

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Interpretación estándar e interpretación creativa. El
rol de la Corte Constitucional.**

Martín Cordovez Aguas

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de abogado

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Martín Cordovez Aguas

Código: 00206884

Cédula de identidad: 1720940939

Lugar y Fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022.

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

INTERPRETACIÓN ESTÁNDAR E INTERPRETACIÓN CREATIVA. EL ROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL¹

STANDARD AND CREATIVE INTERPRETATION. THE ROL OF THE CONSTITUTIONAL COURT.

Martín Cordovez Aguas²

martincordovez99@gmail.com

RESUMEN

La Constitución del Ecuador del 2008 estableció que la Corte Constitucional del Ecuador será el máximo intérprete de esta. En estos 14 años, el rol de la Corte ha sido fuertemente criticada por estar abusando de su rol interpretativo y de esa manera excediéndose en sus funciones. Sin embargo, la palabra interpretación es una palabra ambigua que puede presentar diferentes tipos de ambigüedades, siendo una de esas la categoría de cognición vs decisión. Dentro de categoría de la decisión se puede encontrar a una interpretación decisoria estándar y una creativa en donde se atribuye un nuevo significado a la norma. Es así que se estudia como las contradicciones normativas, lagunas axiológicas, las jerarquías axiológicas, la derrotabilidad normativa y los juegos cooperativos y no cooperativos podrían ser posibles justificaciones para el uso de la interpretación creativa por parte de la Corte Constitucional.

PALABRAS CLAVES

Corte Constitucional, interpretación creativa, laguna axiológica, derrotabilidad normativa, disposición.

ABSTRACT

The 2008 Constitution of Ecuador established that the Constitutional Court of Ecuador will be its highest interpreter. In these 14 years, the role of the Court has been strongly criticized for abusing its interpretative role and thus, exceeding its functions. However, the word interpretation is an ambiguous word that can present different types of ambiguities, one of these being the category of cognition vs. decision. Within the category of decision, you can find a standard decision-making interpretation and a creative one where a new meaning is attributed to the norm. Thus, it is studied how normative contradictions, axiological gaps, axiological hierarchies, normative defeatability and cooperative and non-cooperative games could be possible justifications for the use of creative interpretation by the Constitutional Court.

KEY WORDS

Constitutional Court, creative interpretation, axiological gap, normative defeatability, legal provision.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mauricio Maldonado Muñoz.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. – 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.- 5. COGNICIÓN VS DECISIÓN.-6. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL.- 7. EL USO DE LA INTERPRETACIÓN CREATIVA.- 8. CONCLUSIÓN.

1. Introducción

El derecho moderno es un fenómeno prevalentemente lingüístico.³ Esto genera conflictos principalmente al momento de interpretar las disposiciones que integran cierto ordenamiento. Estos problemas de interpretación también pasan por la problemática de definir la propia palabra interpretación. En sí, la palabra es ambigua con algunas posibles connotaciones.

Riccardo Guastini ha señalado que interpretación se puede referir, en ciertas situaciones, a una actividad y, en otras, situaciones al resultado o producto de esa actividad.⁴ Siendo esta la primea ambigüedad. De hecho, para Guastini, la palabra interpretación sufre de una múltiple ambigüedad en cuatro aspectos.⁵ Estos cuatro aspectos son i)proceso vs producto, ii)abstracto vs concreto, iii) cognición vs decisión e iv)interpretación vs construcción jurídica.

El problema central que se propone investigar en este artículo tiene que ver con las competencias que, en materia de interpretación tiene la Corte Constitucional del Ecuador, Corte. Esto debido a las críticas que ha recibido en las que se señala que los jueces estarían excediendo sus funciones o estarían creando derecho. Puntualmente, el trabajo se centrará en la interpretación cognitiva vs la interpretación decisoria. En particular se discutirá el uso y posible justificación de la interpretación decisoria estándar y la interpretación creativa.

Es por esto que se hará un recorrido por los diferentes significados de interpretación que ha distinguido Riccardo Guastini. Luego se distinguirá entre disposición y norma para entender diferentes argumentos que sostendrían el uso de este tipo de interpretación. Posterior a eso, se hará una distinción entre laguna axiológica y

³ Riccardo Guastini, “El lenguaje del derecho”, en *La sintaxis del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016) 41-46.

⁴ Riccardo Guastini, “Interpretación (y sus alrededores)”, en *La sintaxis del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 327.

⁵ *Ibidem*

jerarquía axiológica, recurriendo, para ello, a los argumentos de Eugenio Bulygin en torno a la creación del derecho⁶.

También se analizarán 3 sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador. Esto con el fin de analizar como ha sido la aplicación de este tipo de interpretación y si esta estaría o no justificada dentro de los casos de la aplicación de la interpretación creativa. De igual manera, se analizará una sentencia de la Corte de Apelaciones de Nueva York que será usada como argumento para la revisión de un caso de laguna axiológica, que fue resuelta mediante una interpretación que atribuye un nuevo significado.

Finalmente, se revisarán brevemente tres argumentos que podrían ser usados para explicar el uso de la interpretación creativa. Primero, se analizará en la línea de Maldonado Muñoz,⁷ la aplicación de la teoría de juegos con el enfoque en los juegos cooperativos y no cooperativos; ello, tratando de explicar como los problemas sobre la interpretación también son producto de determinadas interrelaciones.

Segundo, se hará un breve recorrido en la teoría de la especificidad de la interpretación de la constitución de Guastini, en donde se discute si la interpretación constitucional constituye o no un ejercicio diferente que el de la interpretación de otros textos normativos. Tercero, se analizará el argumento de la derrotabilidad normativa para concluir en la aplicación de la interpretación creativa. Es por esto que este trabajo utilizará una metodología deductiva mediante un análisis doctrinario que luego se enfocará en la utilización práctica de este tipo de interpretación.

2. Estado del arte

Este apartado se centra en la revisión de la literatura jurídica sobre la interpretación creativa y el rol de la Corte Constitucional. De esta manera, se contará con la base fundamental de los principales aportes académicos en la discusión sobre la definición de interpretación. Principalmente, se utilizará las ambigüedades que Guastini considera que se presentan en el uso de la palabra interpretación.

De igual manera, se hará un detallado análisis de los conceptos de laguna axiológica y jerarquía axiológica y su aplicación dentro de interpretación. De esta manera, se usará la explicación de Farith Simon y Riccardo Guastini para poder desarrollar lo que se constituye como una laguna axiológica y analizarla dentro los argumentos de un

⁶ Eugenio Bulygin, “Los jueces ¿crean derecho?”, *ISONOMÍA* 13 (2003), 7-25.

⁷ Mauricio Maldonado, “Construir el Derecho (entre juegos cooperativos y no-cooperativos)”, *Law Review* (2019), 149-162.

tribunal para poder aplicar una interpretación que permita atribuir un nuevo significado a una norma. También cabe señalar brevemente⁸ la importancia entre diferenciar principio y regla. Maldonado Muñoz⁹ ha señalado que, según la teoría hodierna, en todo sistema normativo existen al menos dos tipos de normas distintas: los principios y las reglas.¹⁰ Bajo este enfoque se puede señalar que, principio hace referencia a valores u objetivos y a veces formulaciones estructuradas como reglas.¹¹

Sin embargo, uno de los más famosos opositores a la interpretación creativa es Antonin Scalia, que ha considerado que estos argumentos no suponen un argumento favorable para el uso de una interpretación creativa, sino más bien, un atentado contra la democracia.¹² Justice Scalia se pregunta lo siguiente: ¿Cuál es la justificación para interpretar la constitución de manera diferente a otros cuerpos normativos? ¿Cómo un órgano judicial puede modificar la norma sin ser un atentado contra la democracia?¹³ Por ello, el juez será un punto de oposición en este artículo para poder observar argumentos contrarios a la actualización de nuevos significados por parte del órgano encargado de interpretar la constitución.

