
A R T Í C U L O S

LA INTENCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN*

La relevancia de la intención legislativa para la interpretación jurídica se ha convertido en una cuestión de debate político. Tal vez esté bien que así sea. No hay duda que el papel que los tribunales asignan a la intención legislativa en la interpretación jurídica tiene consecuencias políticas significativas. Se puede argumentar que esas consecuencias afectan al papel que se otorga a la intención en la interpretación. Es decir, las cuestiones acerca de si la intención debe o no jugar algún papel en la interpretación jurídica y, si debe jugar alguno, cuál deba ser éste, son cuestiones que deben ser parcialmente determinadas a la luz de las consecuencias políticas de tales decisiones. He de volver a este punto hacia el final de este trabajo. Sin embargo, la mayor parte de la controversia política que rodea el papel de la intención en la interpretación es irrelevante para el argumento de este trabajo. Su principal tema es el papel que la intención debe tener, el papel que no puede dejar detener, en la interpretación de la legislación. Es un argumento acerca de aquello que los tribunales no tienen elección para dejar de hacer, acerca de lo que no pueden dejar de hacer en tanto sigan la legislación. Donde reina la necesidad, las consideraciones de deseabilidad moral y política no tienen papel alguno que jugar.

No se niega que muchas prácticas interpretativas son locales. En algunas jurisdicciones los escritos de juristas distinguidos son una ayuda para la interpretación, en el sentido de que una interpretación consistente con ellos es preferida a las interpretaciones inconsistentes con ellos. En otros países los escritos de los juristas ni siquiera pueden ser citados por los tribunales.

* Texto original: Joseph Raz, «Intention in Interpretation» en Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 249-286.

Este trabajo es la primera parte de un análisis más completo de la interpretación en la aplicación del derecho. Estoy agradecido a los participantes en el 1993 *USC Workshop* de teoría del derecho en Oxford por sus valiosos comentarios y al Profesor C. Wellman por sus detallados e instructivos comentarios por escrito.

En Gran Bretaña, «hay una presunción *prima facie* de que el Parlamento no tratará de actuar en violación del Derecho internacional, incluyendo en él las obligaciones específicas derivadas de los Tratados»¹ y la interpretación de las leyes es afectada por ella. Otros países siguen prácticas diferentes. Algunos países permiten que los debates parlamentarios sirvan como ayuda a la interpretación. Otros lo excluyen completamente o lo autorizan únicamente de forma muy limitada,² etc. Este trabajo, al ser una reflexión desde la teoría jurídica sobre el lugar de la intención en la interpretación jurídica, no tomará en cuenta las prácticas interpretativas específicas de algunos sistemas jurídicos o de algunos tipos de sistemas jurídicos (sistemas de *common law*, sistemas de *civil law*, etc.). Su objetivo es explorar un aspecto de la interpretación jurídica en la medida en que puede iluminar una teoría del derecho. La pregunta «¿qué es el derecho?» está vinculada a la pregunta «¿cómo es el derecho susceptible de interpretación?». Ello no significa que deba haber convenciones universales de interpretación jurídica con un contenido lo suficiente específico para proporcionar respuestas concretas a las preguntas acerca de la interpretación. Incluso si hubiera tales convenciones universales interpretativas específicas su estudio no agotaría el tema de este trabajo. Aun si no hay tales reglas universales y concretas de interpretación, es más que probable que las convenciones variables de interpretación de diferentes jurisdicciones compartan características comunes que son rasgos necesarios de la interpretación jurídica. Si son únicas, o si son compartidas por la interpretación de la música o de otras formas de interpretación, permanecerá -en la medida en que el argumento de este capítulo se mantiene- como una cuestión abierta.

1. Algunas características generales de la interpretación

La «interpretación» está íntimamente relacionada con la explicación. En muchas ocasiones el uso de las dos nociones es intercambiable. Una excepción clara la constituyen las interpretaciones ejecutivas, esto es, aquellas que consisten en la ejecución de una obra, ópera, o composición musical, una sesión de danza, o una lectura de prosa o de poesía, etc. Por lo tanto, hay la tentación de pensar que «interpretación» es multívoca. Puede significar o bien una explicación (quizás una explicación de una cierta clase) o una ejecución. Pero tal conclusión es prematura. Es posible igualmente que «interpretación» sea unívoca, y esté íntimamente relacionada con la explicación,

¹ Diplock. L. J. (como entonces se llamaba) en *Salomon v. Commissioners of Custom and Excise* [1967] 2 QB 116, 143.

² Para un cambio reciente en la regla inglesa relativa al uso de estos materiales, vd. *Pepper v. Hart* [1992] 3 WLR, 1032.

o con una cierta clase de explicación de una forma que también es aplicable a las interpretaciones ejecutivas. Después de todo, una ejecución puede tener el mismo efecto que una explicación, esto es, hacernos comprender la obra ejecutada. Algo semejante a esta última vía es lo que voy a explorar.

Ahora bien, no es aconsejable fundamentar una investigación sobre el análisis de «interpretación» en bruto. Los límites del uso adecuado del término son demasiado fluidos, y el lenguaje es demasiado tolerante con aquello que un intolerante podría considerar como usos desviados, para hacer de la investigación sobre «interpretación» en bruto algo filosóficamente -como opuesto a lexicográficamente- provechoso.³ Por lo tanto, aunque la investigación de este trabajo será sobre la interpretación, usualmente comprendida, tal y como es practicada en el derecho, me tomaré la libertad de concentrarme en la noción tal como se usa para expresar una actividad que tiene un papel especial en humanidades, siendo tal vez la vía más particular de lograr una comprensión de la historia o de las obras literarias o de las artes visuales. Esto no nos compromete con el punto de vista de acuerdo al cual, cuando la usamos sin tales connotaciones, o en otros contextos (e. g. «la mejor interpretación del experimento sugiere que...»); el término tenga un significado diferente o sea susceptible de un análisis distinto. Todo lo que significa es que -siguiendo una respetada tradición- sostendré que la interpretación puede considerarse como una forma de lograr una comprensión de especial importancia en humanidades, y esta vía será el núcleo de la exploración a seguir. Que la interpretación de los experimentos o de cosas semejantes se adecue al análisis será marginal para nuestros propósitos.

En lo que sigue «interpretación» no será contemplado como un término técnico. Mi objetivo consiste en aislar, con el fin de prestarle especial atención, un tipo de contexto o un tipo de uso del término y sus derivados con todos los cuales tenemos familiaridad y comprensión intuitiva, la clase de comprensión adquirida con el dominio del significado y del uso correcto del término en español [«in English» en el original]. Nada he de decir del uso del término en algunos escritos filosóficos que sólo pueden tomarse en serio bajo el supuesto de que el término «interpretación» se toma como un término técnico con un significado estipulado. En este trabajo «interpretación» conserva su significado natural y lo que va a ser investigado es un contexto típico de su uso.

Tal vez los cuatro siguientes elementos pueden tomarse como rasgos centrales, relativamente indiscutidos, de la interpretación que, en la medida

³ Menos aún si hay un interés filosófico en el estudio de la interpretación como término técnico en la teoría jurídica o en alguna otra disciplina. Dado que la interpretación se ha convertido en el *flavour* de la década, el término ha sido usado de forma que tome el significado que a alguien se le antoje.

en que no se consideren ni condiciones necesarias ni suficientes, pueden ayudar a prestar atención directa a algunos de sus rasgos más significativos. Son -debería añadirse- elementos que tienden a una explicación de la interpretación como la actividad de interpretar. El producto de tal actividad, cuando tiene éxito, es una comprensión de lo que ha sido interpretado. Me parece que referida a un producto «interpretación» tiene un uso más amplio y menos característico que cuando se usa para designar una actividad.

(1) La interpretación lo es de un original. Siempre hay algo que ha de ser interpretado. En realidad, en muchas ocasiones existe más de un candidato para la interpretación. La interpretación jurídica, por ejemplo, muy probablemente será interpretación del derecho, o de una práctica, o de un acto (legislativo o judicial) o de una ley o de una decisión judicial, o de su texto o lenguaje. Se da lugar a gran confusión cuando los autores no logran identificar con claridad el original de la interpretación que ellos mismos u otros proponen o critican.

(2) Una interpretación establece o muestra (e. g. en las interpretaciones ejecutivas) el significado del original.

(3) Las interpretaciones están sujetas a la evaluación como acertadas o erróneas (correctas o incorrectas), o como buenas o malas (o algunas aproximaciones de estos adjetivos, tales como «casi correcta»). Usaré a menudo «válida» como un término que establece una línea divisoria entre los dos tipos de evaluación. Son juzgadas como correctas o incorrectas por su éxito al establecer, mostrar o extraer el significado del original. Tales juicios deben ser distinguidos de la evaluación del éxito de una interpretación mediante otros parámetros. Por ejemplo, de una interpretación puede decirse que es clara, accesible, etc., cuando es juzgada por el éxito en transmitir efectivamente el significado identificado; puede decirse que es interesante, estimulante, etc., cuando es juzgada por la cualidad del significado que extrae o explica.

(4) La interpretación es un acto intencional. Nadie interpreta excepto que intente interpretar. Lo que mi amigo me dijo anoche puede ser una interpretación de un sueño que tuve la semana pasada. Sin embargo, él no interpretó mi sueño. Puede que yo lo hiciera si tomara sus palabras como susceptibles de proporcionar una interpretación del sueño.⁴

⁴ He discutido este punto brevemente en «Morality as interpretation, on Walzer's "Interpretation & Social Criticism"», *Ethics* 101 (1991) 392.

Tomemos ahora un contraejemplo. John dice: «Muchos parlamentarios son repugnantes». Jill le oye por causalidad. Cuando Jack le pregunta qué dijo John, ella contesta: «Dijo que los parlamentarios son repelentes». Esto nos dice cómo ella interpretó la emisión de John. Pero ella no intentó interpretar. Meramente intentó reproducir el contenido de la observación de John a Jack. ¿Muestra ello que no hace falta que la interpretación sea intencional? No, si uno se centra en el área del uso a la que me referí. En este ejemplo, que me sugirió Timothy Endicott, al cual estoy agradecido, interpretación significa precisamente comprensión. No se refiere a ninguna

Las interpretaciones difieren de otras maneras de referirse a un original, por ejemplo, por ser inspirado por él, en que son explicaciones o elucidaciones del significado de un original. Un escultor inspirado por la veta de un bloque de mármol al crear la estatua que él esculpe no está interpretando el bloque.⁵ Cuando una estatua inspirada por un bloque de mármol o una obra inspirada por una discusión parlamentaria es juzgada como buena o mala no lo es por su éxito en la explicación del significado de lo que la inspiró.

Un tipo especial de interpretación puede ser denominada interpretación conservante. Una interpretación conservante es aquella que consigue un éxito o un fracaso en la medida en que alcanza a recuperar o restablecer el significado que el original tiene para alguien, o su significado en una cultura determinada en algún tiempo pasado. Una interpretación es conservante si logra explicar o transmitir el significado del original para su autor, si tiene alguno, o su significado para su auditorio original, o algún otro grupo de referencia. No todas las interpretaciones tienen que ser conservantes. Yo puedo explicar lo que un original significa: «autodidacta» significa que se enseña a sí mismo. Al ofrecer tal explicación no estoy diciendo que esto es lo que significa para ti o para alguien en particular. Es sencillamente el significado de la palabra. En este sentido mi explicación no es, conservante. Al mismo tiempo es plausible pensar que nada puede tener significado excepto que lo tenga para alguien. El significado es revelado. El significado puede estar oculto a alguien, pero no a todos. Obviamente no es preciso que nadie sea capaz de articular el significado de un original para que el original tenga tal significado, y posiblemente no es preciso que nadie sea capaz de percibir el significado del original en todas sus dimensiones. Su significado puede ser un compuesto o una abstracción del significado que tiene para varias personas. Pero parece carecer de sentido que algo tenga un significado sin significar determinada cosa o alguna otra semejante para alguna persona u otra. ¿Qué querría decir que «geap» significa salvación aunque nadie lo supiera hasta que yo lo descubriera hoy?

actividad en absoluto. Es falso que Jill interpretó la observación de John a Jack. Es verdad que ella interpretó (=comprendió) que John quería decir repelentes cuando dijo «repugnantes». Esto sería verdad en relación a Jill aunque no le hubiera dicho nada a Jack. Su observación a Jack no era una observación interpretativa (y no fue intentada como tal). Meramente reveló a aquellos que la escucharon (y que sabían suficiente del contexto) cómo ella interpretó (=comprendió) a John.

