

Comunicación y reconocimiento de la intención legislativa*

Communication and recognition of legislative intent

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz **

Resumen: La teoría jurídica discute recurrentemente qué importancia debe darse a la voluntad prescriptiva de las autoridades normativas al interpretar las disposiciones que promulgan y determinar su contenido. En particular se discute si la ley debe entenderse solo por su texto o si hay que recurrir también a otros indicios para indagar la intención real del legislador o incluso presumir la que hubiera tenido respecto del caso examinado; y si esta reconstrucción de la intención legislativa es mejor fuente del derecho que el significado aparente del propio texto legal y justifica que este sea desatendido. La tesis reconstructiva intencionalista se apoya en la poderosa intuición de que el derecho legislado es el producto intencional de autoridades normativas y su significado y contenido dependen de esa intención. Sin embargo, en los sistemas jurídicos actuales el texto legal es la vía establecida para que las autoridades comuniquen su intención y creen derecho, de manera que está justificado por razones jurídicas y prácticas tomar el texto como la fuente exclusiva y auténtica del derecho legislado. Además los significados de las emisiones se objetivan cuando están condicionados por convenciones y prácticas, como ocurre destacadamente en contextos institucionales como la legislación. Esto sitúa la responsabilidad del éxito de la comunicación normativa sobre todo en los legisladores, que deben cuidar que su intención esté bien explicada en las disposiciones que promulga, mientras que los destinatarios que las interpretan deben poder confiar en esa capacidad y presuponer que lo que dice la ley es el derecho querido por la autoridad legislativa.

Abstract: Legal theory recurrently discusses what importance should be given to the prescriptive will of the normative authorities when interpreting the provisions they enact and determining their content. In particular, it is discussed whether the law should be understood only by its text or whether it is also necessary to resort to other evidence to find out the real intention of the legislator or even to presume the one he would have had with respect to the case under examination; and whether this reconstruction of the legislative intent is a better source of law than the apparent meaning of the legal text itself and justifies the latter being ignored. The reconstructive intentionalist thesis rests on the powerful intuition that the legislated law is the intentional product of normative authorities and its meaning and content depend on that intention. However, in current legal systems the legal text is the established way for authorities to communicate their intent and create law, so that it is justified on legal and practical grounds to take the text as the exclusive and authentic source of legislated law. Moreover, meanings of utterances are made objective when they are conditioned by conventions and practices, as is especially the case in institutional contexts such as legislation. This places the responsibility for the success of the communication of norms mainly on legislators, who must take care that their intention is well explained in the provisions they enact, while the addressees who interpret them must be able to rely on that ability and presuppose that what the law says is the law intended by the legislative authority.

Palabras clave: Intención legislativa, interpretación jurídica, doctrina subjetiva.

Key words: Legislative intent, legal interpretation, subjective doctrine.

* Esta publicación es parte del Proyecto de I+D+i PID2022-136352NB-I00 financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y "FEDER Una manera de hacer Europa.

** Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidade de Santiago de Compostela (España).

Fecha de recepción: 20-12-2023

Fecha de aceptación: 20-12-2023

1. Introducción

Las disposiciones jurídicas escritas –la Constitución, los tratados internacionales, las leyes, la normativa administrativa y algunas sentencias con efectos *erga omnes*– son en nuestro tiempo la fuente más utilizada por juristas y legos para identificar el derecho y por eso el medio más apto para modificarlo. Llamaré *derecho legislado* al derecho creado por tales disposiciones y a su fuente *legislación* o (como hace el artículo 1 del Código Civil español) simplemente *leyes*. Que la legislación sea actualmente la fuente del derecho más utilizada no implica que sea la principal. En la teoría jurídica hay quien da más importancia a la moral y concibe la legislación como una fuente secundaria que configura la porción de la moral que tiene fuerza jurídica. Para la teoría más positivista, en cambio, las cosas son como parecen y la legislación es hoy en día la principal fuente del derecho. En todo caso, nadie discute la importancia de la legislación para crear nuevo derecho y para identificar el existente.

Una aproximación intuitiva a la actividad legislativa y a la noción (extensa) de *ley* deja ver más o menos esta imagen: en un grupo humano cuyos miembros reconocen su pertenencia al grupo, la mayoría de ellos también reconoce –sea aceptando o simplemente tolerando– la autoridad de unos individuos y colectivos para dictar normas e imponer sanciones, de obligado cumplimiento en el grupo, mediante procedimientos reglados; el principal de los cuales es la aprobación, promulgación y publicación formal de textos escritos que explicitan en preceptos ordenados las normas que la autoridad pretende que sean cumplidas. Esta imagen intuitiva de la legislación como comunicación no es aceptada por todos, pero a mi juicio es básicamente correcta y será el punto de partida de la discusión que sigue. Asumiré, como suele hacerse, que hay un derecho legislado cuya fuente original son textos escritos con los que alguien con autoridad para establecer normas las comunica a sus destinatarios. Asumir esto no implica negar otras fuentes del derecho legislado, particularmente la interpretación judicial de las leyes (Gizbert-Studnicki y Poggi, 2022), pero sí compromete con la imagen de la legislación como comunicación.

Al concebir la legislación como un acto comunicativo en el que una autoridad prescribe normas a quienes han de cumplirlas, es natural pensar que las normas legisladas tienen el contenido que les da esa autoridad. Y también es natural concluir de ello que no puede conocerse el derecho legislado sin reconocer la intención con que la autoridad lo creó y comunicó. Pero estas ideas tienen problemas y son discutibles; y mostrar esta discusión es el objeto del presente trabajo. Es controvertido si el contenido del derecho legislado lo determina la intención legislativa, los textos que produce o una reflexión sobre los fines o la justificación que revelan esos textos. Y también es controvertido

que el significado de los textos legales pueda decidirlo la autoridad con su intención, pues la creatividad comunicativa está limitada por condicionantes lingüísticos. Por eso se discute si el derecho legislado llega a independizarse de las intenciones con que fue creado y puede ser conocido sin indagarlas.

Este trabajo examina ese aspecto del funcionamiento de la legislación como fuente del derecho: cómo incide en su significado y su contenido jurídico la intención con que se crea y cómo debe repercutir esa intención al interpretarla. Su planteamiento es contrastar dos teorías sobre cómo interpretar la legislación: la *doctrina subjetiva*, que propugna atenerse a la intención legislativa, y la *doctrina objetiva*, favorable a atender los significados o finalidades aparentes. El trabajo comienza repasando ese enfrentamiento teórico y los intentos de disolverlo (§ 2). Seguidamente estudia las razones lingüísticas, políticas y jurídicas que fundamentan la doctrina subjetiva y las objeciones que suscitan (§ 3). Y acaba tratando otras dificultades ontológicas, epistemológicas y axiológicas que afectan a la doctrina subjetiva y le restan atractivo (§ 4).

2. La doctrina subjetiva

2.1. El contraste doctrinal

La extendida convicción de que la ley comunica la voluntad prescriptiva de una autoridad, y que de esta voluntad depende su contenido y su significado, llevó a muchos juristas a adoptar y defender la doctrina *subjetiva* de interpretación de la ley. Según esta metodología, interpretar la ley consiste en atribuirle el significado con que se emitió, aquel que quien hizo la ley le daba y quería que reconociesen sus destinatarios (sin entrar ahora en qué es *emitir* o *dar significado* a una ley). Un defensor clásico de la doctrina subjetiva fue Thomas Hobbes, quien en *Leviatán* (1651) afirmó enfáticamente que «no es la letra de la ley, sino su intención y significado, es decir, su auténtica interpretación (que radica en el sentido del legislador), lo que constituye la naturaleza de la ley» (Hobbes, 1999 [1651], p. 239). Frente a esta idea, y también desde la tradición, otros juristas han defendido una doctrina *objetiva*, según la cual la finalidad de la interpretación debe ser reconocer el significado que tiene la ley en sí misma, y no tanto el que quiso darle su autor. En esta defensa se inscribe la famosa observación de Holmes (1899, p. 419): «No indagamos lo que quiso decir el legislador; solo preguntamos lo que significa la ley».