3. Marco normativo

El propósito de este apartado es señalar el marco legal y también jurisprudencial con mayor relevancia en el rol de los jueces en el uso de la interpretación creativa. Es por este motivo que se discutirá las normas existentes en la Constitución del Ecuador y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJCC.

La Constitución del Ecuador¹⁴ se usará para poder determinar las funciones que le han sido otorgadas a la Corte Constitucional, como ser el máximo órgano de interpretación constitucional. Para tales efectos se acudirá también al análisis de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.¹⁵

⁸ En este trabajo si resulta importante tener claro la existencia del debate de las diferencias entre principio y reglas. Si bien la explicación de las diferencias entre y principios y reglas estará presente a lo largo del artículo, este no busca profundizar sobre este punto.

⁹ Mauricio Maldonado, “Principios y reglas”, en *Los derechos fundamentales. Un estudio conceptual* (Chile: Ediciones Olejnik, 2018), 49-54.

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ *Ibidem*

¹² Antonin Scalia, “*Reading Law*” (United State of America: Thomson/West), 403-410.

¹³ *Ibidem*

¹⁴ Constitución de la República del Ecuador, [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. N/D de 25 de enero de 2021.

¹⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [LOGJCC], R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, reformado por última vez R.O D/N de 3 de febrero de 2020.

La LOGJCC establece, verbigracia, principios de la justicia constitucional como es el principio de aplicación más favorable a los derechos, en donde se establece que, si existen varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, entonces se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona. En la misma ley, también se establece la obligación de administrar justicia en donde se señala que no se podrá denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de normas jurídicas.

Se analizará jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador para poder observar el uso de la interpretación creativa. Por este motivo se analizará la sentencia No.11-18-CN/19¹⁶ donde se utilizó una interpretación creativa de la disposición en cuestión con el argumento de la norma frente a las situaciones sociales cambiantes. La sentencia No. 253-20-JH/22¹⁷, en la cual se reconoció que los animales silvestres son sujetos de protección, dando así cabida a la aplicación de la garantía de hábeas corpus para los animales silvestres, sentencia que muestra que la aplicación de la interpretación creativa no es exclusiva de las acciones públicas de inconstitucionalidad.

También se analizará la sentencia 55-14-JD/20¹⁸, en la que se dio otro alcance o significado a la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determinando que no se obligue al titular del derecho que demuestre un daño y, por lo tanto, cambiando la aplicación jurisprudencial y su alcance. Esta sentencia también es un ejemplo del uso de la interpretación creativa y también constituye un ejemplo de como este tipo de interpretación ha sido usado para alejarse de decisiones previamente establecidas por la Corte Constitucional.

Finalmente, también se hará mención, a manera de caso de estudio en materia de razonamiento, a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Nueva York, *Riggs v Palmer*.¹⁹ Esto, como base para la demostración de la aplicación de la interpretación creativa en base a la derrotabilidad normativa y el apoyo de los jueces en los -así llamados- principios generales del derecho.

¹⁶ Sentencia No. 11-18-CN/19, Corte Constitucional, 12 de junio de 2019.

¹⁷ Sentencia No. 253-20-JH/22, Corte Constitucional, 27 de enero de 2022.

¹⁸ Sentencia No. 55-14-JD/20, Corte Constitucional, 1 de junio de 2020.

¹⁹ *Riggs v Palmer*, Phio Riggs. Elmer E. Palmer et al, Court of Appeals of New York, October 8, 1889.

4. Marco teórico

En este apartado se busca hablar de algunas piezas que explican que el órgano encargado de interpretar la Constitución -en el caso del Ecuador la Corte Constitucional- estaría utilizando lo que se conoce como la interpretación creativa.

Eugenio Bulygin distingue entre tres teorías en torno a la creación judicial del derecho:²⁰ a) teoría que sostiene que los jueces se limitan a aplicar el derecho a casos particulares (doctrina tradicional), b) teoría que sostiene que los jueces crean derecho porque crean normas individuales, y, c) teoría que sostiene que los jueces no crean derecho en situaciones normales pero sí lo hacen porque crean normas generales en situaciones específicas o especiales.

Estas situaciones especiales de Bulygin ocurren con la obligación de los jueces de crear normas con carácter general cuando están frente a lagunas, lagunas axiológicas o contradicciones normativas. Es por esto que la creación de derecho por los jueces se explica, particularmente, en los casos de lagunas normativas y conflictos de normas.²¹

También cabe la mención de la teoría de la derrotabilidad normativa como argumento de una interpretación creativa, mencionando que, una norma se considera derrotable cuando está sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, por lo que no podría ser posible determinar de manera anticipada las circunstancias que operan como la condición suficiente de la aplicación de la norma.²²

Para lo anterior, se debe tomar en consideración la teoría de la especificidad²³ de la interpretación constitucional en donde se discute si la interpretación de la constitución constituye un ejercicio diferente de la interpretación de los otros textos normativos. Esta tesis asume la forma de descriptiva y prescriptiva, puntos que serán desarrollados más adelante.

Finalmente,²⁴ se tomará en cuenta lo dicho por Maldonado Muñoz en torno a que la adscripción de significado a un texto jurídico es, a efectos del sistema, una cuestión de

²⁰ Eugenio Bulygin, “Los jueces ¿crean derecho?”, 7-25.

²¹ *Ibidem*, 25.

²² Riccardo Guastini, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación”, *DOXA*, cuadernos de Filosofía del Derecho (2008), 143-155

²³ Riccardo Guastini, “La interpretación de la Constitución”, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones jurídicas (2015), 2011-2084

²⁴ Mauricio Maldonado, “Construir el Derecho (entre juegos cooperativos y no-cooperativos)”, *Law Review* (2019), 149-162.

poderes interpretativos: del ejercicio de determinadas competencias establecidas por el sistema jurídico de referencia. Maldonado Muñoz sostiene que los conflictos interpretativos que surgen en un tribunal de última instancia se pueden caracterizar como juegos cooperativos.

5. - Cognición vs decisión

5.1 Significados de interpretación

Como se dijo, Guastini distingue cuatro casos de ambigüedad del término interpretación; a saber:²⁵ Guastini, como se vio previamente, considera que interpretación se puede entender desde la división proceso vs producto, abstracto vs concreto, cognición vs decisión e interpretación vs construcción jurídica.²⁶

Primero, la interpretación como proceso se debe entender simplemente como el proceso mental que un intérprete realiza para obtener un determinado resultado. Cabe señalar, que los intérpretes no solo se limitan a los jueces²⁷: esto, debido a que las diferentes disposiciones de un ordenamiento son interpretadas por diferentes actores, en diferentes contextos, en el marco de un ordenamiento jurídico,

Esto ya que un ordenamiento jurídico va a otorgar el poder de decisión a determinadas instituciones del Estado para que interpreten las disposiciones (decisiones que, según el mismo sistema, son jurídicamente vinculantes). Lo que no quiere decir que ellos sean los únicos intérpretes (aunque su interpretación tenga diferentes efectos); Como dice Maldonado Muñoz,

“No solo los jueces interpretan, también lo hacen otras autoridades no jurisdiccionales, e incluso los doctrinarios. No hay, en realidad, nadie que tenga que ver con el derecho que no sea a la vez (en cierto sentido) un intérprete. Sin embargo, es cierto que la interpretación de los jueces es, por decirlo de algún modo, especial. Ello, en el sentido de que sus interpretaciones, en general, ‘constituyen derecho’, es decir, cuentan —de acuerdo con las reglas del sistema— como decisiones jurídicas: decisiones que producen efectos jurídicos”.²⁸

²⁵ Riccardo Guastini, “*Interpretación (y sus alrededores)*”, 327.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Mauricio Maldonado, “Construir el Derecho (entre juegos cooperativos y no-cooperativos)”, 154.

²⁸ Mauricio Maldonado, “Presentación del dossier. Realismo jurídico contemporáneo. El realismo jurídico (apuntes para una introducción)”, *Iuris dictio* No. 25 (2020), 13.