Las señales de la interpretación son importantes, para captar el significado de la interpretación como un tipo de actividad (algunas veces nada más que una actividad mental) a través de la cual uno obtiene comprensión. No se aplican a «interpretación» cuando esta expresión se usa como intercambiable con «comprensión».

⁵ Alguien puede inspirarse en un acontecimiento para escribir, digamos, una obra que ofrece una interpretación de aquel acontecimiento, pero no todas las inspiraciones conducen a interpretaciones.

Ahora bien, la interpretación puede ser convencional, esto es, aquella que explica el significado que la gente (i. e. la gente en el momento y lugar de la interpretación) usualmente entiende que el original posee, sin ser conservante. Es convencional si, al explicar el significado del original, acuerda con el punto de vista común. Es conservante sólo si logra explicar el significado que tiene el original para un grupo de referencia que puede o no ser «el punto de vista común de la gente aquí y ahora».

Algunas interpretaciones son nuevas o innovadoras. Esto es posible de una de las dos siguientes formas. Una interpretación puede ser nueva u original al explicar por primera vez el significado que el original tiene (o tuvo en algún tiempo pasado o para algún grupo diferente). El significado no es nuevo. Es el significado convencional del original. Pero nunca había sido articulado o explicado explícitamente, al menos no de esta forma. En este sentido una interpretación convencional (tanto como una conservante) puede ser nueva u original. Reservaré el término «innovadora» para designar las interpretaciones que muestran que el original tiene un significado distinto al que comúnmente tiene para la gente (o tuvo para la gente en el pasado). La posibilidad auténtica de interpretaciones innovadoras es problemática. ¿Cómo pueden reconciliarse las tres proposiciones siguientes que yo he aseverado? (1) Que un original significa aquello que significa para alguna gente o grupo. (2) Una interpretación innovadora muestra que el original tiene un significado distinto al significado que comúnmente tiene. (3) Una interpretación no es una creación libre, explica un significado que tiene un original. La disolución de este problema pertenece a otra ocasión.

Estas observaciones apuntan a una complejidad ulterior. Si lo que es interpretado puede tener varios significados, entonces puede haber varias interpretaciones diferentes aunque válidas de ello. Una distinción ulterior nos ayudará a esclarecer esta idea. Diremos que dos interpretaciones son compatibles si pueden combinarse en una comprensión más compleja y abarcadora del original sin convertirlo en auto-contradictorio. Una interpretación de una novela, por ejemplo, puede subrayar su significación social, como un retrato del ascenso de una nueva clase industrial, con una voz diferenciada. Otra interpretación puede subrayar las reacciones psicológicamente complejas de la heroína hacia su padre y sus efectos en el resto de su vida. Una tercera interpretación puede centrarse en la forma en que el autor usa y transforma la «narración en primera persona» como técnica narrativa. Aunque diríamos al hablar de estas cosas que cada una de estas críticas literarias tiene una interpretación diferente de la novela, todos sabemos que no hay conflicto alguno entre ellas. Es así si pueden combinarse en una concepción más ampliamente comprensiva de la novela. Cuando esto es posible, las interpretaciones son compatibles.

Las interpretaciones incompatibles ofrecen concepciones del original en conflicto. No pueden contemplarse como partes complementarias de una interpretación “completa” o “exhaustiva”.⁵ Así las interpretaciones que atribuyen a los personajes de una novela motivaciones inconsistentes y los toman (i.e. a los personajes) por consistentes son incompatibles. Cuando lo que se interpreta puede ser ejecutado, y los aspectos de la ejecución a los cuales las diferentes interpretaciones se refieren no pueden combinarse en una única ejecución, las interpretaciones son inconsistentes. Así, si una interpretación de un poema requiere una lectura de una manera que es inconsistente con otra interpretación, entonces las dos son incompatibles. ¿Tiene que ser al menos una de ambas interpretaciones errónea? Como veremos, no es necesariamente así. Si un original puede tener varios significados, entonces las dos posibles interpretaciones incompatibles pueden ser ambas válidas. Son ambas válidas si cada una logra revelar uno de los significados del original.

Con esta distinción en nuestro poder puede sugerirse que una interpretación es juzgada como correcta o incorrecta, acertada o errónea, si es juzgada con un estándar que excluye la validez de más de una interpretación incompatible. Las interpretaciones serán juzgadas como buenas o malas si son juzgadas por un estándar que admite la validez de interpretaciones incompatibles.

Es interesante no referirse a una interpretación como verdadera, aunque pueda ser verdadera para el original o para alguna otra cosa (la versión del maestro del intérprete, por ejemplo). Al mismo tiempo las proposiciones interpretativas («Hamlet estaba celoso de su tío») pueden ser verdaderas o falsas, y su verdad o falsedad dependerán de si la interpretación que ofrecen es correcta (o buena). La verdad de un enunciado interpretativo que expresa (un elemento) de una interpretación válida, la cual admite la validez de interpretaciones incompatibles, debe, so pena de contradicción, ser comprendida como relativa a la interpretación. Por ejemplo, alguien puede decir: «Según la interpretación psicoanalítica de Hamlet su parálisis para actuar era debida a un conflicto entre un deseo y el sentido de culpa por tener ese deseo». En este ejemplo tenemos una verdad incondicional de un enunciado relativizado. Más usualmente la proposición interpretativa aseverada no incluirá ninguna referencia explícita a la interpretación de la que es una expresión (parcial).

Cómo las interpretaciones incompatibles pueden ser válidas y qué significa decir que lo son, es otra tarea que permanecerá sin realizar en este trabajo.

⁵ Pongo estas palabras entre comillas simples porque hay razones independientes, que emergerán más adelante, para denegar la posibilidad de que una interpretación sea completa o exhaustiva en el sentido de ser algo más que compatible con ella y verdadera.

Su resolución no es necesaria para el examen del papel de la intención en la interpretación. Para evitar cualquier malentendido de las conclusiones que se siguen es importante destacar algunos elementos de la descripción más amplia desde el principio. La posibilidad de interpretaciones innovadoras, y la posibilidad de que varias interpretaciones mutuamente incompatibles sean todas buenas interpretaciones, son familiares a nuestro conocimiento general. Mi objetivo con las anteriores clarificaciones terminológicas era reconocer estos hechos. Plantean algunos problemas difíciles para un estudio de la interpretación, problemas que no pueden ser explorados en este trabajo. Pero, ¿los problemas no son acerca de si puede haber dos interpretaciones incompatibles y válidas? Sabemos que algunas veces es posible que las haya. Los problemas residen en cuándo es posible y qué significa decir que una obra tiene dos significados. ¿Es el significado hallado o impuesto a una obra? ¿Cómo puede una interpretación ser a la vez verdadera de un original e innovadora? Estos son los problemas de cómo deben comprenderse determinados hechos familiares acerca de las interpretaciones. No dudamos de su existencia. Es por ello que es importante reconocerlos incluso en este trabajo que proporciona sólo un comienzo de un estudio de la interpretación.

2. La intención

(A) *El argumento simple para la tesis de la intención*

Algunos autores han afirmado que todas las interpretaciones lo son necesariamente de una intención del autor, o alternativamente que las interpretaciones de cualquier original son válidas sólo si captan las intenciones de los autores de tal original. Algunos significan por ello literalmente lo que dicen, esto es, que nada que no permita ser juzgado por su adecuación a la intención del autor cuenta como una interpretación. Otros consideran este punto como meramente formal. Algo cuenta como una interpretación sólo si es adecuado para presentarla como reveladora de una intención del autor, aunque esto no haya de ser tomado literalmente. Puede referirse a un autor ficticio de un original que no es el producto de ninguna intención del autor, como cuando interpretamos una práctica por referencia a la intención de la gente. Puede también referirse a un autor ficticio cuando interpretamos un original que tiene un autor real. Por ejemplo, podemos proponer una interpretación de una ley como correcta porque representa la intención que un legislador ideal habría tenido si hubiera promulgado tal ley.⁶

⁶ Véase entre otros S. Knapp y W. Michels, «Against Theory», *Critical Review*, 8 (1982), 723; S. Fish, en -entre otros lugares- *Doing What Comes Naturally: Change, Rethoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, (Durham: Duke University Press, 1989), 296,

Esta concepción me parece artificial e inútil. Los comentaristas que proponen una interpretación de las corrientes culturales de los años ochenta no creen que están expresando las intenciones de alguien, ni la gente que aprende de tales interpretaciones las consideran como revelando las intenciones de alguien. Exploran el significado de las corrientes culturales y de sus causas y efectos. Es claro que cuando hablamos del significado de algo podemos imaginar un ser real o ficticio que intenta realizar aquello a lo que atribuimos dicho significado. Algunas veces presentar las interpretaciones en estos términos es divertido. Otras veces no lo es. Pero, excepto que estén afectadas intenciones reales, hablar de intenciones hipotéticas de gente ficticia raramente es de ninguna importancia real. No nos permite progresar en nuestra comprensión de ninguna manera.

Es discutible si la interpretación jurídica tiene que ver sólo con originales (constituciones, leyes, precedentes, los textos en que fueron formuladas, reglas jurídicas y doctrinas, y el derecho mismo) que son criaturas de actos humanos que intentan crear constituciones, leyes, precedentes, etc. Pero ello no puede tomarse como garantizado desde el principio. Al menos una excepción a la regla es clara. Las prácticas jurídicas y judiciales son posibles objetos de interpretación y, aunque ellas son funciones de actos humanos intencionales, es claro que no son necesariamente (de hecho, muy difícilmente lo son) creadas por nadie que hiciera la acción precisamente de crearlas, i. e. crear las prácticas con las características con las cuales la práctica ha emergido. Sin embargo, dado que la mayor parte de la interpretación jurídica lo es de productos de creación deliberada, es poco sorprendente que una exigencia de la «teoría de la interpretación jurídica» sea la pretensión de que el propósito de la interpretación jurídica es establecer las intenciones de los legisladores. Denominaré a esta versión extrema de esta concepción *la tesis radical de la intención*. Afirma:

Una interpretación es correcta en derecho si y sólo si refleja la intención del autor.

Hay una gran cantidad de error en esta doctrina. Pero no es culpable de todas las objeciones que ha levantado en su contra. Ello significa que, aunque ha sido muy eficazmente discutida por muchos autores,⁸ es necesario volver sobre ella de nuevo. Hay tres clases de objeciones que usualmente se aducen contra esta tesis. Primero, no hay razón para basar la interpretación

y «Play of Surfaces: Theory and Law» en G. Leyh (ed.), *Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice*, (Berkeley, Calif.: University of California Press, 1992); A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1992).

⁸ Entre ellos me parecen particularmente útiles G. C. MacCallum Jr., «Legislative Intent» en R. Summers (ed.), *Essays in Legal Philosophy* (Oxford: Blackwells, 1968); R. Dworkin, *A Matter of Principle*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985), cap. 3.

en la intención del autor. Segundo, es imposible en principio establecer la intención relevante del autor y, a menudo, dicha intención no existe. Tercero, tal y como es practicada por los tribunales y sancionada por las prácticas judiciales, la interpretación no consiste, o no consiste exclusivamente, en establecer la intención del autor.