El choque entre las doctrinas subjetiva y objetiva sobresale en el debate metodológico sobre la interpretación de la ley y sigue sin resolverse.¹ Todos los

¹ Karl Engisch presentaba así en 1956 «la problemática central de la teoría jurídica de la interpretación: ¿hay que determinar y precisar el contenido objetivo de la ley y de esta manera el último “fin de la interpretación” mediante la “voluntad” anterior y única del legislador histórico, de tal manera que el dogmático del derecho tenga que seguir las huellas del historiador del derecho [...], o el contenido objetivo de la ley se encuentra en ella misma y en sus “palabras” en tanto “voluntad de la ley” como sentido objetivo independiente de la

que han escrito sobre métodos de interpretación jurídica se han ocupado de este debate, por lo que hay múltiples descripciones y opiniones sobre él. Algunos juristas trataron de clarificar la distinción, pero no siempre con éxito. Por ejemplo, Alf Ross criticaba en 1953 a quienes planteaban el asunto como un debate sobre la finalidad de interpretar, que para la doctrina subjetiva sería descubrir lo que se quiso comunicar y para la doctrina objetiva sería establecer el significado comunicado. Según Ross este contraste es insostenible: «Toda interpretación parte de la comunicación y procura llegar a la intención» (Ross, 1994 [1953], p. 117; cfr. 2019, p. 141). Para él la distinción no se debe a una diferencia de objetivos, sino de métodos: mientras que la interpretación subjetiva tiene en cuenta todos los datos relevantes para figurarse la intención comunicada (que «siendo un fenómeno de conciencia interno del autor, es fundamentalmente inaccesible»), la objetiva «limita los datos a aquellos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión» (1994, 118). Así, la interpretación objetiva hace también «conjeturas acerca de la “idea”, el “propósito” o “la intención” asociados a la obra», pero apoyándose en menos datos que la subjetiva; y por eso según Ross es menos exacta y más arbitraria (1994, pp. 118-119). Creo que Ross se equivoca en su enfoque. Sin duda interpretar un texto requiere reconocer la intención plasmada en él; y es cierto que las doctrinas subjetiva y objetiva hacen recomendaciones diferentes sobre el tipo y el número de materiales con que apoyar la interpretación (la subjetiva es más receptiva a los materiales prelegislativos, sin ir más lejos). Sin embargo, me parece un error reducir el enfrentamiento entre esas doctrinas a una diferencia cuantitativa en los materiales utilizados, porque deflactando así la distinción no se percibe la tensión cualitativa que importa, que no deja de ser una diferencia en la finalidad que cada doctrina asigna a la interpretación. Para la doctrina subjetiva es crucial desentrañar y respetar lo que el autor del texto quiso decir con él, aunque el texto no lo diga o incluso diga algo distinto. Por el contrario, para la doctrina objetiva lo crucial es desentrañar y respetar el sentido del propio texto, para lo cual importa lo que se quiso decir con él, pero importa más lo que el texto mismo permite entender.²

La diferencia de propósito de las doctrinas subjetiva y objetiva se puede apreciar con un ejemplo propuesto por Hobbes. Supongamos que la ley dispone que quien fue privado de su casa por la fuerza sea restituido por la fuerza, y un

intención y voluntad “subjetiva” del legislador histórico, pero que en este caso tiene también libertad de movimiento y capacidad de desarrollo como todo aquello que participa del espíritu objetivo? Alrededor de esta problemática se enciende aún hoy la polémica de las teorías jurídicas de la interpretación (son llamadas en forma abreviada teorías subjetivas y objetivas)» (Engisch, 1967 [1956], pp. 116-117). La observación de Engisch mantiene vigencia y su deíctico «aún hoy» admite una interpretación objetiva, curiosamente.

² Cfr. Chiassoni (2011, p. 96), que en la línea de Ross sugiere salvar de las críticas «la directiva de interpretación psicológica (o según la voluntad del legislador histórico)» replanteándola «como una forma decorativa de prescribir al intérprete que busque elementos útiles» para su labor en los trabajos preparatorios y otros datos del contexto de producción de la disposición. Pero este *rescate* sería engañoso si la doctrina está errada e innecesario si no lo está, de modo que lo importante es el fondo del asunto: ¿qué doctrina tiene más razón?

hombre «deja por negligencia su casa sin guardar y, cuando vuelve, se le impide la entrada por la fuerza»: «Es evidente que este caso particular está contenido en la misma ley general, pues, si no, no habría remedio alguno para este hombre, cosa que debe suponerse contraria a la intención del legislador» (Hobbes, 1999 [1651], p. 243). Como se ve, según Hobbes se interpreta la ley para hacer efectiva la voluntad del legislador y ello justifica atribuirle contenidos que no porta pero guardan analogía con los que porta. Aunque la ley solo trate sobre la privación ilícita y violenta de un derecho, el intérprete debe entender que también es aplicable a la privación ilícita sin violencia, porque también esta merece protección y sin duda el legislador quería dársela igualmente. Nótese que lo que afirma Hobbes no es que la ley que protege a una clase de víctimas protege también a las clases análogas porque así lo dispone una regla del ordenamiento, sino que la protección extendida está en el sentido original de la ley tal como la concibió su autor. Para Hobbes y la doctrina subjetiva, interpretar una ley tolera atribuirle significados que no tiene si eran los pretendidos por su autor. Para la doctrina objetiva, en cambio, la interpretación de la ley ha de atenerse a las apariencias.

2.1.1. Enfoques armonizadores y eclécticos

Entre las doctrinas subjetiva y objetiva hay un contraste real, pero algunas tesis lo difuminan. Según un enfoque popular, que comparto (ver infra §3.1.1), la interpretación de la ley debe dirigirse a captar el significado que comunica explícita e implícitamente, lo cual requiere figurarse la intención con que fue emitida. Un enfoque así es *subjetivo* por cuanto propugna reconocer la voluntad del legislador, pero es *objetivo* porque solo se interesa por las intenciones legislativas que la propia ley transmite mediante convenciones y usos asentados. A este enfoque se le ha llamado «intencionalismo objetivo» (Goldsworthy, 2019), pero es más bien una variante de la doctrina objetiva, receptiva a incluir en el significado de la ley los sobreentendidos pragmáticos que genera su texto. En todo caso, y pese a los enfoques matizados o intermedios, la divergencia metodológica existe y viene dada por la mayor o menor aceptación de restricciones derivadas del texto. Mientras que para la doctrina objetiva interpretar la ley exige atenerse lo que su texto dice o da a entender normalmente, salvo que haya un error, según la doctrina subjetiva puede ser necesario prescindir del texto para darle el significado que el autor quiso que tuviera pero no tiene. Por decirlo así, para la doctrina objetiva importa la voluntad que el legislador comunica en el texto (dentro de él) y con el texto (a través de él), pero no la voluntad que se averigua o aventura sin el texto (al margen de él). En cambio, para la doctrina subjetiva la voluntad del legislador concierne a la interpretación de la ley esté o no reflejada en el texto. Por eso para ella cualquier método para averiguar esa voluntad es válido, pero lo relevante no es este efecto cuantitativo, sino su causa cualitativa: el propósito asignado a la interpretación.

La convicción generalizada de que para determinar el contenido de la ley son importantes tanto su texto como la intención con que se emitió, y la huida

del enfrentamiento inútil entre ideas extravagantes, ha llevado a muchos juristas a defender tesis moderadas o eclécticas. Por ejemplo a Larenz, que ve parte de verdad a ambas doctrinas:³ la ley jurídica «es expresión de una voluntad» y tras ella «está una determinada intención reguladora»; pero una vez aplicada va más allá de la intención del legislador, «responde a preguntas que el legislador aún no se había planteado» y adquiere «en cierto modo una vida propia» (Larenz, 1980, p. 313). Por eso su propuesta es ecléctica: «En la ley, como objetivación de una voluntad de su autor dirigida a la creación de una regulación –o regulación parcial– jurídica, confluyen tanto sus ideas “subjetivas” y metas volitivas como ciertos fines e imperativos jurídicos “objetivos”, de los que el propio legislador no precisa ser consciente, o no en toda su amplitud. Quien quiere comprender plenamente una ley, tiene que prestar atención a unas y otros» (ibid., p. 314). Ahora bien –sigue–, aunque la interpretación de la ley debe buscar una respuesta para los problemas actuales, «no debe ir más allá de la intención reguladora cognoscible» o sería una “intromisión”; debe tener en cuenta la voluntad personal que le dota de sentido normativo, pues no hay una “voluntad de la ley”, y hablar así «implica una personificación injustificada de la ley» (ibid., pp. 313-314). La cautela de Larenz es sintomática de motivo fundamental para defender doctrinas objetivas o subjetivas: evitar los excesos creativos de la teoría rival. Como antes para Pound,⁴ para Larenz la pretensión de descubrir una voluntad objetiva de la ley, capaz de actualizarla para regular casos que el legislador no previó, es una ficción para esconder lo que de verdad sucede: creación de derecho por el intérprete. En cambio, la ficción es según otros determinar la intención legislativa, porque es posible atribuirle cualquiera que el intérprete crea conveniente.⁵ Pero el propósito de evitar los extremos ha llevado también a excesos de eclecticismo, donde se defienden a la vez métodos incompatibles.⁶

³ Para Larenz, «la teoría subjetiva o “teoría de la voluntad”, considera meta de la interpretación la indagación de la voluntad histórico-psicológica del legislador»; y «la “teoría objetiva” o teoría de la interpretación inmanente a la ley, la apertura del sentido inherente a la ley misma» (Larenz, 1980, p. 312).

