). *Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica*. (I. Lifante, Ed.) Lima, Peru: Palestra.

- Lifante, I. (2012). *Distinciones y paralogismos, a propósito del escepticismo guastiniano* (Vols. ISSN 1515-7326 no. 11). Alicante, España: Universidad de Alicante.
- Marmor, A. (1995). *Autoridad y personas* (Vols. Doxa. N. 17-18 (1995). ISSN 0214-8876). Alicante, España: Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho.
- Misari, D. (2014). *Ensayo completo sobre verdad y mentira en sentido extramoral*. Lima: Universidad Antonio Ruiz de Montoya.
- Moreso, J. J. (2014). *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Barcelona: Santa Fe.
- Navarro, P. (2005). *Acerca de la inevitabilidad de la interpretación* (Vol. 22). Mexico DF, México: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Ramirez, B. (2014). *Heroínas Forzadas. Reflexiones sobre aborto terapéutico*. Lima: Academia.
- Raz, J. (2013). *Entre la autoridad y la interpretación*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Ribes, A. (2001). *La Teoría General de la interpretación jurídica*. Alicante: Universidad de Alicante.
- Tarello, G. (1980). *Frammenti di una teoria dell'interpretazione*. (R. Guastini, Ed.) Bolonia, Italia: Il Mulino.
- Waldron, J. (1995). *Legislators* (Vol. 8). Oxford, England: Oxford University Press.

Constitución Política del Ecuador (CPE) Art. 120. 20 de octubre 2008. Ecuador