Es así que la interpretación como producto es, nada más y menos que ese resultado del proceso mental.²⁹

La interpretación en abstracto es vinculada a los textos, y lo es hacia la identificación del contenido de sentido³⁰. Lo que busca la interpretación en abstracto es la reformulación del texto interpretado, este tipo de interpretación resulta particularmente relevante para determinar el rol de un juez o una Corte, esto ya que como se verá posteriormente, el derecho está doblemente indeterminado³¹.

Y esto quiere decir que está indeterminado por el ordenamiento jurídico por la posible falla o equivocación de los textos normativos y también está indeterminado por la norma vigente al no poder vincular los supuestos de hecho y el ámbito de aplicación de una norma³². La interpretación en abstracto va a reducir la indeterminación al lograr identificar las normas que están en vigor.

Por el otro lado, la interpretación en concreto se orienta a los hechos y se basa en la subsunción de un supuesto de hecho determinado en el campo de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto.³³ La interpretación en concreto busca aclarar si la aplicación de un determinado supuesto de hecho concreto forma o no parte del ámbito de aplicación de una norma que fue previamente identificada. La mejor manera de ejemplificar este tipo de interpretación es con el ejemplo que propone Guastini, si en un parque existe la norma que prohíbe el ingreso de vehículos ¿esto aplica o no a un triciclo?³⁴ Como se vio previamente, la interpretación en abstracto reduce la indeterminación del sistema jurídico al identificar las normas en vigor, mientras que la interpretación en concreto lo hace al identificar los casos específicos que se encuentran regulados por cada norma.³⁵

En cuanto a la ambigüedad cognición vs decisión. Se dice que la interpretación cognitiva es la identificación de los posibles significados de un texto normativo. Esto se hace con las reglas del lenguaje, las diferentes técnicas interpretativas en uso o reconocidas dentro del ordenamiento jurídico, las teorías dogmáticas que están en la doctrina y otras.³⁶ La interpretación decisoria consiste, en cambio, en elegir un significado

²⁹ Riccardo Guastini, “*Interpretación (y sus alrededores)*”, 327.

³⁰ Riccardo Guastini, “*Interpretación (y sus alrededores)*”, 328.

³¹ *Ibidem*, 330.

³² Riccardo Guastini, “*Interpretación (y sus alrededores)*”, 330.

³³ *Ibidem*, 328.

³⁴ *Ibidem*, 330.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

de entre los previamente identificados. Esta es una actividad de voluntad. Este tipo de interpretación se divide, en los términos de Guastini, en la interpretación decisoria estándar y la interpretación creativa,³⁷ las cuales serán objeto de este artículo y también desarrolladas más adelante.

5.2 Interpretación creativa y estándar

Como se vio previamente, se puede distinguir la interpretación decisoria estándar y la interpretación (decisoria) creativa. La interpretación decisoria estándar consiste en decidir o elegir un significado de los conceptos identificados en la interpretación cognitiva. Mientras que la interpretación creativa consiste en la atribución de un nuevo significado a un texto, un significado que no está dentro de los identificables en la interpretación cognitiva.³⁸

Ahora bien, la interpretación creativa, según Guastini, es un fenómeno extraño o poco usual.³⁹ Lo que aparece como interpretación creativa propiamente dicha, según Guastini, consiste en derivar del texto normas no expresas o implícitas mediante un proceso pseudo-lógicos mediante razonamiento no deductivos y es plenamente una construcción jurídica.⁴⁰ El ejemplo que propone Guastini para explicar esta ambigüedad de interpretación es:

“Supongamos que cierta disposición D es ambigua y puede por tanto ser entendida en el sentido de expresar la norma N1 o la norma N2. Pues bien: la interpretación cognitiva se expresará mediante el enunciado “D puede significar N1 o N2”; la interpretación creativa se expresará mediante un enunciado del tipo “D significa N3”.⁴¹

Para Guastini, la construcción jurídica tiene varios procesos y justificaciones dentro de un ordenamiento jurídico y de las cuales sería imposible hacer una lista entera.⁴² Sin embargo, se hace mención a lo siguiente: creación de lagunas axiológicas, elaboración de normas no expresas (implícitas) para colmar las lagunas, creación de jerarquías

³⁷ Riccardo Guastini, “*Interpretación (y sus alrededores)*”, 331.

³⁸ *Ibidem*

³⁹ Riccardo Guastini, “*Interpretación (y sus alrededores)*”, 332.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Riccardo Guastini, “Interpretación y construcción jurídica”, en *ISONOMÍA* 43 (2015), 8.

⁴² Riccardo Guastini, “*Interpretación (y sus alrededores)*”, 333.

axiológicas entre normas, concretización de principios expresos y la ponderación entre principios que entran en conflicto.⁴³

Sin embargo, dentro de todos estos procesos, Guastini hace mención que las normas implícitas tienen un papel fundamental. Lo que se denomina como interpretación creativa, dice Guastini:

“consiste precisamente en construir- a partir de normas “explícitas”, expresamente formuladas por las autoridades normativas- normas “no expresas” (“implícitas”, pero en un sentido muy amplio, no lógico de esta palabra). Normas, en definitiva, que no han sido formuladas por ninguna autoridad normativa.”⁴⁴

Estas operaciones, como señala Guastini, estarían conectadas entre sí. Lo que quiere decir que, por ejemplo, la construcción de excepciones implícitas sirve para poder crear lagunas normativas y axiológicas, así como, por ejemplo, la construcción de jerarquías axiológicas, que también sirve para crear normas implícitas⁴⁵.

Lo que se debe explicar en este momento es lo que constituye como una norma expresa. Una norma expresa para Guastini es la que puede ser imputada a una precisa disposición como uno de sus significados.⁴⁶ Por el otro lado, una norma es implícita cuando no se puede decir que constituye el significado (o uno de ellos) de alguna disposición.⁴⁷

Se ha hecho hasta este momento varias menciones al concepto de disposición, y no de norma. Esto tiene un sentido ya que cuando se discute sobre la aplicación de la interpretación creativa, se debe primero distinguir entre algunos conceptos de base como son los de disposición, normas expresas y normas no expresas.⁴⁸

5.3 Disposición, norma, principios y reglas (regla implícita).

Primero, las disposiciones son enunciados del discurso de las fuentes y las normas son los significados que son atribuidos a aquellas mediante la interpretación⁴⁹. Las normas expresas son las que encuentran su formulación en una disposición única o

⁴³ Mauricio Maldonado, “Derechos y conflictos. Conflictivismo y anticonflictivismo en torno a los derechos fundamentales”, (Madrid, Marcial Pons 2021), 19-22

⁴⁴ Riccardo Guastini, “Interpretación (y sus alrededores)”, 333.

⁴⁵ Riccardo Guastini, “Interpretación y construcción jurídica”, en *ISONOMÍA* 43 (2015), 10.

⁴⁶ Riccardo Guastini, “Interpretación (y sus alrededores)”, 333.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Riccardo Guastini, “La aplicación del derecho en la sintaxis del derecho”, en “*La sintaxis del Derecho*” (Madrid: Marcial Pons, 2016), 373-378.

específica y las normas implícitas son el resultado de la construcción jurídica de los intérpretes.⁵⁰ Por último, las reglas son normas precisas y que no están sujetas a excepciones y los principios son normas con un antecedente abierto y que si son defectibles.⁵¹

Lo que cabe aquí es entender la aplicación de los diferentes materiales jurídicos. La aplicación de una disposición pasa por la interpretación o la atribución de significado y de esa manera se obtiene una norma.⁵² La aplicación de las reglas ocurre al usarlas como una premisa en un razonamiento deductivo y su resultado será un precepto individual y uno concreto.⁵³

Finalmente, los principios se aplican con su concretización y de esa manera se usan como una premisa que tiene como conclusión una regla implícita y de esa manera se genera la especificación del principio.⁵⁴

Ahora bien, este es un proceso que depende del razonamiento del juez en la aplicación de la “normativa disponible” en un ordenamiento jurídico determinado. Por lo que, Guastini señala que el razonamiento del juez se podrá distinguir en dos niveles que se denominan como a) justificación interna y b) justificación externa. La interna consiste en el razonamiento deductivo que contiene premisas normativas y una premisa fáctica, en donde el juez aplica una regla; la externa, por su lado, consiste en la elaboración de un conjunto de razonamientos mediante los cuales el juez justifica a su vez las premisas de la justificación interna.⁵⁵

En este punto, corresponde insistir en el modelo explicativo de Guastini en torno a los caos típicos de interpretación creativa.⁵⁶ Estos que son la existencia de una laguna axiológica, la formulación de normas no expresadas usadas para colmar una laguna y/o concretizar un principio y así recibiendo su aplicación, la solución de una antinomia, la ponderación de principios constitucionales en conflicto y la creación de jerarquías axiológicas entre normas. Este trabajo, como ya se ha señalado, se centrará en el argumento de las lagunas y jerarquías axiológicas.