⁴ Decía Pound (1907, p. 381-382): «El objeto de la interpretación genuina es descubrir la norma que el legislador pretendía establecer; descubrir la intención con la que el legislador hizo la norma». «Por el contrario, el objeto de la interpretación espuria es hacer, deshacer o rehacer, y no meramente descubrir. Pone un significado en el texto como un prestidigitador pone monedas, o lo que sea, en el pelo de un incauto y las saca enseguida con aire de descubrimiento. Es esencialmente un procedimiento legislativo, no judicial [...]».

⁵ Para Scalia (1997, pp. 17-18), «la amenaza *práctica* es que, con la pretensión o incluso el autoengaño de ir tras las intenciones legislativas no expresas, los jueces [...] vayan en realidad tras sus propios objetivos y deseos».

⁶ Es quizá el caso de Aharon Barak (2005), cuya defensa de una interpretación jurídica finalista que atiende tanto al texto legal como a la intención de su autor la ha descrito así Fish: «De modo que, siguiendo a Barak, podemos decir simultáneamente, y sin aparente contradicción, que el texto significa lo que su autor pretende, y también significa lo que su estructura semántica permite que signifique (porque a juicio de Barak la estructura semántica es un límite a lo que los autores pueden pretender), y también significa lo que los intérpretes contemporáneos, atentos tanto a la historia como a las necesidades presentes de la sociedad,

Por otra parte, a veces se ha querido ver eclecticismo donde a mi juicio no lo hay. Creo que un ejemplo es lo que Pérez Bermejo (2023, pp. 291-293) llama *subjetivismo moderado*. Según él hay dos posiciones subjetivistas que se ponen de manifiesto cuando la información sobre la voluntad legislativa es contradictoria. La «más pura» defiende atender a los datos sobre la voluntad real antes que al texto, lo cual se presenta a veces como «la superación de la letra por el “espíritu” de la ley». En cambio, los «moderados o “textualistas subjetivistas”» priman la letra de la ley como prueba más fiable de la voluntad legislativa. Entre ellos menciona a los originalistas estadounidenses, como Scalia, para quienes el contenido de la Constitución es el significado que tenía su texto cuando se promulgó. Esa categorización es inadecuada, porque los originalistas textualistas son objetivistas: según ellos cuenta como derecho el significado *público* original del texto y no el que quisieron darle sus redactores.⁷ Interesarse por la intención legislativa no basta para ser subjetivista, porque en otro caso todos los juristas lo son y la etiqueta es inútil. La clasificación tiene interés porque contrasta quienes ante la duda se atienen al texto legal y quienes hacen más caso a otros indicios de intención legislativa.

2.1.2. La doctrina subjetiva en acción

Ni los límites entre interpretar el derecho y crearlo ni la rivalidad entre las doctrinas objetiva y subjetiva se perciben bien sin ejemplos. En abstracto se afirma respectivamente que son ajenos a la interpretación de un texto los significados que no tienen soporte explícito o implícito en él (doctrina objetiva) o que su autor no pretendía (doctrina subjetiva). Pero esto dice poco, porque si no concretamos qué contenidos tienen conexión con el texto y/o con la intención de su autor no podemos entender propiamente qué está en juego, ni podremos tomar posición. El problema hay que verlo en casos para valorar qué estrategia interpretativa es más convincente. Pero no se trata de escoger la doctrina que produce el resultado que uno prefiere en cada caso, sino la doctrina que produce mejores interpretaciones a juzgar por los ejemplos. El

entienden que significa (en tanto respeten los fines estándar del ordenamiento y las definiciones estándar de los diccionarios). [...] Cuando dice que “mi enfoque es ecléctico”, no está bromeando» (Fish, 2008, p. 1120).

⁷ Para ser más claro, no sugiero que el originalismo nunca pone el foco en la intención subjetiva del legislador. Al contrario, el originalismo nació subjetivista y las tesis originalista y subjetiva están con frecuencia asociadas. Pero sí niego que el originalismo en general sea subjetivista, porque no lo es la variante textualista de los EUA, la cual da a su Constitución el significado objetivo que tenía para los ciudadanos en la época en que se promulgó y no el significado subjetivo que le dieron sus autores. Pérez Bermejo justifica su asociación de textualismo y subjetivismo diciendo que si «hemos de embarcarnos en una investigación léxico-histórica» ha de ser «porque esta es la única forma de reconstruir el sentido que los autores del texto atribuían a este» (2023, p. 292). Pero hay otra razón: reconstruir el sentido que le atribuían sus lectores; y esto es lo que exige el textualismo originalista. Para este es fuente del derecho el texto promulgado y no la intención con que se promulgó, y para conocer el derecho hay que investigar el significado público original del texto legal y no la intención de sus autores.

objetivo debería ser seleccionar un método de interpretación, no prescindir de los métodos y hacer lo que en cada momento uno crea conveniente.

Un filón de ejemplos académicos para discutir sobre la interpretación jurídica es la ordenanza municipal sobre parques. Según Barak (2005, p. 17), si la ordenanza prohíbe entrar con perros, extenderla a leones «es una actividad no interpretativa» que crea derecho. Fish (2008, pp. 121) contesta que si los documentos enseñan que quienes redactaron la ordenanza reaccionaban a incidentes causados por perros pero pretendían prohibir animales peligrosos para la salud y la seguridad públicas, y por «perros» quisieron decir «criaturas no humanas que podrían crear deshechos y parecer amenazadoras para quienes están en el parque», entonces el significado de «perros» en la ordenanza incluye leones y otros animales, y esa es su interpretación correcta. Según Fish, una vez asumido que «el significado de las palabras lo asigna el autor y no el texto [...]», la información acerca de lo que el autor tenía en mente no sería externa al texto; configuraría el texto y lo haría lo que es» (ibidem). Esta discusión es reveladora. Dejando aparte ahora la confianza de Fish en la «información acerca de lo que el autor tenía en mente», la clave es que según Fish cabe *interpretar* que la palabra «perros» en la ordenanza en cuestión denota leones y otros animales además de perros. En cambio, para la doctrina defendida aquí por Barak, dar este significado a «perros» crea una nueva norma, porque la palabra no denota leones ni siquiera con una interpretación muy extensiva.⁸

El ejemplo de los perros en el parque es semejante al de Hobbes sobre el hombre despojado de su casa por la fuerza. En ambos casos se discute si al interpretar la ley cabe dar a sus términos un significado que no admiten según los usos lingüísticos habituales entre los destinatarios de la ley. Según la doctrina subjetiva, puede y debe hacerse cuando hay motivos para creer que el legislador quería incluir el significado en cuestión. En tal caso el significado extraño no es ajeno al texto, sino su significado propio, porque el texto no significa lo que parece sino lo que quiso su autor. En frente, la doctrina objetiva exige basar la interpretación en lo que el texto mismo revela, ya sea explícita o implícitamente.