La primera clase de objeciones es claramente errónea. Pero hay en ella la suficiente verdad como para provocar nuestro paso a una tesis mucho más limitada. Comentaré esta primera clase para regresar a las otras sólo en la siguiente sección. Hay una razón fuerte para interpretar las leyes y los precedentes de acuerdo con las intenciones de sus autores. Puede ser útil para explicar este punto comenzar con una explicación errónea de él. Pensemos en la interpretación de las leyes como caso central. Algunos dirán que hay un argumento democrático que apoya la tesis radical de la intención. De acuerdo con el argumento, la teoría democrática requiere que la ley sea determinada por la voluntad del pueblo tal como es expresada por sus representantes elegidos democráticamente. Por lo tanto, puesto que el derecho legislado es el derecho tal como es establecido mediante la interpretación de las leyes, la teoría democrática requiere que las leyes sean interpretadas de acuerdo con las intenciones de los miembros de la legislatura elegidos democráticamente. He presentado el argumento de una forma muy tosca. Mucho de lo que es erróneo en esta presentación puede ser fácilmente corregido sin mella para su fuerza. Pero se mantiene un problema más importante. Se aplica sólo a las democracias (en realidad sólo a las democracias de cierto tipo). El derecho existe en muchos países no-democráticos y, como estamos buscando una comprensión general de la interpretación jurídica del derecho creado por actos de legislación, este argumento no funciona. Al menos no funciona así planteado. Debe ser generalizado para aplicarlo a regímenes no democráticos también. Ello no debe ser especialmente difícil. Basta con señalar que la justificación -real o supuesta- de confiar los poderes de legislar a algunas instituciones no tiene sentido excepto que las leyes hechas por aquellas instituciones sean las leyes que ellas intentan hacer. Lo que sigue es una generalización de este argumento:

Dar a una persona o a una institución poderes legislativos es confiarle el poder para crear derecho por actos que intenten crearlo, o al menos que comprometen con el conocimiento de que crean derecho.⁹ No tiene sentido dar a una persona o cuerpo poder legislativo si no se asume que el derecho que crean es aquel que intentan crear. Asumamos lo contrario. Asumamos que el derecho creado por la legislación no guarda relación alguna con el

⁹ Típicamente, los poderes legislativos comportan la obligación de ejercerlos con deliberación. Tales deberes pueden jugar su papel en la revisión judicial de la acción legislativa. Pero estos son rasgos contingentes. El argumento no se apoya en su presencia.

derecho que el legislador intentó crear. Para que este supuesto sea completamente imaginable el legislador debe ignorar qué derecho se crea por sus acciones. Si el legislador puede predecir que si hace una cosa un impuesto se incrementará en cierta cantidad y si hace otra disminuirá en cierta cantidad, entonces considerará que esa acción tiene el efecto que él desea que tenga, esto es, el derecho que crea será el derecho que intenta crear.

Para asumir que el derecho creado por la legislación no es aquél que quería el legislador, debemos asumir que el legislador no puede predecir qué derecho está creando cuando la legislatura aprueba cualquier disposición legislativa. Pero si esto fuera así, ¿por qué importaría quiénes fueran los miembros de la legislatura, que fueran elegidos democráticamente o no, que representaran diferentes regiones del país, o clases de la población, que fueran adultos o menores, cuerdos o dementes? Dado que el derecho que ellos terminarían creando no representaría sus intenciones, el hecho de que sus intenciones fuesen estúpidas o clarividentes, parciales o imparciales, en interés propio o guiadas por el interés público, carecería de relevancia. Sería distinto si hubiera algún mecanismo de la mano invisible o un procedimiento de voto, que garantizara leyes deseables con independencia de las creencias e intenciones de los legisladores, o tal vez como una función de estas creencias e intenciones, aunque una función que no se adecuara a ninguna de estas intenciones. Pero tal mecanismo no existe,¹⁰ y nuestro concepto de legislación está moldeado por el patrón de los acuerdos institucionales que sabemos o creemos posible que se produzcan en el mundo real. De forma que la verdadera idea de las instituciones legislativas es la de instituciones que pueden crear el derecho que intentan crear. Ninguna supuesta justificación de las instituciones legislativas que no incluya tal presuposición puede tener sentido. Ninguna puede ser creíble.

Siendo éste el mejor argumento que conozco en apoyo de la concepción según la cual la interpretación debe reflejar las intenciones de los legisladores, ha de conceder en seguida que no alcanza a vindicar la fuerza completa de la tesis radical de la intención. El argumento apoya la conclusión de que

En la medida en que el derecho deriva de la legislación deliberada, su interpretación debe reflejar las intenciones de su legislador.

¹⁰ Los dos únicos tipos de mecanismo de la mano invisible que conozco, i. e. los argumentos democráticos que sugieren que los representantes tienden a expresar los deseos de la gente a la que representan y los argumentos tipo Hayek al efecto de que el common law tiene ventajas para la eficiencia del mercado, asumen que el mecanismo funciona a través de las creencias e intenciones de los legisladores y los tribunales. Recientemente J. Waldron ha sugerido la posibilidad de tres explicaciones diferentes para un mecanismo de la mano invisible. El hecho, que por razones de espacio no puede argumentarse aquí, de que ninguna de ellas sea plausible refuerza mi conclusión. Véase «“Legislators” Intentions and Unintentional Legislation» en A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation* (Oxford: Oxford University Press, 1995).

Llamémosla tesis de la intención de la autoridad, para subrayar que el modo según el cual el argumento apoya la tesis descansa sobre la noción de autoridad y sus justificaciones aceptables. Es discutible si el derecho descansa completamente sobre la autoridad de los legisladores. Parece suficientemente claro que éste no es el caso en relación con el derecho consuetudinario. Está lejos de ser claro si el common law es más semejante al derecho legislado, con las decisiones que se convierten en precedentes si deliberadamente son asumidas como tales por un tribunal con autoridad para obligarse a sí mismo o a otros tribunales. O si el common law es verdaderamente derecho consuetudinario, que consiste en las prácticas de los tribunales. No hay razón para pensar que es una cosa u otra. Podría ser un poco de ambas, tal vez con diferentes tradiciones que prevalecen en diferentes jurisdicciones del common law. De manera similar, en países con constituciones escritas de carácter rígido combinadas con una doctrina de la revisión constitucional, hay razones para considerar el derecho constitucional no como derecho promulgado sino como una rama especial y privilegiada del common law. Si esto significa que escapa al alcance de la tesis de la intención de la autoridad o meramente que las intenciones relevantes son las de los tribunales constitucionales, depende de la forma en que en el país concernido se comprenda la creación judicial del derecho.

Abandonaré, por tanto, la tesis radical de la intención como una tesis falsa en cuanto referida a la naturaleza del derecho en general; ya que aunque pueda ser verdadera de algunos sistemas jurídicos carecemos de argumentos para creer que es verdadera de sistemas jurídicos como los nuestros. Así, cualquier referencia en las siguientes páginas a la tesis de la intención lo es a la tesis de la intención de la autoridad que es la que será analizada.¹¹

(B) La presuposición valorativa de la tesis de la intención de la autoridad

Antes de abordar las objeciones a este argumento, uno de sus presupuestos, que será un rasgo destacado a través de todo este trabajo, debe ser subrayado. El argumento de la democracia fue rechazado en virtud de su dependencia de una determinada teoría normativa. Esto era visto como un defecto incluso si la teoría de la que dependía es válida. ¿Ello significa que las teorías de la interpretación no deben ser valorativas? Más bien no. El argumento

¹¹ Por comodidad de la expresión, me referiré de forma equivalente a legislación y a actos legislativos. Debe entenderse, sin embargo, que para los propósitos actuales «legislación» debe comprenderse de forma que se refiera solamente a los actos, legislativos deliberados. Afirmar un precedente como obligatorio es un acto de creación legislativa y, aunque no es verdaderamente un acto de legislación, será cubierto por el uso de «legislación» en las páginas siguientes.

generalizado para la tesis de la intención de la autoridad presentada antes depende de una premisa normativa. Es el supuesto de que, aunque el derecho pueda ser moralmente injustificable, debe comprenderse como un sistema que muchas personas creen que es moralmente justificable. A pesar de rechazar cualquier explicación de la naturaleza del derecho o de la interpretación jurídica que sea verdadera sólo si el derecho es moralmente bueno, debemos también rechazar cualquier explicación que no consiga hacerlo inteligible. Esto significa que cualquier explicación del derecho y de la interpretación jurídica debe, para ser aceptable, explicar cómo las personas creen que su derecho, el derecho de su país, es moralmente bueno.

Sería erróneo pensar que, puesto que las creencias de las personas en las cualidades morales de su derecho pueden estar equivocadas, la restricción sobre la aceptabilidad de las explicaciones del derecho que he descrito no pueden ser realmente significativas. Equivocadas como estas creencias pueden ser, deben ser creencias morales o políticas reconocibles, y no toda actitud hacia, o creencia acerca de otras personas u otras prácticas sociales, cumple con esta condición. El argumento generalizado para la tesis de la intención de la autoridad es un ejemplo de un argumento con resultados significativos para la comprensión del derecho, que no es nada más fuerte que el supuesto de que el derecho es moralmente inteligible, esto es, que la actitud de las personas hacia el derecho es moralmente inteligible, que es inteligible que ellos creen que el derecho debe ser moralmente obligatorio.

Desde este punto de vista, el supuesto no es un supuesto moral. No asume ni que el derecho es bueno ni que las creencias morales de las personas acerca de él son sólidas. Sin embargo, el supuesto es normativo por dos razones. En primer lugar, la distinción entre lo que es moralmente inteligible y lo que no lo es, es una distinción que depende de valoraciones. La concepción de cada uno de la moralidad colorea aquello que uno encuentra moralmente inteligible. No hay, es claro, ninguna conexión directa entre la concepción de cada uno de lo que es moralmente verdadero y lo que es moralmente inteligible. Concepciones morales diversas e inconsistentes pueden coincidir al menos en las grandes líneas de lo que es moralmente inteligible. Esta es la razón por la que la noción de inteligibilidad moral puede ser útil en una explicación del derecho, un tipo de institución social caracterizada por ser aceptada, a pesar de sus concepciones morales diferentes, por muchos que viven bajo él como moralmente buena. Pero nada de ello puede esconder el hecho de que, en el fondo, la noción de inteligibilidad moral es ella misma una noción moral, una cuyo empleo presupone concepciones morales sustantivas.

La otra forma en que la premisa de la inteligibilidad moral del derecho es una premisa normativa se hace patente cuando nos fijamos en los fundamentos

para aceptarlo. Estos consisten en que, aunque el derecho pueda ser moralmente muy defectuoso, e incluso pueda carecer de autoridad alguna, pretende que tiene autoridad (moral) y es, por tanto, inevitablemente contemplado así por aquellas personas que lo aceptan como obligatorio. Que el derecho sea moralmente inteligible se sigue del hecho de que muchas personas que viven bajo él creen que es moralmente adecuado o aceptable. Si es necesariamente el caso que la adecuación o aceptabilidad moral de cualquier sistema jurídico es creído por muchos de sus sujetos, entonces el derecho debe ser moralmente inteligible, ya que debe ser inteligible que ellos tienen esta actitud hacia su derecho. Todo ello es consistente con la situación, desafortunadamente demasiado familiar, de amplias poblaciones que viven bajo el yugo de un derecho opresor hacia el que no sienten lealtad alguna. Esto es verdad incluso si sólo un grupo de aquellos involucrados en la administración del derecho, en la dirección del gobierno, y algunos de los que se benefician de ello creen en la validez moral del derecho.¹² ¿Por qué aquellos involucrados en crear o aplicar el derecho deben creer en su aceptabilidad moral? Porque el derecho pretende determinar o reflejar los derechos y deberes (morales) de sus sujetos.¹³ Una persona no pretende hacer esto excepto que crea, o haga como si creyese, que sus acciones tienen realmente el efecto moral que pretenden tener. Decir esto añade poco a la premisa normativa de que el derecho pretende determinar o reflejar deberes morales, porque ninguna persona puede actuar de una manera que tenga este significado sin que haga parecer que cree que el hecho de que el derecho tenga este significado está justificado.