⁵⁰ Riccardo Guastini, “*La aplicación del derecho*”, 373-378.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Riccardo Guastini, “*Interpretación (y sus alrededores)*”, 333.

5.4 Lagunas axiológicas y jerarquías axiológicas

Una parte de la aplicación de la interpretación creativa pasa por las lagunas axiológicas y jerarquías axiológicas. La jerarquía axiológica se fundamenta o relaciona con los valores contenidos en las normas.⁵⁷ Simon Campaña, sobre lo último, considera que esto implicaría que un intérprete le otorgue al contenido de una norma una posición de jerarquía sobre los valores de otras normas⁵⁸.

Por el otro lado, se está frente a una laguna axiológica cuando el intérprete considera que la respuesta no se adecúa a una norma superior o también por la posible existencia de un vacío se podría aplicar normas diferentes a casos iguales que claramente tendrán resultados distintos. Se considera que la existencia de esta laguna ocurre por la contradicción de una regla con los principios.⁵⁹

El ejemplo que se verá más adelante para explicar este tipo de lagunas será el de la sentencia *Riggs v Palmer*, relevante para explicar como una Corte no solo puede (y, bajo ciertas circunstancias, debe) hacer de una interpretación en donde se atribuye un significado diferente de los que se puede identificar en una interpretación cognitiva o decisoria estándar.

Aquí es relevante señalar la facultad de los jueces en la creación del derecho. Cabe hacer mención a Eugenio Bulygin quien sostiene que existen tres posiciones frente a esta pregunta: i) Teoría que sostiene que el derecho es creado por el legislador y los jueces solo se limitan a aplicar el derecho a los casos particulares, ii) teoría que sostiene que el derecho es un conjunto de todas las normas y los jueces van a crear derecho porque crean normas individuales y, finalmente, iii) la teoría que sostiene que los jueces no crean derecho en situaciones normales pero si lo van a hacer en situaciones especiales.⁶⁰ Sobre esto, Bulygin dice que también los jueces ordinarios se ven obligados a crear normas generales cuando se enfrentan con casos de laguna o contradicciones normativas y también en casos de lagunas axiológicas⁶¹. Riccardo Guastinni también señala lo siguiente:

“Una laguna axiológica es la falta de una norma justa. Dicho de forma más precisa, en un conjunto de normas existe una laguna axiológica cada vez que una clase de casi si es-

⁵⁷ Farith Simon, “*Introducción al estudio del derecho*”, (Quito: Editorial Cevallos, 2018), 123-144.

⁵⁸ Farith Simon, “*Introducción al estudio del derecho*”, 123-144..

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Eugenio Bulygin, “Los jueces ¿crean derecho?”, 7-25.

⁶¹ *Ibidem*.

nótese bien- regulada por una norma, pero la regulación existente es juzgada como insatisfactoria por el intérprete”⁶²

Guastini también dice que las lagunas axiológicas no son un resultado de la propiedad objetiva del derecho: para Guastini las lagunas axiológicas son creadas por los intérpretes de las disposiciones con el propósito de poder alterar o modificar una norma establecida mediante una valoración subjetiva de lo que se considera justo o injusto. ⁶³

Ahora bien, Bulygin también hace una importante distinción entre las normas creadas por el poder legislativo y por el poder judicial. Lo primero que sostiene es que las normas que son creadas por la función legislativa serían de obligatorio cumplimiento para todos y esto incluye a los jueces⁶⁴.

Por el otro lado, Bulygin señala que las normas mediante las cuales un juez justifica una decisión en un caso de laguna normativa no obligan *per se* a otros jueces, sin embargo, una norma general creada por un juez en un caso determinado y que es aplicada por la jurisprudencia de manera continua y uniforme se convierte en precedente obligatorio y, por lo tanto, en una norma en sentido propio. ⁶⁵

En el caso de la Corte Constitucional del Ecuador, que esto ocurre como consecuencia de nuestro sistema de control de constitucionalidad. Esto ya que, si se está discutiendo del tipo de sistema de control de constitucionalidad por los destinatarios, se debe tener en cuenta que existen las categorías de *inter partes* y *erga omnes*.

Esto quiere decir que en la primera la interpretación de la Corte solo tendría efecto para las personas que activaron el mecanismo constitucional y, por el otro lado, en la segunda la Corte tiene la facultad de generar una interpretación que no solo afecte a las personas que activaron el mecanismo constitucional, sino también, todas las otras personas que se encuentren en la misma situación.

6. – Aplicación jurisprudencial

6.1 Sentencia 11-18-CN/19

La sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario) es, sin lugar a duda, el ejemplo ideal del uso de la interpretación creativa. En este caso, el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha consulta con la Corte Constitucional si la Opinión Consultiva OC 24/17 de la

⁶² Riccardo Guastini, La interpretación de la Constitución, 2083.

⁶³ Riccardo Guastini, La interpretación de la Constitución, 2084.

⁶⁴ Eugenio Bulygin, “Los jueces ¿crean derecho?”, 7-25.

⁶⁵ *Ibidem*

Corte Interamericana de Derechos Humanos es compatible con el artículo 67 de la Constitución. En este caso, el juez ponente Ramiro Ávila si utiliza como argumento el de las lagunas que ha sido analizado previamente en este artículo como un ejemplo de la aplicación de la interpretación creativa. Ávila dice:

“Cuando se constata que existe un derecho fuera del texto constitucional, estamos frente a un aparente vacío o laguna constitucional, que debe ser solucionado. Esta aparente laguna o vacío se resuelve mediante el reconocimiento expreso. El reconocimiento lo puede hacer cualquier autoridad del Estado en el ámbito de sus competencias. Esto es, si se requiere incorporación al texto constitucional, el Estado los reconoce a través de la reforma constitucional, la interpretación constitucional o la jurisprudencia constitucional. Constatado el vacío o la laguna en el sistema jurídico, se puede incurrir en una omisión legislativo o jurisprudencial.”⁶⁶

De hecho, la sentencia si decide usar en su línea argumentativa el uso de la interpretación evolutiva. Interpretación que si está reconocida dentro de la LOGJCC en el artículo 3 numeral 4:

Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional. - Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

4. Interpretación evolutiva o dinámica. - Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.⁶⁷

Utilizar el argumento de la interpretación evolutiva o dinámica, resulta interesante. Esto ya que implica otorgar la potestad a un juez de poder aplicar este tipo de interpretación, la cual contiene una vaguedad importante. Al decir, que las normas se

⁶⁶ Sentencia No. 10-18-CN/19, Corte Constitucional, 12 de junio de 2019, párr. 148.

⁶⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [LOGJCC]. R.O. Suplemento 52 de 3 de febrero de 2020.

entenderán desde las situaciones cambiantes y el juez debe vigilar que las normas no se vuelvan contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

Ahora bien, en el caso de la sentencia 11-18 -CN/19, la Corte Constitucional tuvo que afrontar una posible laguna y también una contradicción normativa. Sin embargo, también se puede discutir sobre la jerarquía axiológica. Para Maldonado Muñoz,

A menudo se habla de la “jerarquía axiológica” para hacer referencia a algo diverso, esto es, a las valoraciones que se realizan a efectos de ordenar principios en los casos concretos. Las jerarquías axiológicas se establecen, dicho de algún modo, entre determinados valores (libertad, igualdad, privacidad, honor, etc.)⁶⁸

En este caso, se estaría frente a una jerarquía axiológica y, puntualmente, se estaría discutiendo acerca del principio *pro persona* que es utilizado en la sentencia⁶⁹. Es así, que lo que busca es identificar qué norma es más favorable para la efectiva vigencia de los derechos⁷⁰.