En la jurisprudencia española abundan las referencias a la intención legislativa, pero es difícil resumir en pocas palabras controversias jurídicas importantes cuya clave sea optar entre las doctrinas subjetiva y objetiva. Un caso notorio que puede servir es la interpretación dada por el Tribunal

⁸ Con todo, la versión finalista de la doctrina objetiva (defendida en otros pasajes por Barak 2005) podría justificar una interpretación que amplíe la prohibición a los leones sin incluirlos en el significado de «perros», argumentando que lo exige el propósito manifiesto del precepto. Por otro lado, la doctrina objetiva más declarativa o textualista también puede aceptar que la prohibición se aplique a los leones si el ordenamiento autoriza la aplicación analógica de normas (lo cual no es evidente con prohibiciones). Esta doctrina no niega la posibilidad de que una disposición sea aplicable a supuestos que no regula pero son similares a los que regula. Lo que niega es que esto sea interpretar la disposición (pero cabría llamarlo *interpretación del ordenamiento*).

Supremo español (TS) al artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que otorgaba derecho a indemnización a «quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios».⁹ El TS (Sala Tercera) en Sentencia de 27.01.1989 [ECLI: ES:TS:1989:404] dijo que «la finalidad del art. 294 exige su aplicación no sólo en los casos de inexistencia del hecho, sino también en los de probada falta de participación». Pero añadió que ese criterio no era extensible «a los casos de falta de prueba de la participación en el hecho», como el que debía resolver. El TS mantuvo este doble criterio hasta que en 2010 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo ver que devaluaba la presunción de inocencia de los absueltos por falta de pruebas de participación, a quienes se les negaba esa indemnización. Entonces el TS declaró en sentencia de 23.11.2010 [ECLI:ES:TS:2010:6698] que como no podía extenderla también a ellos, porque el legislador «en modo alguno contempla la indemnización a todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria», debía interpretar el texto por sus palabras y circunscribir la indemnización a los casos de inexistencia del hecho imputado. Se ve así que el TS consideró conforme a la intención legislativa interpretar que «inexistencia del hecho imputado» incluye la existencia del hecho imputado cuando se prueba la no participación, pero no así cuando no se prueba la participación; y decidió por ello aplicar el artículo prescindiendo de su sentido lingüístico, hasta que se vio obligado a rectificar. Aunque el TS justificó su primer fallo en la finalidad del precepto, todo indica que lo atribuía a la intención oculta de legislador, pues la finalidad visible del precepto era indemnizar si y solo si la absolución o el sobreseimiento libre se debía a inexistencia del hecho imputado.

También en la doctrina jurídica española es común interpretar con el método subjetivo. Un ejemplo es el comentario de Rivas Martínez (2016) al artículo 721 del Código Civil español, que dispone que el testamento militar cerrado «se otorgará ante el Oficial y los dos testigos que para el abierto exige el artículo 716 [...]». Según el artículo 716, en tiempo de guerra, los militares en campaña «...podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán». De la lectura de ambos artículos resulta que el testamento militar cerrado requiere la asistencia de un oficial con la categoría de capitán o superior; pero según Rivas Martínez «no parece que sea esta la intención del legislador, porque aunque muy deficientemente expresado, parece que quiso dar facilidades a esta forma testamentaria, por lo que creemos lo más acertado hacer una interpretación amplia y extensiva de esa palabra oficial y comprender dentro de su ámbito [...] también las otras personas que enumera el citado 716 (el Capellán, facultativo o el que mande el destacamento)».

⁹ Las frases «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» fueron declaradas inconstitucionales y nulas por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 85/2019, de 19 de junio, precisamente a raíz de que la interpretación del precepto revelase sus implicaciones contrarias a la presunción de inocencia.

2.1.3. Subjetivismo sin oposición

Vincular la prescripción legal a la intención legislativa es sencillo e intuitivo cuando no presenta problemas y no hay propuestas alternativas. Algunas defensas de la doctrina subjetiva se sitúan en este cómodo escenario y afirman con cautela que importa la intención legislativa consistente con el texto legal.¹⁰ Según esto, la intención legislativa es el criterio preferente para interpretar la ley una vez descontado el criterio del significado textual, que no compite.¹¹ Algún autor se declara defensor de una «legisprudencia intencionalista», pero no cree que una interpretación de la ley sea ilegítima «por no ajustarse a las que se saben intenciones específicas del legislador al promulgar esa ley, pues es el texto promulgado, y no la motivación tras ese texto, lo que ha de ser interpretado» (Duxbury, 2012, p. 101 y 109). Pero el interés del debate entre las doctrinas subjetiva y objetiva y de los argumentos que las sostienen no está en defender estrategias interpretativas que lo armonizan todo y son pacíficas entre los juristas, sino más bien en dar distinta importancia a la intención y al texto cuando parecen discrepar. Son doctrinas conflictivas y por eso la discusión sobre ellas es relevante. Esta apreciación no implica, desde luego, que carezcan de valor los enfoques moderados que tratan de integrar aspectos de ambas doctrinas sin caer en un eclecticismo inconsistente. Sería el caso de los enfoques que aceptan la primacía de la presunta intención del legislador sobre el significado público del texto legal si y solo si este se percibe como un error o lapsus o lleva al absurdo.¹² La calificación

¹⁰ Así, escribe Pérez Algor: «La conclusión es clara: la voluntad del legislador, siempre que sea perfectamente cognoscible y no contradiga el texto legal, se impone con preferencia sobre cualquier otro factor que pudiera ser tenido en cuenta en el proceso interpretativo» (Pérez Algor, 1995, pp. 61-62). El autor avisa en nota al pie que no es su tema determinar la preferencia entre el texto de la ley y la intención del legislador que no se refleja en él.

¹¹ A veces incluso se invoca la intención legislativa para *reforzar* la interpretación conforme con el significado natural del texto y desactivar lecturas correctoras. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 05.12.2017 [ECLI: ES:APSA:2017:722] se preguntó si el artículo 379.1 del Código Penal («El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses [...]») es aplicable siempre que sucede el hecho descrito o solo cuando crea un riesgo real; y resolvió lo primero alegando que «la voluntad del legislador está clara, al rechazar expresamente la toma en consideración de circunstancias concretas que enerven el peligro potencial de la conducta». Esta frase reproduce (sin citarlo) a García Albero (2007, p. 16), quien además explica que al tramitar la redacción del artículo fueron rechazadas las enmiendas que proponían incluir la condición de riesgo.

¹² Desde el intencionalismo, Ekins (2014, p. 21) escribe que los intérpretes deben ser cautelosos y es dudoso que deban corregir las discrepancias entre lo pretendido por el legislador y los medios que escogió para lograrlos; pero «deben procurar evitar lo absurdo y deben estar dispuestos a reconocer los errores de redacción». Pero tiene razón Solan (2010, p. 108) en que no siempre es fácil establecer si la ley yerra porque el legislador no quería decir lo que dijo o porque quiso decir algo errado. En un caso de 1985 que comenta, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos examinó una ley que disponía una prescripción de derechos que podía evitarse solicitándolo «antes del 31 de diciembre de cada año». En el caso juzgado la solicitud se presentó el mismo 31 de diciembre, que la Administración había informado que era parte del

de error o lapsus legislativo puede ser discutible, pero la idea de que los errores claros deben ser corregidos es pacífica, porque nadie discute que un texto legal claramente ajeno a la intención del legislador carece de la autoridad de esta.¹³