Esta línea de razonamiento deja lugar para la posibilidad de que los legisladores y los tribunales y los administradores estén actuando hipócritamente cuando fingen que creen en la aceptabilidad moral del derecho. Pero, dejando al margen el hecho de que es humanamente imposible que todos sean insinceros, en la medida en que nuestro argumento es afectado, ello no importa. El derecho debe ser moralmente inteligible incluso para aquellas personas que se sirven de las instituciones jurídicas para ser insinceros

¹² Era, es claro, central a la teoría del derecho de H. L. A. Hart que un sistema jurídico estaba en vigor en un país sólo si los funcionarios lo aceptaban (i. e. su regla de reconocimiento), y, aunque en los casos normales la mayoría de la población lo acepta también, esto no era necesario. Hart, sin embargo, no creía que la aceptación expresara necesariamente la creencia en la aceptabilidad moral del derecho.

¹³ Pretende determinarlos cuando la legislación pretende crear un nuevo derecho o deber. Pretende reflejar derechos y deberes morales cuando la legislación pretende incorporar en el derecho derechos y deberes morales que existen independientemente del derecho. Yo y otros hemos argumentado en favor de esta concepción demasiado a menudo en el pasado como para volver de nuevo a argumentarlo aquí. Véase, J. Raz, «Law, Morality and Authority» en *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Oxford University Press, 1994).

acerca de sus creencias. La insinceridad requiere de la misma credibilidad que la sinceridad.

He analizado detalladamente la argumentación presupuesta por la tesis de la intención de la autoridad parcialmente para destacar los supuestos subyacentes a tal tesis, que dicen mucho sobre la naturaleza del derecho, y parcialmente para ilustrar una de las formas en que presuponen supuestos normativos. La concepción de acuerdo a la cual el derecho pretende reflejar y determinar la moralidad misma depende de supuestos normativos. Algunos de ellos conciernen a la naturaleza de la moralidad (e. g. que una concepción sobre una cuestión moral es una concepción moral). Algunos son concepciones normativas acerca de la naturaleza de la acción humana (intencional) (e. g. que, excepto en caso de *akrasia*, es hecha en la creencia de que la acción no es contraria a la razón). Otros supuestos normativos presupuestos aquí están relacionados con el propósito y, por tanto, con los estándares de éxito de la explicación de las prácticas y las instituciones sociales (e. g. que las explicaciones que destacan el significado de estas instituciones y prácticas para la gente que participa en ellas o en sus actividades disfrutan de cierta prioridad entre tales explicaciones, y que sin ellas las prácticas y las instituciones no son propiamente explicadas). Así la tesis de la intención de la autoridad descansa en un número de premisas normativas. Para lograr las otras conclusiones deberá esperarse hasta más adelante.

© *¿Las intenciones de quién? ¿Qué intenciones?*

Abandonada la tesis radical de la intención en favor de una versión más sensata de la tesis de la intención, podemos volver a examinar brevemente las otras objeciones en su contra. Se ha introducido mucha ingenuidad en la discusión de a qué intención se refiere la tesis de la intención de la autoridad, a menudo por parte de los oponentes a tal tesis que buscan mostrar cómo las múltiples ambigüedades que planean sobre la cuestión frustran cualquier defensa sensata de la tesis de la intención de la autoridad. Lo máximo que puede salvarse, se sugiere a veces, es un ficción inocua según la cual la interpretación jurídica establece la intención de un autor ficticio. Aunque no hay duda de que las ficciones pueden ser inocuas, raramente permiten avanzar en la comprensión y, a menudo, ayudan a ofuscarla. En una discusión de teoría del derecho es mejor evitarlas. La tesis de la intención de la autoridad es útil sólo si se refiere a intenciones reales. Dejando aparte por ahora la cuestión de si hay suficientes razones para interpretar el derecho creado deliberadamente por la intención de su autor, la cuestión que surge es la de si hay una intención del autor que pueda ser una guía para la interpretación jurídica y si podemos saber cuál es. Me ocuparé brevemente de estas materias y evitaré el detalle de los argumentos necesarios para sustanciar las conclusiones alcanzadas más adelante.

En concreto, deseo decir pocas cosas sobre la cuestión epistémica. No hay buenas razones para pensar que no podemos saber cuál fue la intención con la que acciones pasadas fueron realizadas. Es cierto que a veces no somos capaces de tener un conocimiento determinado de las intenciones de la gente, pero ello no afecta a la tesis de la intención de la autoridad. Muestra que a veces no estamos seguros de si la interpretación adoptada es la correcta. Esto es así para cualquier concepción de la interpretación que se asuma.¹⁴

Un gran debate se ha ocasionado por el hecho de que la mayor parte de los legisladores son instituciones más que seres humanos individuales. ¿Cómo pueden las instituciones tener intenciones? La respuesta es que, si pueden actuar intencionalmente, después de mucha deliberación (e. g. después de discutir la cuestión durante horas en la Cámara de los Comunes para aprobar el proyecto tal como fue enmendado en la comisión), entonces pueden tener intenciones. No vemos ningún problema en atribuir intenciones a las sociedades, a los grupos y a las instituciones en la vida ordinaria, y el derecho asume que las sociedades y algunos otros sujetos de derecho que no son seres humanos pueden actuar intencionalmente. Algunos teóricos opinan que la referencia a agentes institucionales o societarios es una mera forma resumida de referirse a agentes individuales («el presidente del consejo de administración», «uno de los directores ejecutivos», «la mayoría de los socios votando en la asamblea general anual», etc.). Esta concepción (que se conoce como individualismo metodológico) es errónea, aunque no puede ser considerada aquí.¹⁵ En lo que sigue supondré que las instituciones son agentes que pueden actuar intencionalmente.

Esto nos permite considerar todas las tesis referidas a las relaciones entre las acciones de una institución y las acciones de sus miembros o cargos directivos. Una tesis que debe ser tomada en serio es aquella que sostiene que una institución sólo puede actuar intencionalmente en virtud de la actuación intencional de algunos seres humanos. Esto es, una institución sólo actúa cuando algunos de sus miembros o cargos directivos actúan, y actúa intencionalmente sólo si ellos lo hacen. No estoy seguro de si esta tesis puede considerarse válida generalmente. (Es posible, por ejemplo, que en algunos contextos una institución cuyas reglas convierten a ciertas consecuencias en altamente probables a través de la inacción, incluso de la ignorancia,

¹⁴ Puede pensarse que no todas las concepciones de la interpretación la hacen susceptible de duda y responsable de errores en la misma medida, y que hay buenas razones de prudencia para seguir un método de interpretación que sea menos propenso a errores y dudas. Sin embargo, como se verá más adelante, la tesis de la intención no es un método de interpretación y no es susceptible de esta objeción.

¹⁵ Véase la excelente discusión de D. Ruben, *The Metaphysics of the Social World* (London: Routledge, 1985).

de sus miembros y cargos directivos pueda, sin embargo, decirse que actúa intencionalmente produciendo tales consecuencias.) Pero la tesis parece plausible cuando es aplicada a los actos legislativos, al menos cuando dichos actos involucran el voto u otras manifestaciones del acuerdo y me apoyaré en ella. Algunas veces se dice que la intención de los miembros o cargos directivos es atribuida a la institución. Esta forma de plantear la cuestión puede reforzar la concepción de que las instituciones no existen y que la referencia a ellas no es más que una forma de referirse resumidamente a seres humanos. Sin embargo, no es preciso ser víctimas de este error para aceptar la tesis de que las instituciones legislativas actúan sólo si sus cargos directivos o miembros actúan, i.e. sólo a través de la acción de sus cargos directivos o miembros.

La cuestión de a través de quién actúan los legisladores es determinada por su constitución. No hay, por tanto, una respuesta teórico jurídica general a la pregunta de a través de quién actúan los legisladores. Depende completamente de quiénes sean los legisladores. Y la respuesta a la pregunta es también la respuesta a la pregunta de qué intención es «atribuida» a la institución. Algunos consideran el hecho de que la legislatura promulgue una ley si (normalmente) una mayoría de aquellos que votan a favor de ella como una fuente de perplejidad. La mayoría no es una persona. Las personas que constituyen la mayoría una vez no son las mismas que la constituyen otra vez. Nada de ello tiene por qué producir perplejidad. Significa únicamente que las acciones e intenciones de personas diferentes se atribuyen a la legislatura en momentos diferentes.

Esto nos lleva a una serie ulterior de preguntas: ¿cuáles, entre las diferentes intenciones, cuentan? Cuando las personas actúan intencionalmente tienen más de una intención. Intentan examinar los contenidos del frigorífico, ir a la cocina, abandonar la sala de estar, pasear, cruzar una cierta distancia, etc. Un miembro de la legislatura que vota a favor de un proyecto de ley puede intentar ganarse el favor del electorado, aparecer como valiente y decidido ante sus hijos, aliviar las aflicciones que sufren los progenitores solteros (supongo que el proyecto les beneficia de alguna forma), etc. ¿Cuáles de estas intenciones importan para la interpretación de la legislación? Puede pensarse que aquí también la respuesta es una cuestión relativa a la constitución del cuerpo legislativo. Es ésta la que determina qué acción ha de ser emprendida y con qué intención para que la acción sea un acto de creación de derecho. Hasta cierto punto es así. Pero esta vez es preciso decir algo más desde una perspectiva teórico-jurídica. La noción auténtica de legislación no es un concepto jurídico particular sino general. Aunque cada sistema jurídico pueda determinar quién, en su jurisdicción, tiene el poder legislativo y cómo debe ejercerse, no puede determinar qué sea la legislación.

La elucidación de tal noción es una tarea teórica. Y esta es una tarea que no puede llevarse a cabo sin referirse a la intención legislativa.

Intentemos identificar la legislación sin referencia a la intención legislativa. Supongamos, por ejemplo, que un acto es un acto legislativo si, de acuerdo al derecho, el resultado de su realización es que una nueva ley entra en vigor. Esto no lo convertiría en un acto legislativo. Consideremos la posibilidad de una persona que legislara por comerse un melón. Si se lo come, una ley que prohíbe las huelgas entra en vigor. El ejemplo es ridículo puesto que estamos buscando ejemplos para un fenómeno que, aunque es posible, carece de instancias en la vida real. Supongamos que la legislatura ha aprobado una ley que establece que si John Doe se come un melón antes de Navidad entonces las huelgas serán prohibidas. Si hubiera tal ley, sería comparable a una ley que estipulara que en todas las regiones afectadas por un terremoto de fuerza 6 o mayor sus residentes serán compensados por el gobierno por todos los daños causados por el terremoto. Esto es, el evento al que se otorga significación jurídica (terremotos o comer melones) no es en sí mismo un acto legislativo. La legislación es creada por el parlamento de la manera usual. Establece que el evento tendrá determinadas consecuencias jurídicas.