La discusión surge ya que la sentencia señala que existe un “falso dilema” respecto a la supuesta contradicción normativa que existía entre la Constitución del Ecuador y la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH. Si bien es cierto que la sentencia resolvió el problema en base al criterio de la jerarquía formal, Maldonado Muñoz señala:

Debe señalarse que este uso puede resultar algo confuso en la medida en que se distinga la jerarquía formal de la jerarquía material. La primera hace alusión a un aspecto de la nomodinámica del derecho: específicamente aquel referente a las *normas sobre la producción de normas*⁷¹ que, en un determinado sistema, regulan la creación y la modificación del derecho.

Esto claramente es un ejemplo claro de interpretación creativa si se considera la disposición contenida en la Constitución en el artículo 67.⁷² Sin embargo, como bien

⁶⁸ Mauricio Maldonado. De nuevo sobre el matrimonio igualitario en el Ecuador: algunas perplejidades argumentativas. Manuscrito no publicado. (2021).

⁶⁹ *Ibidem*

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Vid. Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, pp. 107 ss.

⁷² Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

señala Maldonado, la Corte mantuvo que en este caso no existía como tal un caso de antinomias.

Maldonado Muñoz concluye que la sentencia no debió afrontar un problema de jerarquía formal sino uno de jerarquía material. Maldonado Muñoz sugiere que la Corte debió reconocer la existencia de la antinomia y sugiere que la solución a un caso determinado en esta sentencia por la Corte Constitucional, también estaría resolviendo el conflicto normativo.⁷³

6.2 Sentencia 253-20-JH/22

La sentencia del caso No.253-20-JH (derechos de la naturaleza y animales como sujetos de derechos o caso “Mona Estrellita), también constituye un ejemplo de la aplicación de la interpretación creativa por parte de la Corte Constitucional. En este caso, la Corte Constitucional tenía que analizar la presentación de un hábeas corpus a favor de una mona chorongó que había vivido 18 años en una vivienda ubicada en la ciudad de Ambato.

Esta situación que, al ser objeto de conocimiento por parte de las autoridades públicas, las mismas deciden iniciar el proceso para obtener la custodia del animal. La Corte en este caso, a pesar de que el animal ya había muerto, decidió continuar con el caso para poder desarrollar jurisprudencia vinculante sobre el alcance de los derechos de la Naturaleza y otros conexos.

La sentencia no hace mención a una posible existencia de lagunas o contradicción normativa. Sin embargo, la sentencia sí hace uso del argumento evolutivo. De hecho, Teresa Nuques Martínez quien fue la jueza ponente en esta sentencia, señala:

“Un análisis restrictivo y literalista de los enunciados transcritos podría llevar a la errónea conclusión de que la naturaleza, en sí misma, o en cualquiera de sus niveles de organización o elementos, carece de la capacidad para ser beneficiaria de una garantía jurisdiccional o de ser considerada como una víctima directa o indirecta. Sin embargo, un análisis de este tipo viciaría de contenido, de fuerza normativa y de justiciabilidad a los derechos de la Naturaleza, reconocido de manera expresa en los artículos 71 y siguientes de la Constitución”⁷⁴

⁷³ Mauricio Maldonado. De nuevo sobre el matrimonio igualitario en el Ecuador: algunas perplejidades argumentativas. Manuscrito no publicado. (2021).

⁷⁴ Sentencia No. 253-20-JH/22, Corte Constitucional, 27 de enero de 2022. Párr. 159.

Este argumento, *prima facie*, no parece cumplir con las normas para aplicar la interpretación creativa que se ha revisado previamente. De hecho, en esta sentencia también existió un cambio relevante en materia de garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos de los animales.

La Corte en este caso, señaló la improcedencia del habeas corpus frente al cadáver del animal silvestre, pero si advierte que los jueces de justicia ordinaria estaban en la obligación de atender o resolver la evidente vulneración de derechos que se produjo en los hechos del caso. La Corte en este caso reconoció que:

“Los derechos de los animales deben también responder a una dimensión adjetiva por la cual pueden – indistintamente de las acciones y recursos constante en la justicia ordinaria– alcanzar la protección de sus derechos por medio de las garantías jurisdiccionales según el objeto y pretensión concreta”.⁷⁵

En esta sentencia se realiza un razonamiento distinto respecto de los otros que se verán en este artículo. Esto ya que la sentencia 11-18-CN/19 es una consulta de norma y la sentencia 55-14-JD/20 que se verá más adelante es una garantía de hábeas data. En este caso, la sentencia de la Mona Estrellita es un caso de selección de la Corte Constitucional. Aquí cabe explicar que la Corte Constitucional tiene una estructura interna de ocho diferentes salas, órganos, pleno o centro de estudios que le permite cumplir con sus funciones.

Sin embargo, poco se ha discutido sobre la Sala de selección de procesos constitucionales. De hecho, la selección de sentencia por la Corte Constitucional establece ciertos requisitos como son los de gravedad del asunto, novedad del caso e inexistencia de precedente judicial, negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte y relevancia nacional del asunto resuelto en sentencia.⁷⁶ Todo esto con el fin de poder generar o emitir jurisprudencia vinculante mediante la selección.

Ahora bien, la sentencia No.253-20-JH/22 sí atribuye nuevos significados al texto normativo, como desarrollar el alcance de los derechos de la naturaleza, la naturaleza como sujeto de derechos, los animales silvestres como sujetos de derechos y también la aplicación de las garantías jurisdiccionales con los animales silvestres⁷⁷. Es una sentencia

⁷⁵ Sentencia No. 253-20-JH/22, párr. 181.

⁷⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [LOGJCC], R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, reformado por última vez R.O D/N de 3 de febrero de 2020.

⁷⁷ Sentencia No. 253-20-JH/22, Corte Constitucional, 27 de enero de 2022.

que brinda una novedad notable dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano pero lo que se debe observar es si los jueces podían o no interpretar de tal manera que se atribuya un nuevo significado a la norma, esto que se verá vinculado a la explicación próxima de la sentencia *Riggs v Palmer*.

6.3 Sentencia 55-14-JD/20

En esta sentencia se discutía la aplicación de la acción de hábeas data cuando existe una negativa tácita para la aclaración de la información en registros policiales. También se discutía si tenía o no que existir algún tipo de daño para que proceda la acción de hábeas data. En este caso la Corte Constitucional revirtió la regla jurisprudencial ⁷⁸ que obligaba a demostrar un daño o menoscabo para que la acción de hábeas data pueda proceder. La LOGCC establece que la acción de hábeas data procede:

Art. 50.- Ambito de protección.- Se podrá interponer la acción de hábeas data en los siguientes casos:

2. Cuando se niega la solicitud de actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos que fueren erróneos o afecten sus derechos. ⁷⁹

Es así que la interpretación que habrían tenido los tribunales de justicia ordinaria no habrían interpretado que la palabra afectación tenía una aplicación en este caso. Es por esto que la Corte Constitucional estableció:

“El hábeas data es una garantía para proteger datos personales. Lo fundamental para ejercer la acción en esta garantía es el derecho que tiene la persona para acceder a sus datos personales, actualizar, rectificar, eliminar o anular datos que fueren erróneos, o evitar un uso de su información personal que afecte sus derechos constitucionales. En consecuencia, la existencia de datos imprecisos en archivos públicos, el mero uso indebido de información personal, contra la voluntad del titular o sin autorización judicial o legal, constituyen en sí mismos una vulneración a este derecho y no requiere la vulneración de otro derecho constitucional o la demostración de un perjuicio.