Como ya dije, los esfuerzos por armonizar los enfoques subjetivo y objetivo de la interpretación se enfrentan al hecho de que a menudo producen resultados contradictorios y hay que tomar partido. A veces lo que la disposición prescribe (objetivamente) según su significado común o su propósito aparente no es lo que, según la información histórica, pretendía (subjetivamente) quien la aprobó. Solan (2005, p. 458 y 2010, p. 109) pone como ejemplo un caso de 1991 del Tribunal Supremo estadounidense que discutió si una ley que prohibía a los estados discriminar «en la participación política y al elegir representantes» era aplicable a la elección de jueces. La mayoría del tribunal, tras analizar la intención legislativa, entendió que lo era; con la oposición textualista de Scalia, para quien era indudable «que el significado común de ‘representantes’ no incluye a los jueces». Este ejemplo muestra que la (supuesta) intención legislativa puede justificar interpretaciones de la ley que su significado común no tolera. Solan considera que la interpretación de Scalia (que comparte) también se basa en la intención, porque afirma que tras atender al significado común hay que comprobar si hay en el texto o en la estructura de la ley alguna indicación sólida de que se pretendía un significado distinto. A mi juicio Solan no distingue aquí suficientemente cómo juega la intención en la doctrina intencionalista y en la doctrina textualista defendida por Scalia. La idea de que ambas doctrinas tienen en cuenta la intención desfigura la importante diferencia entre ellas, que de hecho en el caso comentado llevó a discrepar sobre la solución legal. Lo que entiendo que sostiene Scalia es que la ley crea derecho por lo que dice y no por lo que (supuestamente) quiso decir el legislador; pero lo que *dice* la ley hay que entenderlo con cierta competencia lingüística y jurídica, que entre otras cosas requiere discernir contextualmente para cada término si tiene su significado común o alguno peculiar, ya sea técnico, metafórico, lato o estricto, etc. Y si bien para discernir la acepción correcta de los términos legales hay que figurarse cuál era la intención al emplearlos, no es necesario (ni según Scalia apropiado) investigar tal intención históricamente,

plazo. El tribunal sostuvo que la solicitud estaba fuera de plazo, porque el texto legal estaba claro y no era evidente (pese a lo afirmado por algún miembro) que hubiese un error de redacción no intencionado. (Según Solan el tribunal sugirió en nota al pie que el solicitante podría reclamar a la Administración por haberle llevado a engaño, lo cual provocó que esta no aplicase la prescripción).

¹³ Ver Rodríguez-Toubes Muñoz (2021). Un caso de corrección jurisprudencial de un supuesto error legislativo en el derecho español puede ser la interpretación dada al inciso final del artículo 1967 del Código Civil (que se remite a «los tres párrafos anteriores» habiendo cuatro) en la STS, 1ª, 944/1996 de 15.11.1996: abarca también el primer número «puesto que sin duda tal exclusión se debió a un «lapsus legislatoris» derivado sin duda de un error mecánico de transcripción, que haría ilógica y absurda una interpretación literal». También es susceptible de interpretación correctora por *lapsus* el artículo 173.1 del Código Penal español, donde la frase «los tres párrafos anteriores» perdió su sentido original y lógico cuando una reforma introdujo un nuevo párrafo segundo.

sino que basta con presumirla con la información que aporta la ley misma, el trasfondo de conocimiento jurídico y extrajurídico y el sentido común.

La controversia del intencionalismo con el objetivismo textualista es en muchos casos sutil, pero existe. Los intencionalistas justifican interpretar la ley prescindiendo de su significado aparente o público cuando no refleja la intención legislativa real, y tomar esta como fuente del derecho legislado, pero para los textualistas el significado público de la ley (excluidos los errores de redacción notorios) es ya el derecho legislado y no hay razón para buscarlo en otra parte. Escribe Solan que «como posición por defecto los tribunales deberían ciertamente tener en cuenta la intención legislativa, y decidir si los indicios de intención legislativa que contradicen la manera en que la mayoría de la gente entendería la ley como está escrita deberían tener prioridad sobre el lenguaje mismo» (Solan, 2005, p. 484 y 2010, p. 117).¹⁴ Pero que la intención tenga la «prioridad sobre el lenguaje» puede llevar a atribuir a la ley un significado que no tiene, con el argumento de que lo tendría si el legislador hubiese sabido comunicar bien su intención. Pero los textualistas no aceptan establecer el contenido jurídico de la disposición pasando por encima de su texto y yendo *más allá*, salvo cuando está claro que dicho texto es fruto de un error; si bien algunos aceptan interpretaciones flexibles del lenguaje legal cuando lo justifica el contexto de uso, pues las circunstancias a veces hacen que el significado público sea distinto del literal más común.¹⁵

2.2. Intención y finalidad

Es frecuente identificar intención, finalidad, propósitos, objetivos y metas; lo cual lleva a tratar en la misma categoría la interpretación intencionalista y la teleológica.¹⁶ En mi opinión conviene distinguirlas, incluso

¹⁴ Aunque Solan muestra ser intencionalista, a veces revela recelos y prevenciones, en particular cuando se trata de interpretar disposiciones penales. Un ejemplo es su comentario sobre un caso visto por un tribunal de apelación de EUA en 2003, sobre el castigo legal por «vender o disponer de otra manera» un arma de fuego a un convicto, que se había aplicado a alguien que había dejado un arma a su hermano para que se la guardase. El tribunal confirmó la condena argumentando que, si bien cuando la ley es ambigua hay que interpretarla en general a favor del reo, importa más seguir la intención legislativa, la cual, según los materiales prelegislativos, era incluir en la regla un amplio rango de transferencias de armas. En opinión de Solan (2005: 484 y 2010: 118), el tribunal se excedió en su argumento; porque la intención legislativa no basta para criminalizar una conducta ajena a cualquier interpretación razonable del texto (esto es, donde no hubiese la ambigüedad del ejemplo). Otra cautela de Solan es que hay valores que pueden desplazar la intención legislativa. Así, puede que la regla *in dubio pro reo* impida la aplicación inclusiva preferida por el legislador.

¹⁵ El textualismo puede coincidir con el subjetivismo en que el contenido jurídico introducido por el legislador «puede a menudo ser diferente del contenido semántico de las oraciones que emite» (Ekins, 2012, p. 211), porque el significado público de la ley tiene componentes pragmáticos añadidos a los semánticos (ver § 3.1).

¹⁶ Por ejemplo, Fish (2008, p. 1125, n. 60) identifica *purposivism* con «leer a la luz de la intención», que según él es la única manera de interpretar (no es un método más, porque no hay otra interpretación posible).

con una distribución terminológica *ad hoc*. Algunos autores consideran que *intención* connota objetivos más específicos que *finalidad* o *propósito*.¹⁷ Otros autores hacen una distinción terminológica entre intención y finalidad legislativa donde, dicho rápidamente, la *intención* se refiere al significado de la ley y la *finalidad* a los estados de cosas afectados por ella. Para ellos la intención atañe a lo que se quiso decir o comunicar con el texto legal, al significado que el legislador quiso dar a sus expresiones y oraciones; mientras que la finalidad atañe a lo que se pretende conseguir con la ley, a los efectos que debe producir.¹⁸ Así, según Alexander y Prakash (2004, p. 994) «los textos legales están dirigidos a conseguir ciertas metas. Pero las metas a cuya consecución se dirigen no son lo mismo que los significados que hay intención que transmitan». Su ejemplo es una instrucción que confunde una palabra y cuyo propósito está claro pero es inalcanzable: quien la hace comete un error acerca de cómo transmitir lo que quiere decir (error sin importancia si captamos lo que intentaba decir) y otro error distinto acerca de si lo que quería decir conseguiría lo que perseguía al decirlo. Estos autores protestan de que se atribuya a los intencionalistas querer corregir también el segundo tipo de error, porque ellos «no defienden apartarse del significado intencional cuando el intérprete concluye que el legislador cometió un error sobre lo que conseguiría ese significado o sobre lo bien que ese significado satisface los valores del legislador» (2005, p. 995). En su descripción, el intérprete intencionalista corregiría el error semántico aceptando el significado pretendido, pero no se sentiría obligado a corregir la norma para darle el efecto pretendido.¹⁹

¹⁷ Traduzco como «finalidad» o «propósito» la palabra inglesa *purpose*, y como «intención» las palabras *intention* e *intent*. Según Dickerson (1975, p. 224), «los juristas tienden a identificar la finalidad legislativa inmediata con la “intención legislativa” y a reservar el término “finalidad legislativa” por cualquier finalidad más amplia o remota (“ulterior”)». Y según Eskridge (1987, p. 1546) «el propósito legislativo es un concepto más elástico que la intención legislativa», de modo que la interpretación finalista defendida por Hart y Sacks, a diferencia de la intencionalista, permite que la legislación se desarrolle.