El ejemplo ha de entenderse bajo el supuesto de que John Doe no es consciente de la capacidad jurídica que sus hábitos culinarios han adquirido. Bajo este presupuesto, el hecho de que su acción efectúe un cambio en el derecho, o en los derechos y deberes de los individuos, no convierte a este hecho en legislación de igual modo que la ocurrencia de un evento natural que efectúa un cambio en el derecho, o en los derechos y deberes de los individuos, no hace de este hecho un evento legislativo. Sólo los actos ejecutados con la intención de legislar pueden ser actos legislativos. La razón es que la noción de legislación conlleva la idea de confiar poder sobre el derecho en las manos de una persona o institución, y esto comporta confiar un control voluntario sobre el desarrollo del derecho, o un aspecto de éste, en las manos del legislador. Esto es inconsistente con la idea de legislación inintencional.¹⁶

¹⁶ Puede ser que esta condición sea demasiado fuerte. Si la idea básica de la legislación es que confía al legislador una medida de control sobre el derecho, entonces todo lo que se requiere para que un acto sea un acto legislativo es que sea ejecutado con el conocimiento de que afectará al derecho. Esto posibilita al legislador asumirlo solamente si él está deseando producir tal cambio. Pienso que el balance del argumento favorece la condición de la intención antes que la del conocimiento. Pero las dos son difíciles de evaluar con independencia de la práctica. Por razones muy convincentes, la mayoría de los sistemas jurídicos aíslan los actos legislativos, esto es, asignan efectos legislativos a actos (votar, firmar, declarar, etc.) que no tienen consecuencias (o tienen tan pocas como sea posible) más que aquellas que se siguen de sus efectos legislativos (o de la expresión de una intención de legislar). En general, un acto de legislación

Continuando con el mismo argumento, advertimos que la legislación exige no sólo intención de legislar, requiere conocimiento acerca de lo que se legisla. Dificilmente se controla el desarrollo de un aspecto del derecho si, mientras que es posible cambiar el derecho mediante actos dirigidos a ello, no se puede conocer qué cambios en el derecho conlleva esa acción. La sugerencia natural es que los legisladores crean el derecho que intentan crear, y que crean derecho mediante la expresión de la intención de hacerlo. Siguiendo un trabajo estándar en la teoría de los actos de habla,¹⁷ y evitando complicaciones técnicas excesivas, decimos que *A*, un agente que posee autoridad jurídica para crear una norma que *p*, legisla (i. e. crea derecho) que *p* (donde *p* es una variable para el enunciado del contenido de una norma) mediante la ejecución de una acción que expresa la intención que *p* se convierta en derecho en virtud de la expresión manifiesta de esa intención.¹⁸

Pero esta caracterización de la intención requerida está abierta a una objeción obvia: los legisladores, seguramente, desconocen los detalles precisos de la legislación por la que ellos votan. Muchos conocen solamente sus líneas generales, y algunos pueden tener muy poca idea acerca de aquello sobre lo que están votando. La objeción está basada en un punto válido, pero ha de interpretarse cuidadosamente. Si, en la fórmula acerca de la intención requerida, *p* se sustituye por un enunciado acerca del contenido de la legislación, entonces la objeción es válida ya que esta intención no es necesaria

típicamente no es nada excepto la expresión de una intención de legislar. En esas circunstancias, la razón para legislar no es otra que legislar. Los actos legislativos son aislados precisamente para lograr este efecto.

¹⁷ En particular el trabajo de Grice y Strawson. Véase Grice, *Studies in the Way of Words*, (Cambridge, Mass.: Harvard, 1989) y P. F. Strawson, «Intention and Convention in Speech Acts» en *Logico-Linguistic Papers* (London: Methuen & Co., 1971).

¹⁸ Un par de clarificaciones: Primero, los enunciados acerca de que la legislación convierte en derecho que *p*, y el que un acto legislativo manifieste una intención de que *p* se convierta en derecho, deben ser entendidos como no comportando la implicación normal de que, al momento del acto, *p* no es y/o no se cree que sea derecho. Una promulgación puede simplemente proporcionar una nueva fuente jurídica (adicional a las existentes o reemplazándolas) para que *p* sea derecho. Segundo, me he referido a la intención por la cual el acto mismo de expresar la intención de modo manifiesto será una fuente de derecho, porque la publicidad de los actos legislativos parece ser de su esencia. Pero esa publicidad puede ser secreta, si la legislación no es difundida para la población general. Todo lo que se niega es que la legislación pueda consistir en un acto mental privado. Siguiendo a Grice se puede pensar de la legislación como requiriendo una intención de que sea reconocida como tal, i. e. como un acto de legislación o una intención de legislar. Pero esa condición puede ser innecesariamente estricta en este caso, así como también en el caso de otros actos de habla. Para una evaluación crítica de la aplicación del modelo de Grice a la legislación véase H. Hurd, «Sovereignty in Silence» en *Yale Law Journal* 99 (1990), 945. Mi propio punto de vista es que Hurd muestra la necesidad de relajar las condiciones requeridas por Grice para que la comunicación se produzca. Claramente las dificultades que ella señala afectan no solamente a la legislación sino otras instancias ordinarias, de comunicación (que no son cara a cara).

para la legislación. Así, para una buena caracterización de la intención exigida, la explicación provisoria (parenthetical) a los efectos que p es una variable para enunciados sobre el contenido del derecho ha de ser modificada para explicitar que, mientras la intención debe identificar la norma promulgada, no necesita identificarla mediante un enunciado comprensivo de su contenido. La forma más relajada de esta condición será decir que hay alguna descripción del derecho, p , tal que una persona adecuadamente autorizada legisla mediante la ejecución de una acción que expresa la intención de que p se convierta en derecho en virtud de que esa intención ha sido expresada de manera manifiesta.

¿Existe siempre tal descripción? Para que tenga éxito la caracterización de la naturaleza de la intención requerida por un acto para ser calificado como un acto legislativo debe ser el caso que, cuando se legisla, se intenta, bajo alguna descripción, hacer que lo que se está legislando se convierta en derecho. Creo que esto es así, y que la siguiente descripción está presente en todos los casos, salvo circunstancias muy excepcionales.¹⁷ Una persona legisla (votando una ley, etc.) mediante la expresión de la intención de que el texto de la ley que está votando será -cuando es comprendido como tales textos son comprendidos en la cultura jurídica de su estado al ser promulgados en las circunstancias en la cual éste es promulgado-¹⁸ derecho.¹⁹

Entendida de este modo, la intención requerida es mínima, y no incluye ninguna comprensión del contenido de la legislación. Podemos esperar que esta intención esté casi universalmente presente en los actos legislativos.²⁰ Pero, dado que es mínima, podría objetarse que no es suficiente para satisfacer

¹⁷ Nótese que mi pretensión aquí es más fuerte que la exigida por la tesis. Ésta requiere sólo que cualquier legislador asuma el acto de legislación con alguna intención que satisfice las condiciones especificadas antes. No exige la existencia de una intención que esté presente en todos esos actos.

¹⁸ Esta cualificación es vital. El derecho es -por así decirlo- el significado de una emisión lingüística en un contexto específico, más que un texto vacío de contexto.

¹⁹ Esta intención no ha de ser equiparada con la intención de que ésta será el derecho del país. Es la intención de que una ley sea derecho, i. e. una razón jurídica prima facie, la cual tiene efectos junto a otras -algunas veces competitivas- normas jurídicas y doctrinas. Para simplificar he omitido mencionar aquí el requisito de que la intención para hacer que una ley se convierta en derecho por medio de esta misma intención sea expresada abiertamente.

²⁰ Las dos excepciones son casos cuando no se conoce que uno está votando por una ley como puede ocurrir cuando se opera de modo accidental la palanca de la máquina para votar, o yendo borracho a las sesiones de votación, o cuando uno conoce que su acción es una acción de votar pero no lo hace para convertir la ley en derecho sino para escapar a un chantaje u otra consecuencia accidental. Como ha sido ya remarcado, los sistemas jurídicos desarrollan en gran medida mecanismos para minimizar que estos casos ocurran. Están, por consiguiente, justificados, dado el interés en la claridad acerca de si un acto de legislación ha tenido lugar o no, al presumir que todos los actos de votación expresan una intención de legislar, en el sentido explicado. La misma existencia de tal presunción absoluta hace más probable que los legisladores voten sólo cuando ellos tiene la intención relevante.

las razones de la exigencia, explicada anteriormente, de que la intención esté presente, esto es, que la legislación es un acto de crear el derecho que se intenta producir. Pero la objeción carece de fundamento. La intención mínima es suficiente para preservar la idea esencial de que los legisladores tienen control sobre el derecho. Los legisladores que tienen la intención mínima conocen que están, en los casos en que son mayoría, creando derecho y saben cómo detectar el derecho que están produciendo. Todo lo que deben hacer es establecer el significado del texto que tienen delante de ellos, una vez entendido que el significado estará acorde con la cultura jurídica, asumiendo que será promulgado en esa ocasión. Por supuesto, es difícil imaginar una teoría de la autoridad que no demande mucho más, esto es, que no demande que las autoridades, antes de suscribir la legislación propuesta, elaboren un juicio ponderado acerca de ésta. Pero es inteligible que el derecho dejase a los mismos legisladores el juicio acerca de lo que se necesita exactamente conocer e intentar para satisfacer este requisito moral. Por consiguiente, un sistema jurídico que no requiere ninguna intención más específica es inteligible.

Como vimos, esta caracterización de la intención legislativa relevante es la intención mínima requerida para que un acto sea un acto legislativo. No es infrecuente que el derecho haga depender la validez de la legislación de condiciones mentales adicionales. Una condición previa típica para la validez de la legislación subordinada en países del *common law* es que sea adoptada con la intención de promover uno u otro fin de una lista de fines jurídicamente estipulados. Cuando esto es así, la interpretación de tal legislación puede apoyarse también en estas intenciones. Así, la respuesta a la cuestión acerca de cual intención es relevante para la interpretación de normas jurídicas legisladas viene dada en dos partes. La primera se refiere a la intención especificada anteriormente que es necesaria para que cualquier acto cuente como un acto legislativo. La segunda parte se refiere a las intenciones adicionales, si hubiese alguna, que el derecho de diferentes países -mediante legislación, *common law* o la cultura jurídica aceptada del país hace relevante para la interpretación del derecho legislado.

3. Interpretación y Legitimación

Hasta aquí he tratado de dar el fundamento más fuerte, según mi conocimiento, para la tesis de la intención de la autoridad. Pero el mismo argumento para la tesis, la misma forma que ese argumento dio a la tesis, suscita dudas acerca de qué es lo que la tesis estableció exactamente. Vimos que, como el argumento para la tesis de la intención de la autoridad es un aspecto de la doctrina de la autoridad, la intención por la cual la legislación debe ser interpretada es la intención requerida para legislar. La autoridad posee realmente

control sobre el derecho sólo cuando su legislación es interpretada en este modo. Dejando de lado consideraciones acerca de las regulaciones jurídicas específicas de las prácticas legislativas en este o aquel país, la intención, parafraseando lo dicho anteriormente, es la intención de decir lo que normalmente se entendería como dicho, dadas las circunstancias en las cuales se dijo. Esto podría impactarnos como posiblemente verdadero aunque no es la respuesta útil que estamos buscando.