En consecuencia, exigir que el titular del derecho demuestre un daño o perjuicio por un registro constituye una exigencia no establecida en la Constitución ni en la ley. La Constitución determina, en su artículo 11 (3) que “para el ejercicio de los derechos y las

⁷⁸ La sentencia 182-15-SEP-CC estableció tenía que ser probado para que entonces pueda proceder la acción.

⁷⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [LOGJCC], R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, reformado por última vez R.O D/N de 3 de febrero de 2020.

garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley”. Por lo tanto, la Corte se aleja de la regla jurisprudencial establecida en la sentencia 182-15-SEP-CC y establece que la demostración de un perjuicio para que proceda el hábeas data no es un requisito de procedibilidad de la acción.”⁸⁰

De hecho, el juez ponente (Ramiro Ávila), argumentó que al exigir la demostración de un daño y no hacer un análisis de la vulneración de los derechos del afectado, se vulneró también el derecho a la tutela judicial efectiva.⁸¹

Esta sentencia atribuyó un nuevo significado al texto normativo y también a la línea jurisprudencial que habría sustentado esta manera de interpretar la norma. En la sentencia en el juez no utiliza en su razonamiento los argumentos de contradicción normativa para aplicar un nuevo significado. Lo que hace la Corte es señalar una especie de injusto que al no estar definido y constituido concretamente, estaba causando daño a los particulares.

Esta sentencia resulta particularmente interesante al analizar que la interpretación creativa también ha sido usada por la Corte no solo para interpretar una disposición, sino también para interpretar, alejarse y revertir una decisión previa de la propia Corte. La LOGJCC si permite este alejamiento siempre y cuando sea de forma explícita y argumentada y se esté garantizando la progresividad de los derechos y también la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.⁸²

6.4 Riggs v Palmer.

En este caso se discute la facultad interpretativa que tienen los jueces y es parte de este artículo porque demuestra que la aplicación de la interpretación creativa es un tipo de interpretación aplicada a diferentes ordenamientos jurídicos, diferentes sistemas jurídicos y también diferentes tipos de tribunales. Esta sentencia también es relevante si se quiere tomarla en cuenta como caso de estudio para discutir el manejo y resolución de los caos en los que se identifican lagunas axiológicas por parte de los jueces dentro de un ordenamiento jurídico.

En este caso, la Corte tenía que discutir si Elmer E. Palmer puede o no ser beneficiario de la herencia que su abuelo, el señor Francis B. Palmer dejó. Las otras dos

⁸⁰ Sentencia No. 55-14-JD/20, Corte Constitucional, 27 de enero de 2022, párr. 44.

⁸¹ Sentencia No. 55-14-JD/20, párr. 46.

⁸² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [LOGJCC], R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, reformado por última vez R.O D/N de 3 de febrero de 2020.

herederas, Mrs. Riggs y Mrs. Preston eran las hijas de Francis Palmer y demandaron para que se anule el testamento de su padre. Sin embargo, esto fue negado por el tribunal de primera instancia. Lo interesante de este caso resulta en que no existía ningún estatuto que permitía la nulidad del testamento. La Corte de apelación afrontaba un problema en ese momento porque Elmer E. Palmer era heredero del legatario. La Corte de Apelación de Nueva York se pronunció a favor de las hijas y, de hecho, el juez Robert Earl quien escribió la sentencia, mencionó

*"The principle which lies at the bottom of the maxim, volenti non fit injuria, should be applied to such a case, and a widow should not, for the purpose of acquiring, as such, property rights, be permitted to allege a widowhood which she has wickedly and intentionally created."*⁸³

El voto salvado que fue escrito por el juez Jhon Clinton Gray se alejaba de la decisión de mayoría argumentando que la Corte no tenía un estatuto expreso para resolver como lo hizo y se oponía a la creación de un nuevo significado del estatuto para brindar justicia moral. Maldonado Muñoz, sobre la sentencia de la Corte de Apelaciones, dice lo siguiente:

“En el propio caso *Riggs v Palmer* (1889) se presenta una disposición literalmente interpretada por la cual el heredero no ha de suceder al causante si este así lo ha establecido, aun cuando el heredero haya sido el homicida del causante (...). Esta norma, en el caso, resulta derrotada por la invocación del principio de acuerdo al cual “nadie puede aprovecharse de su propio dolo”. Así pues, el juez de *Riggs v Palmer* ha interpretado el derecho entendido que la forma en que el legislador había disciplinado el caso en cuestión resultaba injusta, por lo que era necesario acudir a un principio general con el cual obtener una decisión distinta (...) En otras palabras, el juez, en este caso, ha identificado una “laguna axiológica”, en donde – como dicen- Alchourrón y Bulygin- “la solución existente se considera axiológicamente inadecuada porque no toma en cuenta la propiedad conceptuada relevante, es decir, porque el sistema no hace un distingo que debe hacerse”⁸⁴

⁸³ *Riggs v Palmer*, Phio Riggs. Elmer E. Palmer et al, Court of Appeals of New York, October 8, 1889.

⁸⁴ Mauricio Maldonado, “*Principios y reglas*”, 49-54.

De lo anterior, se puede observar como opera la derrotabilidad normativa y también por qué su aplicación suele justificarse en tales contextos. Ahora bien, lo interesante aquí es la conexión que se puede hacer con el caso No.253-20-JH o Mona Estrellita que se analizó previamente. Esto ya que en ese caso también se hizo alusión a estar frente a un injusto de la norma.

Por lo cual, estaría motivando o justificando la aplicación para que su interpretación pueda atribuir un nuevo significado a la norma. En este caso, el verdadero trabajo del juez sería, como dice Maldonado Muñoz, el de identificar la laguna axiológica en cuestión.⁸⁵

7. – El uso de la interpretación creativa

7.1 Juegos cooperativos y no cooperativos

Los problemas o desacuerdos sobre la interpretación también pasan por esos acuerdos que existen en los tribunales en los que se resuelven con el uso de la regla de la mayoría.⁸⁶ Para Maldonado Muñoz, los conflictos interpretativos de los jueces de tribunales con una integración impar son, en términos de la teoría de juegos, juegos cooperativos⁸⁷. Son juegos cooperativos aquellos en que los individuos que se interrelacionan en un contexto determinado, para obtener un determinado resultado, deben crear bloques o alianzas⁸⁸. Por el otro lado, en un juego no cooperativo, se excluyen las alianzas o bloques y cada persona involucrada debe actuar de manera propia o independiente⁸⁹.

Como se mencionó previamente, la interpretación de las disposiciones es una actividad realizada por diferentes actores, como sería un abogado, un juez o un particular. La diferencia, como se discutió previamente, radica en que la interpretación del juez produce efectos jurídicos. Ahora bien, en un problema jurídico que muchas veces pasa por la interpretación de la disposición, tiene como resultado que se planteen distintas maneras de interpretar la disposición en un mismo caso y este problema de interpretación es como explica Maldonado Muñoz “el conflicto entre las partes procesales se da porque sus intereses interpretativos son incompatibles.”⁹⁰

⁸⁵ Mauricio Maldonado, “Principios y reglas”, 49-54.

⁸⁶ Mauricio Maldonado, “Construir el Derecho (entre juegos cooperativos y no-cooperativos)”, *Law Review* (2019), 149-162

⁸⁷ *Ibidem*

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*.