¹⁸ Sinclair (1997, p. 1356) cita aprobatoriamente una sentencia de 1995 que distinguía entre lo que el legislador quiso decir con sus palabras, que ilumina el significado de la ley e importa para interpretarla, y lo que esperaba que sucediese a partir de la nueva ley, una intención abstracta que apenas asiste la interpretación. Y para Wright (2006, pp. 991-992), la intención legislativa es el mensaje que quien escribió el texto «espera comunicar por medio de las palabras elegidas», «la idea que quiso trasladar»; mientras que el propósito legislativo es «lo que un legislador imagina o espera que cambiará en el mundo mediante la promulgación de la ley», que no es solo el efecto directo que quiere que produzca. Por ejemplo, la intención legislativa en la ley que ordena abonar las costas a los condenados en pleitos sobre derechos civiles es que los abogados de las partes vencedoras cobren sus honorarios, pero el propósito podría ser incentivar a los abogados a aceptar tales casos.

¹⁹ También para Alexander y Sherwin (2008, p. 143), «el significado pretendido por un legislador puede chocar completamente con su propósito al promulgar la norma». Así ocurre si decide aprobar una prohibición para lograr un objetivo que en realidad solo se lograría sin ella. En tal caso, según la doctrina subjetiva defendida por estos autores la regla significa la prohibición pretendida y no el permiso requerido por su finalidad.

Lo cierto es que la finalidad de la ley, entendida como el propósito que esta debería conseguir, es una noción a la vez ambigua y vaga. Es ambigua porque tiene al menos dos acepciones: un propósito subjetivo identificado con los objetivos y pretensiones del legislador; y un propósito objetivo que puede ser inferido del texto y contexto de la ley.²⁰ Y es una noción vaga porque los fines son graduales en generalidad y también en vinculación y proximidad con la ley que los persigue. Así, hay propósitos específicos que la ley debería lograr directamente y con rapidez (como ampliar un plazo); y en el extremo opuesto hay fines muy generales que la ley solo impulsa como aspiraciones a largo plazo (como el pleno empleo). Por otra parte, la propuesta de asociar la intención con el lenguaje y la finalidad con el mundo tiene el problema de que normalmente la intención comunicativa de un emisor se debe a lo que quiere conseguir con su emisión. Por ejemplo, quien en la taquilla de la estación de tren pide un «billete» refiriéndose al documento de viaje tiene esta intención comunicativa (*quiere decir eso*) porque su propósito es viajar. Pero si su propósito fuese cambiar unas monedas tendría otra intención comunicativa y «billete» referiría al dinero en papel. Así las cosas, esta manera de diferenciar entre intención y finalidad no distingue las interpretaciones que atienden a una u otra. En mi ejemplo, no habría diferencia entre interpretar el significado de «billete» por la intención de quien lo pide o por el fin que pretende.

Por claridad taxonómica y afinidad con el uso jurídico actual, creo preferible trazar la distinción entre intención y finalidad tomando como eje el contraste tradicional entre las orientaciones subjetiva y objetiva en la interpretación. Según este uso, la intención legislativa es el objeto de interés de la doctrina subjetiva: el fin que el legislador pretende conseguir con la ley y que motiva lo que quiere comunicar con ella. La intención es relativa al legislador, es subjetiva; y a su vez puede ser sobre el significado de la ley (comunicativa, lingüística) o sobre sus efectos (teleológica, consecuencialista). Por el contrario, la finalidad de la ley es lo que interesa a la doctrina objetiva teleológica (no tanto a la declarativa o textualista); a saber: el fin pretendido con la ley a tenor de su texto y del contexto relevante. La finalidad es propia de la ley y no relativa a nadie en particular; es objetiva u objetivable. Puede ser clara y evidente en el texto legal o solo una presunción fundada. Idealmente la finalidad de la ley refleja la intención del legislador, pero los objetivos aparentes pueden no ser los pretendidos. Ante esta discrepancia, la interpretación objetiva prima la finalidad aparente y la subjetiva lo pretendido. Diferenciar entre

²⁰Por supuesto, esta ambigüedad de la palabra «finalidad» la comparte «intención». Así Naffine, Owens y Williams (2001, p. 12) llaman «intención» tanto a la voluntad psicológica como a la finalidad manifiesta cuando observan que «el debate sobre si la intención es un evento mental ‘privado’ o una función del significado y la interpretación públicos es especialmente agudo cuando las intenciones se expresan en un texto (incluido el derecho positivo) al cual debe dar significado una comunidad de usuarios de la lengua». Pero ellos reconocen que «la idea misma de la intención de un texto parece tan contraintuitiva» que «podría pensarse que indagar la intención legislativa entraña indagar la intención del autor humano *detrás* del texto» (ibidem). Esta me parece una razón para no llamar *finalidad* a los propósitos de la ley y reservar *intención* para los propósitos de su autor.

intenciones y fines refleja el contraste de la doctrina subjetiva con la doctrina teleológica o finalista y capta también la comprensión común del propósito de una ley, que no suele asociarse a las intenciones originales que la motivaron, sino más bien a los fines que aparentemente persigue.²¹ Pero asumir esta estipulación terminológica no supone desconocer que las palabras *intención*, *finalidad*, *propósito*, *pretensión* y otras tienen un uso muy parecido en el habla común.

2.3. Metodología de la doctrina subjetiva

Algunos autores, como Tarello (2013, p. 328), tratan la doctrina subjetiva como un *argumento psicológico*. Me parece un error, porque orientar y justificar la interpretación de un texto por la fidelidad a la intención de quien lo emitió no siempre tiene que ver con la psicología. Hay un argumento psicológico cuando el significado y la interpretación de la ley se vincula a estados mentales de personas físicas involucradas en el proceso legislativo, a pensamientos y actitudes; pero no cuando la intención legislativa es un constructo artificial o una metáfora, como ocurre también en la doctrina subjetiva.²²

La doctrina subjetiva es una teoría hermenéutica prescriptiva que postula el método correcto de interpretar disposiciones jurídicas y a la vez un argumento que fundamenta las interpretaciones realizadas y las justifica y defiende frente a otras alternativas. Históricamente se empleó para complementar y corregir la interpretación literal o gramatical.²³ Ha tenido

²¹ Según un estudio experimental, en general la gente «no identifica el propósito de una ley con las intenciones originales que la impulsaron, ni con los fines deseables que podría perseguir. Por el contrario, la gente entiende el propósito de una ley como la práctica a la que da servicio actualmente» (Almeida *et al.*, 2023, p. 2).

²² En cambio no es doctrina subjetiva todo lo que parece serlo, como ejemplifica Savigny. Según su estudio de 1802 (trad. Savigny, 1979) interpretar la ley es reconstruir el pensamiento expresado en ella, pero para él esto es exponer lo que la ley expresa objetivamente y no una investigación psicológica: «Se dice generalmente que en la intención todo depende de la intención del legislador, pero esto es verdad a medias, porque depende de la intención del legislador en cuanto ésta aparece en la ley» (Savigny, 1979, p. 13). Que Savigny no defiende la teoría subjetiva lo subraya Larenz (1980, p. 36, n. 4).

²³ Salvador Coderch (1985, p. 451) señala la identificación en el siglo XVIII de la intención legislativa con el sentido *lógico* o *ratio* de la ley, cuya primacía entró en crisis cuando el legislador dejó de dar explicaciones sobre ella (p. 453) y pasa a defenderse la primacía a la ley publicada y su espíritu manifiesto, como hace Thibaut en 1799. Sobre la ascendencia de la intención legislativa en el *Common law* en el siglo XIX, vid. Blatt (1985, p. 808 y ss.). Esta tradición del *common law* de interpretar los textos jurídicos atendiendo a la intención de sus autores se trasladó a la interpretación de las leyes y de la Constitución (Kay, 2009, p. 705). En el derecho continental europeo, la doctrina subjetiva tuvo un gran auge en el siglo XIX con la Escuela de la Exégesis francesa.

muchas vicisitudes y protagonizado muchos debates, pero siempre ha tenido defensores.²⁴

En principio la doctrina subjetiva sirve para interpretar cualquier texto con autoría intencional; pero tiene más peso con disposiciones generales que con textos aplicativos, como sentencias.²⁵ Esta doctrina justifica emplear cualquier técnica apta para indagar y reconocer la voluntad de los responsables de la ley. El intérprete ha de estudiar el texto legal para inferir de él la intención legislativa, pero le sirve igualmente cualquier otra fuente de información.²⁶ Una fuente muy recurrida son los llamados trabajos preparatorios y materiales prelegislativos que documentan la preparación del texto finalmente aprobado. Ambas expresiones pueden ser intercambiables, pero a veces se llaman *trabajos preparatorios* específicamente a los textos y los debates producidos en las comisiones técnicas que redactaron el proyecto o la proposición inicial, a diferencia de los producidos en las comisiones y en el pleno de la asamblea legislativa, que integrarían otros materiales prelegislativos.²⁷ Algunos juristas creen que son aprovechables para conocer el contenido de una ley todos los actos de voluntad que le dieron vida, desde su origen hasta su aprobación y promulgación final.²⁸ La práctica de interpretar la ley con ayuda de información anterior a su aprobación es muy extendida, pero también muy debatida, sobre todo en la doctrina estadounidense (ver *infra* § 4.2).²⁹ En general, la doctrina

²⁴ Hay quien percibe incluso un resurgimiento reciente (Brudney, 2007). Klatt (2017, pp. 92-103) discute la «rehabilitación de la teoría subjetiva de la interpretación» frente a la tesis del límite semántico.