Considérese la siguiente objeción a la tesis de la intención de la autoridad. Demos por garantizado que casi cualquier legislador imaginable *puede* tener la intención estándar estipulada por la tesis. Pero, ¿deben todos ellos tenerla? ¿Qué hay para prevenir a cualquier legislador de intentar que la ley que él está votando favorablemente sea comprendida como sería comprendida si fuese interpretada conforme al código místico para la interpretación de los textos sagrados de la secta religiosa a la cual él pertenece? La respuesta es presumiblemente que él no puede intentar ser interpretado de ese modo, porque él conoce que no lo será, y que no se puede, al menos en esas circunstancias, intentar aquello que se sabe que no sucederá. Pero, el objetor puede cuestionarnos otra vez: ¿debe asumirse que no sucederá? Si su intención es conocida y si tengo razón en decir que la legislación es inteligible solamente si es interpretada mediante la intención del legislador, entonces ¿estarían los tribunales y los individuos generalmente obligados a seguir la intención del legislador de que su ley sea leída a la luz del código místico? Hasta aquí esta línea de razonamiento es fundada, pero no constituye una objeción a la tesis de la intención de la autoridad. El legislador puede convertir al código místico en el método de interpretación de algunos o todos sus actos. Todo lo que ha de hacer es expresar una intención de que así sea. Pero cuando expresa esa intención, será por medio de un acto que será interpretado como tales actos son normalmente interpretados mediante las convenciones prevalecientes en ese tiempo. Esto es, mientras los legisladores pueden cambiar las convenciones de interpretación, deben hacerlo mediante la expresión de una intención para esos efectos, una intención que en sí misma debe ser expresada conforme con la tesis de la intención de la autoridad.

En el ciclo de convención e intención, la convención viene primero. No en el sentido de que debe seguirse la convención antes que la intención, sino en el sentido de que el contenido de cualquier intención es aquello que ha sido interpretado conforme a las convenciones interpretativas de tales expresiones en ese momento. Y este es el caso aún con respecto a la intención que, una vez expresada, cambia aquellas convenciones.

Supongamos que no estamos investigando acerca de las relaciones entre intención y el derecho promulgado a través de su expresión sino acerca de

las relaciones entre lo que los individuos significan (i. e. intentan decir) y lo que ellos dicen, y la respuesta es que ellos intentan decir lo que han dicho. Aún si esto es verdad, difícilmente ayuda a interpretar lo que se dijo mediante referencias al significado otorgado por el hablante. Esto es realmente verdadero. No expone ningún defecto en los argumentos mencionados anteriormente. Sólo indica que la tesis de la intención de la autoridad, aunque válida, no juega ningún papel en la interpretación de la legislación. Podemos comenzar examinando este punto concentrándonos en la interpretación del lenguaje ordinario (o escritura ordinaria). Por supuesto, algunas veces los individuos dicen cosas que no querían decir, y quieren decir cosas que fallan en manifestar. Aquellos casos resultan de un control incompleto del lenguaje, una pérdida momentánea de control de los aspectos físicos de los actos de habla, o de un impedimento permanente sobre tal control, o de una confusión momentánea de ideas, como cuando se quiere decir «el horno está encendido» y en cambio se dice «el frigorífico está encendido» o en casos de dislalia (*spoonerism*). Pero no se sigue de esto que cuando hablamos primero tenemos la intención de decir algo, y luego tratamos de decirlo, siendo así siempre una cuestión abierta si se dijo lo que intentaba. Más bien, dejando aparte excepciones como las indicadas, uno significa lo que dice. No hace falta más para haber intentado decir *p* que haber dicho *p*, sin que se presente ninguna de las excepciones. Una excepción es cualquier explicación de lo que fue mal que establece, o bien que se estaba intentando decir algo o se había formado la intención de decirlo y se fracasó, o bien que no se quiso decir lo que se dijo a pesar que no había nada específico en lo que se intentó.²¹ Pero ninguna condición permite que normalmente digamos que lo que se intentó es una cuestión de establecer una correlación entre dos variables independientes, intención y acción.

Así la manera normal de descubrir lo que una persona intentó decir es establecer lo que dijo. La idea de que el proceso puede ser revertido confunde el caso excepcional, en el cual la acción fracasa y se falla en decir lo que se intenta decir, con el caso normal. Lo mismo es verdad de la legislación, y todavía más. Dado que normalmente la legislación está institucionalizada en un modo en que virtualmente remueve el riesgo de un *lapsus linguae*, pérdida de control físico, y otra explicación de acciones fallidas, y dado que cualquier teoría concebible de la autoridad fomenta la relativa claridad en demarcar lo que cuenta como un ejercicio de autoridad y lo que no, la posibilidad de ir más allá de lo que se dijo para establecer lo que se intentaba decir deviene muy escasa. Para propósitos prácticos, ésta puede desaparecer por completo.

²¹ Este punto se aplica a la relación entre intención y acción en general.

Se sigue que mientras la tesis de la intención de la autoridad es válida, ésta no provee una ayuda para la interpretación. Una vez que sabemos lo que la legislación significa, conocemos lo que el legislador significó. Él dijo eso. ¿Se sigue que la tesis de la intención de la autoridad es verdadera, pero vacía? No exactamente.

Primero, recordemos que los legisladores tienen muchas intenciones. Estamos considerando la intención mínima necesariamente requerida por la legislación, la que hemos llamado la intención mínima. Algunos sistemas jurídicos pueden especificar otras intenciones adicionales como relevantes para la interpretación, por ejemplo, la intención de conseguir ciertos fines sociales. Al interpretar la legislación en países en los cuales esto es el caso, sus tribunales pueden ser instruidos para permitir que aquellas intenciones desplacen a la intención mínima. Esto es, puede serles permitido u ordenado determinar que el derecho establecido por una ley no es lo que dice la ley sino lo que hubiese dicho para dar lugar a aquellas otras intenciones de los legisladores. En la próxima sección discutiré brevemente el argumento de que los tribunales siempre deben hacer esto en los regímenes democráticos.

Esta réplica aún no rescata la tesis de la intención de la autoridad de la vacuidad en lo que concierne a la intención mínima. Excluyendo instrucciones específicas a los tribunales para tomar en cuenta otras intenciones legislativas, no hay modo en el cual el proceso pueda ser revertido y descubrirse lo que el legislador dijo apelando a la intención mínima e independientemente de lo que ha promulgado. No se sigue, sin embargo, que la tesis de la intención de la autoridad sea vacía. La tesis de la intención de la autoridad es crucial para la legitimación de la legislación. Una disposición legislativa que no es interpretada conforme a lo que se decía o cómo se intentó que fuese entendida no puede apoyarse en la autoridad de la legislatura (al menos no puede apoyarse en esa autoridad solamente). Pero la tesis de la intención de la autoridad no sirve como una ayuda o método de interpretación.

Sería un error pensar que la tesis de la intención de la autoridad ha legitimado «solamente» un rol y no es de auxilio para la interpretación, que no posee consecuencias para la práctica de interpretación, que la interpretación hubiese procedido exactamente del mismo modo si la tesis hubiese sido falsa. La tesis requiere comprender a la legislación conforme al significado de lo que el legislador dijo. Lo que el legislador dijo es lo que sus palabras significan, dado las circunstancias de la promulgación de la legislación y de las convenciones de interpretación prevalecientes en ese momento.²² Pero decir

²² Naturalmente, no todas las convenciones interpretativas prevalecientes son relevantes para la interpretación de lo que el legislador dijo. Algunas de ellas son convenciones concernientes a cuando el significado de la legislación puede ser descartado a la luz de otros factores, e. g. cambios en las condiciones sociales o económicas, evidencia de «errores» legislativos de una clase u otra, o conflictos de normas jurídicas o doctrinas.

que la legislación tiene ese significado es imponer una severa restricción acerca de éste. No cualquier interpretación concebible satisfaría esta condición. Muchas teorías de la interpretación son inconsistentes con esta guía para la interpretación. Al mismo tiempo es verdad que la tesis de la intención de la autoridad no es en sí mismo un método de interpretación. Más bien remite a los tribunales a las convenciones interpretativas prevalecientes al momento de la legislación.²³

4. Límites de la tesis de la intención de la autoridad

El argumento para la tesis de la intención de la autoridad es consistente con el punto de vista de que bien puede haber casos en los cuales los individuos creen que un buen derecho puede emerger de actividades humanas que no están dirigidas a crear derecho -típicamente de perdurables prácticas sociales, judiciales o comerciales. Pero el argumento asume que las ocasiones en las cuales cualquiera podría suponer que un buen derecho puede surgir por la legislación aún a pesar de que el derecho así creado no se conforma con las intenciones de los creadores de derecho son tan raras que son prescindibles. La tesis de la intención de la autoridad ni siquiera pretende aplicarse al derecho basado en prácticas. ¿Pero puede sostenerse ésta para todo derecho legislado? Consideraré tres réplicas realistas y parcialmente exitosas a este presupuesto. Ninguna de ellas se aplica a todos los casos de creación deliberada de derecho. Pero cada uno se aplica a una clase importante de casos.

Es importante no equivocarse el carácter de los argumentos contra la tesis de la intención de la autoridad. Ellos no refutan la tesis. Más bien limitan la justificación para apoyarse en ella en la interpretación jurídica, aún donde el único interés jurídico es que cierta pieza de legislación tenga ciertos efectos. La tesis de la intención de la autoridad, podemos decir, determina la interpretación conservante básica de toda legislación, esto es, determina lo que cuenta como una elucidación exitosa del significado que tiene la legislación al ser promulgada. Los argumentos presentados más abajo indican las condiciones bajo las cuales la mejor interpretación no es la intención conservante

²³ Aquellas convenciones pueden decir que la legislación ha de ser interpretada por las convenciones de interpretación prevalecientes de tiempo en tiempo (más que aquellas prevalecientes al momento de la legislación). Si así lo hacen, entonces abandonan la distinción entre interpretaciones que recuperan el significado original de la legislación, como ha sido definida por la tesis de la intención, y la interpretación que la muestra con el significado adquirido tiempo después. Un sistema jurídico que sigue tales convenciones garantiza que el legislador conoce que sus palabras pueden tener un significado que él no puede prever, aún si así lo intenta. Como he destacado antes, esto es inconsistente con las razones para la doctrina de la autoridad. Sin embargo, como se explica en la próxima sección, la fuerza de la legislación no se apoya enteramente en la autoridad del legislador.

básica. Ellos sugieren que algunas veces es mejor desviarse del significado básico de la legislación. Esto subraya sus relaciones con la tesis de la intención de la autoridad, ellos la confirman al mismo tiempo que justifican suscribir interpretaciones que se desvían de ella bajo ciertas circunstancias.

El párrafo previo también señala el carácter moral de los argumentos siguientes. En esto difieren de los argumentos de la tesis misma de la intención de la autoridad. Por supuesto, invocar consideraciones morales en favor de un método de interpretación en contra de otros es consistente con una discusión que es parte de la teoría general del derecho, siempre que las consideraciones invocadas y las conclusiones que ellos apoyan tengan validez universal para la interpretación de todo sistema jurídico. Pero es importante darse cuenta que, al argüir por la tesis de la intención de la autoridad, no se ha invocado ninguna razón moral para suscribirla. Esto fue posible por el hecho de que la tesis no establece un caso para interpretar el derecho de un modo u otro. Todo lo que dice es que en tanto lo que se hace es comprender el significado de una norma tal como ha sido establecido por el legislador, se ha de interpretar ésta conforme con la intención del legislador (tal como es identificada por la tesis). Deja abierto si hay o no razones adecuadas para seguir normas legisladas. Todo lo que dice es que si hay tales razones, para seguirlas la interpretación debe seguir la tesis de la intención de la autoridad.