Esa incompatibilidad de intereses que puede pasar por un desacuerdo en la norma o en los hechos de un caso, tiene como resultado una decisión de un tribunal. Eso quiere decir que las potestades que otorga un ordenamiento jurídico para poder interpretar la norma generan que un juez determine el significado jurídico de un texto normativo. Maldonado Muñoz señala que se puede hacer una valoración sobre la decisión del juez, esta pudiendo ser errada o correcta para diferentes personas. Sin embargo, esa decisión tendrá una validez jurídica que será vinculante.⁹¹

Lo relevante en la discusión sobre la decisión de la Corte Constitucional del Ecuador en un caso es que normalmente si un tribunal o un juez de justicia ordinaria toma una decisión que puede estar errada, siempre cabe la apelación de esa decisión. Sin embargo, las decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador son inapelables como bien lo dice el artículo 440 de la Constitución, “Las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables.”⁹² Ahora bien, Maldonado Muñoz plantea un aspecto del problema de modo interesante, así:

“En nuestros ordenamientos modernos determinados juegos cooperativos (en sede legislativa) dan paso a ciertos juegos no-cooperativos (entre las partes procesales) y, eventualmente, a otros juegos cooperativos (en sede jurisdiccional, allí donde la decisión judicial dependa de la obtención de una mayoría)”⁹³

Es evidente que el órgano legislativo al ser el encargado de crear, modificar o derogar normas podrá generar situaciones ya sean de hecho o de derecho, que se requiera interpretar la norma para poder otorgar un significado que permita otorgar una respuesta en un caso determinado. Ahora bien, lo anterior es un resultado de que los problemas que ocurren en esta materia pasan a ser conocidos como problemas por el derecho y problemas en el derecho.

Para Maldonado Muñoz, se dan conflicto por la constitución (por su contenido), pero también en la constitución (sobre la base de sus reglas establecidas). Se dan, por extensión, conflictos *por* y *en* la legislación⁹⁴. Los conflictos por la constitución y por la

⁹¹ Mauricio Maldonado, “Construir el Derecho (entre juegos cooperativos y no-cooperativos)”, 149-162.

⁹² Constitución de la República del Ecuador, [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. N/D de 25 de enero de 2021.

⁹³ Mauricio Maldonado, “Construir el Derecho (entre juegos cooperativos y no-cooperativos)”, 149-162.

⁹⁴ *Ibidem*

legislación son, según él, juegos cooperativos; ⁹⁵ esto quiere decir que serían juegos que necesitan de alianzas. Los conflictos en la constitución y en la legislación, son juegos no-cooperativos (cuando se realizan entre las partes procesales) y juegos cooperativos cuando se llega a los órganos judiciales con intengración impar. Maldonado Muñoz insiste, además, en que ello crea, eventualmente, un problema en torno a la definitividad de las decisiones. ⁹⁶

7.2 La especificidad de la interpretación de la Constitución

Antonin Scalia, en su libro “Reading Law” hace la pregunta *What possible justification is there for treating the Constitution differently from all other legal texts?*⁹⁷ Lo cual resulta interesante, ya que Riccardo Guastini se hace exactamente la misma pregunta en su texto “La interpretación de la Constitución”.

La teoría de la especificidad, para Guastini asume dos formas: descriptiva y la prescriptiva⁹⁸. Dentro de la categoría prescriptiva, Guastini distingue diferentes caminos que los argumentos podrían tomar. El primer camino es el de la teoría de los principios y valores que propone que la Constitución se debe interpretar de manera distinta porque está compuesta principalmente por principios. Esto genera, según Guastini una doble peculiaridad. Es peculiar por este contenido de valores y/o principios y también es peculiar por su formulación en donde habría una afectación importante de indeterminación. ⁹⁹

Sobre esta teoría o camino, Guastini sugiere que no todas las constituciones tienen principios y valores ya que hay algunas que solo se limitan a determinar la forma del Estado. También se debe tomar en cuenta que la Constitución no es el único cuerpo normativo que contiene principios ya que si se analiza el Código Civil, el Código Orgánico Integral Penal y otros se puede observar principios en los mismos¹⁰⁰.

El segundo camino sería el objeto, esta teoría propone que la Constitución se interpreta de manera diferente porque el objeto de esta interpretación regula, en última instancia, relaciones políticas¹⁰¹, relaciones políticas entre órganos del estado y entre estado y ciudadano. Sobre esto, Guastini señala que la Constitución regula estos aspectos,

⁹⁵ Mauricio Maldonado, “Construir el Derecho (entre juegos cooperativos y no-cooperativos)”, 149-162.

⁹⁶ *Ibidem*

⁹⁷ Antonin Scalia, “Reading Law”, 403-410.

⁹⁸ Riccardo Guastini, La interpretación de la Constitución, 2011-2084.

⁹⁹ *Ibidem*

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*.

pero que hay otras normas infraconstitucionales, que lo hacen y por lo tanto no se justificaría la teoría de la especificidad.¹⁰²

El tercer camino es la duración, algunos juristas plantean esta diferencia de interpretación porque la Constitución tiene este objetivo o fin de durar mucho tiempo. Sin embargo, esto también resulta objetable ya que una Constitución no debe necesariamente permanecer en vigor durante largos períodos. Al ejemplo claro del Ecuador, se puede añadir también el de Francia, que ha tenido 13 constituciones. Por lo demás, otros cuerpos normativos, como los códigos civiles, tienen una historia centenaria: es el caso del Código de Napoleón y el del Código Civil ecuatoriano.¹⁰³

El último camino de la tesis prescriptiva sería el camino de lo dinámico y lo difícil de enmendar de un texto constitucional. Guastini señala que no todas las constituciones son difíciles de enmendar por la mera existencia de las constituciones flexibles, y el debate en torno de lo dinámico parece reducirse a un conflicto más ideológico entre literalistas e intencionalistas o doctrina estática y doctrina dinámica de la interpretación constitucional.¹⁰⁴

Por el otro lado, la tesis descriptiva señala que la especificidad se divide en: Los intérpretes, problemas interpretativos y métodos hermenéuticos¹⁰⁵. Puntualmente, este artículo se centrará en el problema sobre los intérpretes (que es el que interesa en este trabajo). Para Guastini, determinar quién es el encargado de interpretar la Constitución depende de la i) estructura o contenido de la Constitución, ii) la garantía jurisdiccional de la Constitución y iii) la concepción política de esta.¹⁰⁶

Cuando se discute sobre la estructura o contenido, se pueden identificar diferentes tipos de constituciones, como serían las que se limitan a determinar la forma del Estado y las constituciones que incluyen normas sustanciales que estarían formulando principios o también estableciendo un catálogo de derechos¹⁰⁷. Para Guastini, solo será el segundo tipo de Constitución la que puede ser aplicada por órganos jurisdiccionales. Ahora bien, la pregunta que se hace Guastini -y también la que abre paso al siguiente punto es la siguiente- “pero ¿por cuáles órganos y en cuáles circunstancias exactamente?”¹⁰⁸

¹⁰² Riccardo Guastini, La interpretación de la Constitución, 2011-2084.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*, 2018.

¹⁰⁷ Riccardo Guastini, La interpretación de la Constitución, 2011-2084.

¹⁰⁸ *Ibidem*

En la garantía jurisdiccional¹⁰⁹, se debe distinguir entre las constituciones que no contienen un control jurisdiccional sobre la legitimidad constitucional de las leyes y las que sí. Y aquí se refiere a la diferencia entre las constituciones rígidas y flexibles. Esto se debe a que como menciona Guastini, solo las constituciones rígidas prevén este control¹¹⁰ como sistema de cierre del procedimiento especial de reforma en cuanto a la garantía de la supremacía de la constitución.

En las constituciones que si se prevee la garantía jurisdiccional habría que distinguir entre los controles flexibles, concentrados y mixtos.¹¹¹ El control difuso sería el que otorga a todos los jueces del ordenamiento la facultad para poder determinar la legitimidad constitucional de las leyes en cualquier controversia presentada, el ejemplo común sería el de Estados Unidos. Por el otro lado, el control concentrado sería el que otorga esa facultad a un solo órgano del ordenamiento como sería el caso de Ecuador con la Corte Constitucional.