²⁵ Lo señala Tarello (2013, p. 45): «difícilmente será considerado sensato –en un contexto institucional en el que la jurisdicción no es considerada una prerrogativa feudal, como en otras épocas lo fue– guiarse, en la interpretación de una sentencia, por indicios sobre la voluntad del juez».

²⁶ Vid. Brest (1980, p. 209): «El texto de la disposición es a menudo una guía útil de las intenciones de quienes la adoptaron, pero el texto no tiene un estatus privilegiado sobre otras fuentes». Porque «al intérprete intencionalista le interesan las intenciones de quienes adoptaron el texto estén o no incorporadas en él» (ibid., p. 212). MacCormick (1993, p. 21) clasifica la búsqueda de la intención autoral como argumento «transcategorial» porque toma como apoyo otros elementos y argumentos.

²⁷ Hace esta distinción Pérez Bermejo (2023, p. 294), que propone identificar el «legislador» con las personas con responsabilidad en los trabajos técnicos previos (p. 308).

²⁸ Dicen Lacruz *et al.* (2012, p. 237): «En cualquier caso, si el contenido volitivo se manifiesta sobre todo por los fines empíricos y las directrices ideales del precepto, inicialmente donde puede reconocerse es en su origen, lo mismo si el legislador, además de poner en vigor la ley, es autor de su texto, como si el contenido intelectual procede de comisiones legislativas u otras personas desprovistas de potestas, pues al promulgar la ley el legislador no priva a ésta de su carácter de acto (más o menos) inteligente de otros». «Es, en definitiva, el contenido intelectual que puso en la ley la persona que realmente la redactó, los propósitos de aquellas personas que realmente quisieron la ley, lo que debemos buscar para entender el significado del texto» (ibid., p. 238).

²⁹ Solan (2010, p. 84) explica así el razonamiento metodológico de la doctrina subjetiva: «La intención puede ser inferida a menudo, al menos en parte, de las circunstancias que rodearon la promulgación de la ley. Entre estas circunstancias están la tramitación legislativa en la que se

subjetiva se vale de todas las fuentes del llamado *criterio histórico* para interpretar las disposiciones jurídicas, incluidos sus «antecedentes históricos y legislativos» (expresión del artículo 3.1 del Código Civil español) y sus preámbulos o exposiciones de motivos.³⁰

3. Razones de la doctrina subjetiva

La defensa de la doctrina subjetiva suele articularse con tres tipos de razones que trataré en los siguientes subapartados. Hay razones lingüísticas, relativas al modo en que se comunican los significados (§3.1). Hay razones políticas, relativas a la autoridad para legislar (§ 3.2). Y hay razones jurídicas, relativas a las reglas hermenéuticas vigentes en el ordenamiento (§ 3.3).

3.1. Razones lingüísticas

La doctrina subjetiva se apoya en la premisa de que el significado de una emisión lingüística depende de la intención con que se hizo. La doctrina tiene a su favor la poderosa vinculación intuitiva entre texto y autor: es difícil sustraerse a la idea de que el contenido informativo o prescriptivo de los textos depende de lo que sus autores quisieron decir o expresar con ellos.³¹ Los textos, legales o no, tienen significado solo cuando son un medio de comunicación.³² Este requisito exige poco: para presuponer que un texto comunica y tiene significado basta que se haya emitido con un mensaje descifrable con algún código. Pero si un texto tiene significado porque se emite para comunicar con él, es natural pensar que su significado depende de lo que quiso comunicar su

redactó la ley, durante la cual se debatieron su sustancia y su forma. De hecho, no tener en cuenta este tipo de información aumenta la probabilidad de que un tribunal acepte una interpretación que no se corresponda con las intenciones del legislador».

³⁰ Ver Rodríguez-Toubes (2013). Según Pérez Bermejo (2023, p. 290) «la “interpretación histórica o subjetiva” no se refiere a los precedentes legislativos [...] sustituidos por la ley interpretada». Sin embargo, una técnica habitual para reconocer la voluntad tras una disposición es comparar su texto con el de otras precedentes, para inferir de las diferencias la intención del cambio. Por ejemplo, el artículo 318 bis del Código Penal español castiga al «que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros», y como en su redacción original el artículo hablaba de «promuevan, favorezcan o faciliten» en vez de «ayuden», se interpreta que el cambio legal probablemente se hizo con la intención de restringir la autoría y excluir casos de mera colaboración (Martínez-Buján Pérez, 2023, p. 1112).

³¹ Como observa Solan (2005, p. 429), la psicología humana hace «natural preguntar qué tenía en mente el legislador cuando promulgó una ley cuya aplicabilidad está en disputa»; y «no debería sorprender que el vocabulario de la “intención” se deslice en la retórica de incluso los más devotos textualistas, y lo use la judicatura miles de veces cada año».

³² El significado del que tratamos es por supuesto el que Grice (1957, p. 378, trad. 2005 y 1989, p. 213) llamó *no natural*, para distinguirlo del significado *natural* propio de los signos indicativos de relaciones causales. Aunque cabe decir que la nieve *significa* frío, este *significado natural* es muy distinto de la relación semántica que nos ocupa, por la cual «nieve» significa agua helada (etc.).

emisor. Si parece absurdo atribuir significado a un texto escrito sin intención comunicativa, también lo parece atribuirle significado prescindiendo de dicha intención. Unas marcas en la arena con forma de palabra nos parecerán significativas si y solo si creemos que las hizo alguien a propósito, no si las hizo una tortuga o el viento; y para dar significado a esas marcas supondremos cómo pretendía que las entendiésemos quien las hizo.

La anterior reflexión ha llevado a muchos autores a sostener que el significado de una ley está determinado por lo que quiso transmitir con ella quien la promulgó y que, en consecuencia, interpretar la ley para atribuirle significado consiste sobre todo en reconocer esa intención original. Sin embargo, esa conclusión no es evidente. Por el contrario, somos perfectamente capaces de entender un texto escrito por una máquina programada con un modelo de lenguaje natural, y el hecho de haber sido compuesto sin ninguna intención no nos impide atribuirle significado. Las máquinas que escriben autónomamente textos inteligibles, ahora muy sofisticados, no tienen el tipo de estado mental que asociamos a «querer decir» algo o a tener la «intención» o la «voluntad» de decir algo. Esta realidad indica que el significado no es necesariamente el resultado de un acto intencional; con lo cual pierde fuerza el vínculo del significado de la ley con la voluntad del legislador. Pero esta observación tampoco zanja el debate. Por lo pronto cabría objetar que la ley tiene fuerza normativa y no es un texto cualquiera, y que no hay significado normativo sin el respaldo de una voluntad. Se alegaría que si bien reconocemos significado a textos creados por máquinas, no estamos dispuestos a seguir como normas sus imperativos o instrucciones, ni consideramos que nos obliguen, precisamente porque no los podemos atribuir a ninguna autoridad intencional. Esta objeción no me parece concluyente. Considérese como contraargumento esta instrucción en un panel electrónico de una autopista: «Encienda las luces del vehículo». Pienso que tal instrucción tiene significado normativo con independencia de que la haya generado una persona o un programa informático.³³ Volveré después sobre esto.

3.1.1. Significado e intenciones

Como dije, según algunos teóricos una emisión tiene significado si y solo si alguien la hizo para que lo tuviese. Y si un texto tiene significado solo porque su autor quiso dárselo, para interpretar el texto y atribuirle significado hay que indagar qué quiso decir con él su autor. Stanley Fish, es rotundo al respecto: «Centrarse en la intención no es un enfoque de la interpretación –un método posible en competencia con otros métodos–, es interpretación» (Fish, 2008, p.