Algunas veces los legisladores carecen de autoridad o su legislación es tan inicua que no hay razones para seguir el derecho que ellos crean. El examen de tales cuestiones pertenece a la doctrina de la autoridad legítima y no es necesario ocuparnos de esto aquí. En lo siguiente se asume que la autoridad legislativa es legítima, y por consiguiente que hay razones adecuadas para seguir sus normas, y para interpretarlas conforme con la tesis de la intención de la autoridad. Pero -conforme a las primeras dos consideraciones destacadas a continuación- algunas veces las mismas razones que apoyan la tesis de la intención de la autoridad también crean un caso para desviarse de ésta en ciertas circunstancias. La tercera consideración que examinaré es de naturaleza más radical. Pretende que las razones para la tesis se acaban en ciertas circunstancias. Cuando ello es así, la tesis de la intención de la autoridad no tiene asidero. Pierde su fuerza porque depende de las razones para obedecer al legislador y algunas veces aquellas razones desaparecen. Ello sucede -para repetirlo- no porque el legislador no tenga autoridad ni porque no tengamos razones para obedecer normas legisladas, sino porque en ciertas circunstancias las razones para obedecer el derecho legislado se tornan independientes de la autoridad del legislador.

(A) Apoyando la coordinación

En muchos casos no importa cual es el derecho en tanto sea razonablemente claro lo prescrito sobre esas cuestiones. Hay casos donde el objetivo

del derecho es asegurar convenciones para la coordinación. Algunas veces beneficios importantes para la sociedad como un todo (i.e. bienes públicos y colectivos) o para algunos de sus miembros pueden ser mejor logrados si los individuos coordinan sus acciones y algunas veces una norma indicando el modo en que ha de lograrse la coordinación es el modo más efectivo de asegurar la coordinación. El derecho puede hacer claro a los individuos que el caso requiere de una acción coordinada, y dar confianza a ellos de que el número de tráfugas y gorriones será limitado.²⁴ Dado que no importa si los individuos coordinan su comportamiento alrededor de un esquema u otro, no importa si la legislación establecida para lograr la coordinación es interpretada como asegurando un esquema de coordinación u otro. Por tanto, la legislación diseñada para asegurar una convención para la coordinación no necesita ser interpretada conforme con la intención del legislador. En tanto es interpretada de modo que asegura la convención para la coordinación, sirve completamente a la intención del legislador, sea o no que la convención interpretada para conferirle fuerza jurídica vinculante es la que el legislador quería. Lo mismo puede aplicarse a muchos casos donde el interés en la coordinación, aunque no sea la única, es la razón dominante para el derecho.

(B) Descartando las intenciones adicionales

Segundo, los legisladores tienen normalmente más de una intención.²⁵ Una intención, diferente a la intención estándar, parece relevante para la doctrina de la autoridad. Algunas veces el legislador puede intentar asegurar ciertos resultados económicos y sociales mediante la creación de una cierta norma, cuya obediencia y aplicación constituirá o dará lugar a estos resultados. Como es sabido, no es infrecuente que esta intención no produzca los resultados perseguidos. A causa de un cambio en la situación económica o social, o a causa de que el legislador estaba trabajando bajo una comprensión errónea de las condiciones realmente existentes o de cuales serán los efectos

²⁴ Véase mi discusión acerca de la coordinación y el derecho en el capítulo 3 de *The Morality of Freedom* (Oxford: Oxford University Press, 1986) y en «Facing Up» *Southern California Law Review*, pp. 1154 y ss, (1989) La relevancia para la interpretación del hecho de que una pieza de legislación intente asegurar la coordinación fue señalada por Marmor en *Interpretation and Legal Theory*.

²⁵ Para un argumento acerca de que algunas veces las intenciones adicionales de los legisladores deben contar en apoyo de una interpretación consistente con ellas, un argumento que encuentro muy convincente en general, véase Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Capítulo 8. Mi preocupación en esta sección es paralela a la de Marmor. No es que la intención adicional del legislador debe contar al interpretar el derecho en cuestiones acerca de las cuales el mismo derecho se presta a diversas interpretaciones, sino que cuando la intención legislativa estándar está en conflicto con esta intención adicional, su intención estándar no debe contar cuando se aplica el derecho a casos donde, debiendo contar, su aplicación es clara.

económicos o sociales de la norma en ese entorno, o a causa de que el legislador no comprendió el impacto jurídico que la ley tendrá en el entorno jurídico, doctrinal o burocrático en los cuales ella operará, o por alguna otra razón, si la ley es interpretada conforme con la intención estándar del legislador, no tendrá aquellas otras consecuencias que el legislador intentaba conseguir. Cuando esto es así, parece inútil interpretar la ley conforme a la intención del legislador. La doctrina de la autoridad sugiere que a los legisladores les fue otorgada autoridad para crear las normas que ellos pensaban con buenas razones que serán correctas. Cuando es claro que las normas no consiguen, o no conseguirán, los resultados que (conforme a la doctrina de la autoridad) motivaron específicamente su promulgación, ¿no deben los jueces interpretar las normas en contra de la intención estándar del legislador y conforme con las otras, aunque legítimas, intenciones del legislador?

Una respuesta afirmativa está lejos de ser una conclusión inevitable. Primero, notemos que a menudo ninguna intención del tipo apropiado puede ser atribuida a la legislatura. Ya sea que no tenía ninguna razón (puede haber actuado por razones inadecuadas, o por ninguna razón, o diferentes miembros pueden haber actuado por diferentes razones adicionales haciendo imposible atribuir al parlamento ninguna razón específica) o sus razones eran imposibles de descubrir con certeza. En sí misma esta consideración no invalida el anterior argumento para superar la intención estándar de la legislatura en favor de su adecuada intención adicional. Esto sólo muestra que, si se aceptase, el argumento tendrá consecuencias limitadas. A menudo este argumento no estará disponible. Pero más allá de esto, el hecho de que tendrán que considerarse complicadas cuestiones fácticas acerca de las intenciones reales de los legisladores es una poderosa razón para rechazar completamente este argumento. Puede ser mucho más simple determinar el contenido de la legislación cuando es interpretado conforme con la intención estándar que cuando interpretado de acuerdo con las apropiadas intenciones adicionales. De allí que la probabilidad de una interpretación errónea puede incrementarse si se sigue la última alternativa. La voluntad de la legislatura puede prevalecer más frecuentemente si su intención adicional no es tenida en cuenta que si ella forma la base de la interpretación. Segundo, mientras algunas de las intenciones adicionales del legislador pueden no ser recogidas por la ley, otras posiblemente sí lo están, y puede ser suficiente para justificar su interpretación conforme a la tesis de la intención de la autoridad. Cuando sabemos que una ley no logra capturar alguna intención adicional, ¿cómo sabemos que no captura otras? Tercero, puede no ser constitucionalmente apropiado, y puede tener muy malas consecuencias abrir en los tribunales la cuestión de las intenciones adicionales de los legisladores. Comunicaciones privadas pueden convertirse en evidencia relevante, etc.

Los tres contraargumentos pueden, sin embargo, circunscribirse si se adoptan ciertas convenciones, por ejemplo, la convención de que la intención adicional puede ser inferida solamente de un cierto rango de documentos públicos. Tal vez nuestra conclusión debe ser que, en principio, las intenciones adicionales son una base apropiada para la interpretación en preferencia sobre la intención estándar, siempre que hayan sido adoptadas las medidas para evitar las malas consecuencias indicadas por el contraargumento. Naturalmente, el grado en que esto ha sido hecho, y el grado en que los tribunales pueden ser autorizados para apoyarse sobre este argumento variarán de jurisdicción en jurisdicción, dependiendo del derecho y de sus convenciones (jurídicas). En algunos países puede estimarse indeseable otorgar a todos o algunos tribunales la capacidad de investigar los fines sociales que el legislador está persiguiendo, sobre la base de que esto llevará a tantas decisiones equivocadas que harán contraproducente a esta capacidad, o a causa de consideraciones acerca del status o prestigio de los tribunales y la legislatura. Pero, en tanto que el anterior argumento parece fundado y en tanto que la capacidad de los tribunales para apoyarse en éste no está limitada por el derecho o las convenciones, ellos deben hacerlo así, bajo el presupuesto de las pautas para evitar los inconvenientes indicados por los contraargumentos.

Hay, sin embargo, un argumento más poderoso en contra de apoyarse en tales intenciones adicionales. La doctrina de la autoridad, en verdad, confía poder a cualquiera que tenga autoridad así que ésta ponderará y promulgará las normas que conseguirán las consecuencias que parezcan justas o deseables. Pero esto también requiere una demarcación razonablemente clara de los modos en que se crea el derecho. Si una norma falla, cuando es interpretada adecuadamente, esto es, conforme a la tesis de la intención de la autoridad, en conseguir su pretendido resultado, eso no puede ser una razón para que los tribunales la interpreten de otro modo. Ellos no tienen razón para creer que la autoridad habría adoptado una norma diferente a la que de hecho adoptó si hubiese sido convencida que esto es necesario para conseguir el resultado que deseaba asegurar mediante la norma que creó. La norma que consigue este resultado puede tener consecuencias adicionales predecibles que podrían haber inclinado al legislador a abstenerse de cualquier medida antes que lograr su resultado deseado al costo de estas consecuencias adicionales. En muchos casos surge una ulterior complicación. Puede haber diferentes modos de lograr la intención adicional del legislador, todos ellos con una variedad de resultados adicionales predecibles e impredecibles. ¿Cómo conocen los tribunales cual de esos, si alguno, habría respaldado la legislatura si hubiese sido consciente de que la ley que escogió no conseguiría el fin pretendido?

Para abordar la objeción necesitamos distinguir dos argumentos en la alternativa propuesta a la tesis de la intención de la autoridad: primero, el argumento que los tribunales no deben seguir la intención estándar cuando está en conflicto con una apropiada intención adicional; segundo que ellos deben interpretar el derecho para dar efecto a la mencionada intención adicional. El contraargumento es convincente en la refutación de la idea de que la doctrina de la autoridad requiere dar efecto a la intención adicional del legislador. La doctrina no exige eso.²⁶ Pero el contraargumento no niega la fuerza del primer argumento, a los efectos de que la doctrina de la autoridad no cubre los casos en que la ley (interpretada correctamente conforme con la tesis de la intención de la autoridad) no captura la apropiada intención adicional del legislador. La doctrina está basada en la creencia de que la legislatura tiene competencia, lo que hace que sus normas merezcan obediencia y respeto. Pero, cuando la competencia falla de modo manifiesto, la creencia es refutada, y la doctrina de la autoridad no da más apoyo a la ley. Se sigue que, en tanto concierne a consideraciones universales de respeto por la autoridad, los tribunales tienen libertad para desviarse de la tesis de la intención de la autoridad en la interpretación de las leyes. No se sigue que ellos han de dar efecto a la intención adicional del legislador. Ellos tienen discreción para ofrecer una interpretación innovadora, un tópico aconsiderar en un artículo diferente.²⁷

© *Normas antiguas*

Los dos límites de la tesis de la intención de la autoridad mostraron que el respeto por las intenciones adicionales del legislador puede, en ciertas condiciones, justificar la desviación de la intención estándar, o justificar la indiferencia a tales desviaciones. Ellos son límites impuestos a la tesis de la

²⁶ Excepto en casos donde la interpretación que sirve a las intenciones adicionales no involucra ninguna consecuencia que cualquier persona razonable pudiese encontrar indeseable y no están también involucradas en los efectos del acto cuando se interpreta conforme con la tesis de la intención de la autoridad. Cuando esta condición es satisfecha, hay una razón para seguir la intención adicional.