Ahora bien, si una Constitución no prevee alguna garantía jurisdiccional, evidentemente no estaría sujeto a la aplicación jurisdiccional.¹¹² Sin embargo, este no es el caso de Ecuador y esto implica que se debe distinguir entre las normas formales que serían las de la organización de los poderes públicos y las normas sustanciales que serían sobre los derechos.¹¹³ El tribunal constitucional en los casos formales también tendría esa competencia para poder juzgar los conflictos entre los poderes. Ahora bien, en las normas sustanciales, Guastini dice lo siguiente “Si el control sobre leyes es concentrado, entonces sólo el tribunal constitucional es intérprete “auténtico” en última instancia de las normas constitucionales en cuestión”¹¹⁴. De hecho, Guastini menciona algo aún más interesante para el propósito de este artículo:

“Es cierto que tales normas son interpretadas (aunque sea solo implícitamente) también por el legislador en el momento en que aprueba una ley, pero el tribunal constitucional tiene el poder de contradecir y de derogar la interpretación del legislador, declarando la ilegitimidad constitucional de aquella ley”.¹¹⁵

¹⁰⁹ Riccardo Guastini, La interpretación de la Constitución, 2019.

¹¹⁰ Riccardo Guastini, La interpretación de la Constitución, 2011-2084

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Riccardo Guastini, La interpretación de la Constitución, 2021.

¹¹⁵ Riccardo Guastini, La interpretación de la Constitución, 2011-2084.

Se debe tener en cuenta lo que se mencionó previamente, las decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador son inapelables, la interpretación de la Corte simplemente no podría ser suprimida del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sino por la misma Corte en una decisión donde se separe de manera justificada de la decisión previa.

Finalmente, en el caso de la concepción política de la Constitución solo cabe decir que habría que distinguir entre la concepción liberal clásica y la concepción moderna de Constitución. En la primera, la función de la Constitución es la de organizar y limitar el poder político, y en la moderna el objetivo sería el de organizar o estructurar la sociedad civil y también modelar las relaciones sociales.¹¹⁶ Mientras que en la segunda, la concepción moderna contemplaría la idea de la aplicación directa de los jueces de un ordenamiento frente a una controversia y se sustenta en lo que Guastini ha denominado como “la constitucionalización del ordenamiento¹¹⁷”. De lo último, Guastini dice lo siguiente:

“En un ordenamiento jurídico constitucionalizado está difundida entre los operadores jurídicos (en jurisprudencia y en doctrina la tendencia a la “sobre-interpretación” del texto constitucional. Me refiero a aquel conjunto de técnicas de interpretación-o, para decirlo mejor, de integración del Derecho que consisten en manipular un texto normativo para así obtener gran cantidad de normas inexpresas”¹¹⁸

7.3 Problema del significado y derrotabilidad normativa.

Guastini sostiene que las reglas son normas no derrotables y los principios serían normas derrotables.¹¹⁹ Lo que quiere decir es que una norma sería no derrotable cuando la misma no acepta excepciones de las cuales ya se encuentran establecidas en el ordenamiento jurídico¹²⁰. Por el otro lado, una norma sería derrotable cuando si admite excepciones inexpresas en el ordenamiento jurídico y la misma norma quedaría indeterminada.¹²¹

Lo particularmente importante en esto es que una norma que sería derrotable no puede ser razonada por un juez de la misma manera que una norma no derrotable, esto ya

¹¹⁶ Riccardo Guastini, La interpretación de la Constitución, 2011-2084.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*, 2032.

¹²⁰ Riccardo Guastini, La interpretación de la Constitución, 2011-2084.

¹²¹ *Ibidem*.

que una norma que admite excepciones implícitas no se aplica a todos los hechos a los que podría hacer referencia el supuesto de hecho de la norma.¹²²

Previamente se hizo mención a la indeterminación del derecho, esto que vendría a observarse desde dos perspectivas: la del sistema jurídico y el otro sería de sus componentes. Lo que Guastini quiere decir con la indeterminación del sistema jurídico es que existen controversias sobre las normas que son parte del sistema o cuáles son las que se encuentren vigentes.¹²³

Ahora bien, de lo que depende lo anterior es lo que Guastini denomina como equívocidad de la norma¹²⁴, en este sentido se pueden observar conceptos como: ambigüedad, complejidad, implicación y derrotabilidad.

La ambigüedad se da cuando un texto normativo expresa varios significados, y en este caso existe la pregunta acerca de si una norma estaría expresado un significado X o expresa el significado Y¹²⁵. La complejidad hace referencia a que existen acuerdos en torno a que un texto normativo X expresa la norma X1, sin embargo, suscita la duda de si dicha norma X también estaría expresando la norma X2.¹²⁶

Implicación es cuando se acuerda que un texto normativo X expresa la norma X1 y en este caso la duda sería si X1 implica o no una norma X2¹²⁷. Finalmente, la derrotabilidad tiene como punto de partida que el texto normativo X expresa la norma X1 y en este caso existe la pregunta si esta norma estaría sujeta a ciertas excepciones que tienen carácter de implícitas y por lo tanto no especificadas.¹²⁸

Es así, que, si se toma como punto de partida la equívocidad de la norma, se tendría que afrontar estos cuatro problemas que Guastini sugiere. Problemas que parecen resolverse con la aplicación de una interpretación que permita a un juez atribuir a una norma un significado diferente de los identificables. Esto, de hecho, podría prohinírsele, bajo la doctrina del juez como “mero aplicador” del derecho, pero no eliminará los problemas señalados

8. – Conclusión.

El análisis que se realizó a las facultades interpretativas de la Corte Constitucional del Ecuador permitió llegar a las siguientes conclusiones: se pudo observar que el

¹²² Riccardo Guastini, *La interpretación de la Constitución*, 2011-2084.

¹²³ Riccardo Guastini, *“Interpretación y construcción jurídica”*, 11- 48.

¹²⁴ *Ibidem*, 21.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*, 22.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*, 23.

concepto de interpretación es una palabra ambigua que denota diferentes connotaciones o ambigüedades. Una de estas posibles ambigüedades que se plantea a lo largo del trabajo es la de cognición vs decisión. La perspectiva de interpretación como decisión se puede dividir en la interpretación decisoria estándar, la cual permite a un juez escoger el significado identificado en la etapa de cognición. Por otro lado, la interpretación creativa, interpretación que se fundamenta en el ejercicio de atribuir a una norma un significado nuevo de los identificados.

Se puso observar que la Corte si ha utilizado la interpretación creativa en sus decisiones, pero al mismo tiempo también se logró identificar que la Corte ha utilizado los argumentos que favorecerían este tipo de interpretación. Ahora bien, este tipo de interpretación encuentra su justificación en las lagunas axiológicas, las jerarquías axiológicas, las contradicciones normativas y la derrotabilidad normativa. De igual manera, la justificación de este tipo de interpretación dependerá del sistema de control constitucional con el que cuenta un ordenamiento jurídico. Esto ya que en un sistema con un control concentrado de constitucionalidad como ocurre en Ecuador, la Corte Constitucional tendrá ese poder de contradecir y derogar la interpretación del órgano legislativo.

En el caso de Ecuador, la LOGJCC les ha otorgado a los jueces constitucionales la facultad de interpretar la norma de tal forma que se adecuó a las situaciones sociales cambiantes o de manera evolutiva. También se faculta a los jueces a que siempre busquen resolver en base a la progresividad de los derechos humanos. Aquello otorga a los jueces de la Corte una potestad interpretativa amplia.

Ciertos análisis que favorecen a la interpretación creativa no pudieron llegar a este trabajo y podría ser profundizado en otros, como serían: Las otras teorías de Guastini en la interpretación de la Constitución, estos que se basan en problemas interpretativos y métodos hermenéuticos ya que solo se discutió sobre los intérpretes.

De igual manera, se podría hacer un análisis que centra su discusión en torno a la norma. Se podría hacer un análisis más detallado sobre lo que establece la Constitución y la LOGJCC en materia interpretativa, esto debido a que este artículo si utilizó la Constitución y la Ley para justificar las facultades interpretativas de la Corte. Sin embargo, este se basó principalmente en lo que establece la doctrina.

Un último punto que podría ser analizado es sobre el uso de este tipo de interpretación en otros textos normativos y en justicia ordinaria. La interpretación creativa de los jueces en materia contractual, laboral, mercantil etc. Si bien el trabajo

buscaba aclarar el rol de la Corte en materia interpretativa, esto también debe ser analizado tomando en consideración jueces que tengan que resolver problemas que no se centren necesariamente en problemas relacionados con la Constitución.