²⁷ Aún con todas las reservas expresadas aquí, la noción de «una intención adicional del legislador» es problemática. Es posible argüir que una institución no puede tener una intención legislativa a menos que existan convenciones firmes para atribuirse a las intenciones de algunos individuos. Una vez que esta convención y todas las demás restantes necesarias para superar las objeciones discutidas antes acerca de apoyarse en tales intenciones están presentes, las intenciones adicionales están incorporadas en los documentos que deben ser considerados como parte de los textos legislativos. Por tanto, la intención que ellos expresan es la intención estándar, o un caso periférico de ésta. Tales dudas no socavan las conclusiones obtenidas en esta sub-sección. Pero ellas pueden mostrar que la distinción entre distinción estándar e intenciones adicionales se apoya sobre modos convencionales de considerar las intenciones que no cuentan con justificaciones teóricas substanciales.

intención de la autoridad al tomar nota de la intención del legislador, intención que es convertida en relevante por la doctrina de la autoridad. El tercer límite tiene menos que ver con las intenciones adicionales del legislador. Al igual que el segundo, arroja dudas acerca de la relevancia de la intención estándar porque arroja dudas acerca de si el respeto por la legislación siempre depende de la doctrina de la autoridad.

Cuando pensamos en la interpretación de las leyes recientes, la fuerza de la generalización del argumento de la tesis de la intención de la autoridad parece concluyente. Pero cuando pensamos en una ley o decisión de *common law* de 200 ó 300 años de antigüedad, la fuerza del argumento es menos concluyente. Considérese el ejemplo de un país democrático. Ser gobernado por la voluntad de aquellos que fueron legisladores 200 ó 300 años atrás no es la idea de todos sobre un gobierno democrático. Por una cosa, muchos países que son democráticos hoy no lo eran entonces. Pero, aún si así fuese, no hay una razón concluyente para pensar que la democracia incluye el poder de la mayoría de una generación para obligar a generaciones futuras. El hecho de que aquellas generaciones futuras puedan derogar la legislación vieja no es una respuesta. ¿Por qué ellas deben dedicar recursos escasos (y el tiempo legislativo es un recurso muy escaso) para hacer esto? A pesar de que la cuestión requiere una consideración mas cuidadosa de la que puede darse aquí, suscribiría que los argumentos democráticos no justifican interpretar leyes muy antiguas conforme a la voluntad de sus legisladores. Más aún, en tanto que no todos los países son democráticos, hay buenas razones para pensar que cualquier teoría de la autoridad que ellos suscriban igualmente no aprobará la tesis de la intención de la autoridad.

Tal vez este argumento es demasiado general. Aquí hay un contraargumento. Algunas leyes se dirigen a resolver problemas humanos tradicionales, como lo hace, por ejemplo, el núcleo del derecho penal, o las doctrinas básicas de los contratos o el derecho de propiedad. En tales casos, la doctrina de la autoridad bien puede vindicar la autoridad de cualquier autoridad apropiada para vincular a las futuras generaciones. Si es una buena autoridad para su generación, dirá la doctrina, entonces es buena también para las futuras generaciones; la razón será que las materias cubiertas por las leyes que regulan el homicidio, etc., afectan a todas las generaciones por igual. El argumento para los límites temporales de la autoridad de cualquier legislador se sostiene bien sólo respecto a una cuestión donde opiniones cambiantes, gustos o circunstancias pueden producir una diferencia en lo que es un derecho acertado y en lo que no lo es.

El núcleo de buen sentido de este contraargumento es innegable. Pero el modo en que hace impacto en el papel interpretativo de los tribunales es menos cierto. Una cuestión crucial es: ¿quién tiene autoridad para establecer la

autoridad de la antigua legislación? La nueva legislación aparece con la autoridad establecida del legislador. Ninguna cuestión acerca de la autoridad del legislador surge salvo aquellas que son sometidas al proceso de revisión judicial. Pero con la legislación más antigua los tribunales deben confrontar la cuestión acerca de si una pieza legislativa aún tiene el rango de autoridad que una vez tuvo. A menos que la jurisdicción específica en la cual operan prohíba investigar la cuestión a los tribunales, ellos están obligados a interrogarse, ya que no deben seguir a una autoridad caduca. Esto significa que, al interpretar leyes antiguas, surgen cuestiones acerca de su fuerza obligatoria que no surgen en la interpretación de leyes recientes. Por supuesto, la diferencia es una cuestión de grado y la libertad de los tribunales en la interpretación de leyes viejas se incrementa gradualmente con su antigüedad, permaneciendo iguales las restantes cosas.²⁸ Más aún, incluso respecto de leyes de rango relevante, se ha de distinguir el núcleo (una prohibición de homicidio) de los detalles de la ley o las ofensas o causas de acción que ella crea. Mientras que respecto del núcleo del que se ocupa la norma, la autoridad de la legislatura puede no disminuir, su autoridad sobre los detalles puede no ser tan segura. Éste es, de hecho, el caso más frecuente. Su manifestación está en la mayor libertad que las prácticas de interpretación de diferentes jurisdicciones permiten a los tribunales cuando se ocupan de la legislación más antigua. Esta libertad incluye la libertad de interpretar el derecho de modos que se apartan de la tesis de la intención de la autoridad. Cuando la autoridad de la legislación más antigua está afectada por los cambios de circunstancias, esto es consistente con las razones subyacentes a la tesis de la intención de la autoridad, esto es, con la doctrina de la autoridad.

Como dije al principio, ninguno de los casos niega completamente la fuerza de la tesis de la intención de la autoridad. Primero, ellos no niegan que, cuando la doctrina de la autoridad dicta que los tribunales deben respetar la autoridad de la legislatura (o la autoridad de un tribunal superior para establecer precedentes vinculantes), la tesis de la intención de la autoridad normalmente se sostiene bien. Ellos muestran solamente que la obediencia a la legislación no siempre reposa en la autoridad de la legislatura únicamente, y que, cuando lo hace, alguna intención adicional puede justificar apartarse de la intención estándar. Segundo, la pérdida de autoridad de las antiguas normas no es súbita sino gradual. Una manera en que esto puede expresarse es mediante una práctica jurídica conforme a la cual, en tanto

²⁸ El mismo hecho de que la diferencia entre lo reciente y lo antiguo es gradual convierte a los tribunales en la autoridad apropiada para ocuparse de sus implicaciones, aunque hay que admitir que no todos los sistemas jurídicos necesitan ser vistos de este modo.

que el tiempo en que la legislación fue aprobada se desvanece, los tribunales adquieren más y más poder para adaptarla a las cambiantes circunstancias sociales y económicas. Tercero, en el curso normal de las cosas, esperaríamos que los tribunales posean abundantes razones para respetar la legislación tal cual ha sido dictada por el legislador, esto es, interpretarla conforme con la tesis de la intención de la autoridad, aún después de que las razones para respetar la tesis de la intención de la autoridad ya no se apliquen. La razón más obvia es que, en el curso normal de los eventos, desde ese momento las expectativas de los individuos han quedado fijadas acerca de una interpretación del derecho basada en la intención, y esas expectativas no deben ser contrariadas demasiado de prisa.

No es correcto afirmar que, si el legislador adoptó una práctica de no respetar la tesis de la intención de la autoridad, en las tres clases de casos enumerados anteriormente, entonces no podría haberse formado ni contrariado ninguna expectativa. Dada la incertidumbre acerca de cuando las consideraciones que estamos debatiendo tienen lugar, cualquier disposición de contrariar la interpretación basada en la intención prevendrá, en verdad, la formación de expectativas, pero lo hará al parecer de un modo inadecuado. Así, los individuos algunas veces serán tomados por sorpresa por las decisiones de los tribunales las cuales contrariarán la interpretación basada en la intención cuando ellos esperaban que no sucediera así. Otras veces, ellos no se apoyarán en la interpretación basada en la intención aún cuando ellos deberían apoyarse en ella, frustrando así al menos parcialmente los propósitos de la legislación.

Nada de esto muestra que los tribunales deben descartar completamente la fuerza de los tres argumentos presentados anteriormente. Pero significa que ellos deben tender a pecar por exceso de precaución y dar peso a la interpretación basada en la intención aún cuando no se apoye en un argumento basado en la autoridad favorecido por la tesis de la intención de la autoridad que es su fundamento.

(D) Conclusiones

¿Por qué la interpretación tiene algún papel en la aplicación del derecho? ¿No deben los tribunales simplemente estar guiados por la moral, y abandonar cualquier interpretación?²⁹ Este modo de formular la pregunta

²⁹ Aquellos que piensan que la interpretación no limita al intérprete están diciendo esencialmente lo siguiente. Para ellos, el discurso interpretativo en que los tribunales se involucran es un intento de dar gato por liebre, y -de un modo u otro- ocultar o medio ocultar su poder real ante los ojos de los individuos. Pero en realidad ellos siempre pueden y siempre toman las decisiones que desean tomar, y esto significa que las decisiones en que ellos creen han de justificarse en las circunstancias donde lo que está justificado es determinado por medios diferentes a la interpretación.

puede confundir. Por supuesto los tribunales deben decidir los pleitos en un modo consistente con la moral. Cuando ellos no lo hacen así, esto no es necesariamente porque crean que no están vinculados por la moral, o porque ellos están obligados por un código superior que desplaza a la moral. Cuando las decisiones de los tribunales son inconsistentes con la moral, esto sucede porque se equivocan acerca de lo que la moral les requiere o permite hacer. La cuestión es: ¿qué es lo que la moral requiere a los jueces al decidir casos mediante la ayuda de medios interpretativos? Y, ¿qué y cómo deben ellos interpretar?

El examen de la tesis de la intención de la autoridad llevó a tres conclusiones principales. Primero, la interpretación de leyes, etc. conforme a las intenciones de los autores es un rasgo universal de los sistemas jurídicos que reconocen a la legislación como fuente del derecho, porque está implicada por la noción misma de legislación. En otras palabras, la interpretación conforme con la intención legislativa es exigida por cualquier teoría de la autoridad que sea concebible de modo realista.³⁰ Segundo, mientras que la teoría de la autoridad muestra que la legitimidad de lo legislado, esto es, derecho basado en la autoridad, depende de que sea interpretado conforme con las intenciones de sus autores, las guías para la interpretación que indica la teoría de la autoridad están apoyadas en las convenciones para la interpretación de la clase de textos legislativos en cuestión que prevalecían en la cultura jurídica al momento en que la legislación fue promulgada. La intención da legitimidad, pero las convenciones interpretan. Tercero, y finalmente, la doctrina de la autoridad no puede proporcionar una base completa y exhaustiva para todas las formas en que los argumentos interpretativos son parte en la aplicación del derecho. Se desprende que, aún donde las normas jurídicas bajo consideración son normas promulgadas, la doctrina de la autoridad, y con ella la base en la intención, no cubre todos los fundamentos de validez de esas normas.³¹

No es preciso decir que donde las normas jurídicas en cuestión están basadas en la práctica antes que en la autoridad, y cuando, a pesar que fueron establecidas por una autoridad, su interpretación mediante referencia a convenciones de interpretación es incompleta, o indiscubrible, porque las convenciones son irremediamente vagas o ambiguas acerca del tema en cuestión, la interpretación ha de encontrar otras rutas y una justificación diferente (o ser abandonada).

³⁰ La autoridad basada en la revelación es probablemente la excepción obvia a esta regla. A lo largo de este trabajo he desechado completamente las doctrinas teológicamente basadas.

³¹ Esos argumentos finalmente vindican el abandono de la tesis radical de la intención en favor de la tesis de la intención de la autoridad.

En otras palabras, la doctrina de la autoridad proporciona el fundamento para el papel de la interpretación conservante en la aplicación del derecho. En la práctica de la aplicación del derecho, la interpretación desempeña un papel aún donde la doctrina de la autoridad no alcanza, y donde la interpretación conservante es o bien imposible o injustificada. La cuestión de por qué y cuándo deben los tribunales usar interpretaciones innovadoras en tanto que modo moralmente correcto de decidir casos aún debe ser respondida. Después de todos, cuando las decisiones de los tribunales son innovadoras (i. e. no están basadas en el respeto ala autoridad), ¿por qué deben ser interpretativas?

(Trad. de José Juan Moreso y Pablo E. Navarro)



DOXA 20 (1997)