³³ Cabría contraargumentar que el programa crea significados normativos si y solo si está respaldado por una autoridad intencional, y que esta y no el programa es quien en último término da significado a la instrucción. Pero entonces habría que aplicar la misma lógica a alcaldes, ministros y a todas las demás autoridades jurídicas que actúan respaldadas por una atribución legal de competencias. El significado de una orden ministerial no vendría dado por la intención del ministro, sino por la del legislador que le confirió su autoridad normativa.

1112).³⁴ Los teóricos que vinculan significado e intención niegan que haya emisiones con significado que no son intencionales. Insisten en que si unas personas ven unas marcas en el suelo con forma de palabra y se ponen a debatir sobre su significado, dejarán de hacerlo si les dicen que las marcas las hizo el agua o una persona que no quería escribir nada sino solo marcar un terreno: «sin intención de significar, no hay significado» (Alexander y Prakash, 2004, p. 977).³⁵

La tesis de que el significado de una emisión depende de la intención con que se hizo tiene apoyo teórico en la obra de Paul Grice. Según él, el significado *no natural* de un signo (el que no solo correlaciona causas y efectos, como al decir «Estos granos significan sarampión») «ha de explicarse en términos de lo que quienes lo usan quieren (o deberían querer) decir con él en ocasiones concretas»; y para que una emisión tenga tal significado no basta que se haya hecho con la intención de inducir una creencia en una audiencia, sino que el emisor debió tener también la intención de que la audiencia reconozca esa intención de su emisión (Grice, 1989, p. 217). Este postulado de que son las intenciones comunicativas las que dan significado no natural a las emisiones ha tenido gran acogida entre los lingüistas y explica que por lo general crean que interpretar una emisión es sacar a la luz la intención con que se hizo.

La explicación del significado en clave intencionalista sirve de fundamento en la teoría jurídica a la tesis subjetiva de la interpretación. Inspirándose en Grice, Marmor (2005) [1992 (trad. Marmor, 2001)] distingue dos sentidos de *significado* de interés para la interpretación jurídica: «el significado *de una* expresión, básicamente determinado por normas o convenciones, al menos en el contexto semántico»; y el significado que se quiere transmitir con ella, esto es, «que alguien quiera decir *que* tal o cual por medio de una expresión, lo cual normalmente se describe en términos de intenciones comunicativas» (2005, p. 22; cfr. 2001, p. 46). Pues bien, según Marmor la primera noción (semántica) no explica el concepto de interpretación, que no consiste en seguir normas o convenciones: «La noción pragmática de “significado”, entendida en términos de intenciones comunicativas, parece más adecuada» (2005, p. 22). Para Marmor, «la interpretación consiste esencialmente

³⁴ Para Fish el intencionalismo no es un método ni una teoría, sino la respuesta a la pregunta por el significado de un texto, «y por tanto la definición correcta de lo que es necesariamente la interpretación» (2008, p. 1113, 1138).

³⁵ Fish contesta la tesis de Scalia de que si una convención establece que al sonar la alarma hay que abandonar el edificio, la alarma transmitirá ese significado aunque la active un mono. Replica que «la alarma no transmitirá un significado si quienes la oyen saben que la ha activado un mono, igual que no lo transmitiría si saben que ha sido activada por un cuadro caído de la pared» (Fish, 2008, p. 1111). Según él, solo los agentes intencionales tienen capacidad de transmitir significados. El caso sería diferente –sigue– si quien oye la alarma sabe que el mono está adiestrado para activarla, «pues entonces se entendería que el mono y la alarma son el vehículo de la intención del adiestrador» (ibidem). «Cuando no hay información creíble sobre la intención del autor, se abandona la interpretación, que *es* el esfuerzo por determinar esa intención, y se prueba otra cosa» (ibid., p. 1129).

en atribuir intenciones»; pero con un matiz importante: «las interpretaciones no tienen que basarse en las intenciones de autores reales; el significado de un acto o expresión puede entenderse en términos de intenciones contrafácticas, esto es, en términos de las intenciones que se podrían atribuir a un autor ficticio caracterizado de determinada manera» (Marmor, 2005, p. 25). Esta concesión es clave e implica admitir que hay más nociones de significado que las dos enunciadas (semántica y pragmática/intencional). Sobre todo, la noción de «significado de la emisión», que es lo que el hablante presumiblemente pretendía comunicar a tenor de la información disponible para su audiencia (Goldsworthy, 1995, p. 442). Marmor (2005, p. 22, n. 20) señala que como este significado puede no ser el que el hablante de hecho quería comunicar, es contrafáctico; pero como acabamos de ver él no niega que haya significados asociados a intenciones contrafácticas. A mi juicio, el *significado de la emisión* – una noción pragmática que no depende de las intenciones de ningún emisor específico – es precisamente el objetivo más plausible al interpretar disposiciones jurídicas.

Para los intencionalistas como Marmor o Solan, el lenguaje sirve para comunicar intenciones y «nuestras leyes no pueden ser otra cosa que esfuerzos por comunicarse basados en la intención de quienes las redactan» (Solan, 2005, p. 437 y 2010, p. 88); y «si determinar la intención es un elemento necesario de la interpretación, entonces el lenguaje legal no puede ser más que un indicio de esa intención», lo cual choca con la idea de algunos juristas de que lo que la ley dice es ya derecho y no solo indicio del derecho (2005, p. 465 y 2010, p. 110). Solan admite que la tesis intencionalista tiene la grave implicación constitucional de que para crear derechos y obligaciones no basta con promulgar leyes, y que para conocer el derecho puede ser necesario indagar fuera de las leyes; pero advierte que su argumento es lingüístico y no le afectan las «inquietudes políticas» (2005, p. 466 y 2010, p. 111). A la objeción de que los usos lingüísticos están condicionados por las reglas del idioma común empleado, Solan responde que la intuición de que entendemos un idioma que está *ahí fuera* es una ilusión creada por la experiencia de la comunicación (ibidem). Según él, la distinción filosófica entre el *significado léxico* o *extensional* (objeto de la pregunta *¿qué significa eso?*) y el *significado del hablante* o *intencional* (lo que pregunta *¿qué quisiste decir con eso?*) «parece desaparecer examinada de cerca. Es cuestión más bien de si nos fijamos en la intención individual del hablante o en su intención como miembro de un grupo que comparte conocimiento» (2005, p. 468 y 2010, p. 112). Cuando un tribunal dice que el texto legal está claro, «está diciendo que nadie discreparía sobre lo que intenta decir quien usa esa formulación» (2005, p. 469 y 2010: 113). «Así, cuando nos enfrentamos a una disputa sobre si una ley es aplicable a una situación concreta, el primer impulso es examinar lo que dice la ley. [...] El segundo impulso es preguntar qué quiso decir el legislador con lo que dijo. Estos dos impulsos están relacionados tan estrechamente que son realmente parte de la misma tarea» (2005: 470 y 2010: 114).

El enfoque intencionalista de la interpretación es para algunos autores evidentemente correcto y el único justificado para atribuir significado a la ley. Alexander es uno de estos autores, como muestra esta cita: «Todos los textos son intentos de sus autores de comunicarse, [... así que] *los textos significan lo que sus autores pretenden que signifiquen*. Si quitamos las intenciones del autor ya no tenemos un texto» (Alexander, 1995, p. 361). El derecho legislado consiste en prescripciones de autoridades jurídicas sobre lo que debe hacerse, comunicadas a sus destinatarios con textos legales; y para conocer el derecho, según él, «debemos determinar lo que las autoridades han prescrito que debe hacerse. Para determinarlo, debemos ver los textos con la mirada puesta en descubrir las intenciones de sus autores» (1995, p. 363).³⁶ Alexander, como Marmor, acepta que hay significados *del diccionario* y *oracionales* distintos del significado intencional *del hablante*; pero sostiene que en último término también aquéllos dependen de las intenciones, porque la audiencia los entiende descifrando intenciones y están expuestas al cambio al cambiar ellas. De hecho –dice–, el significado del diccionario no importa para interpretar textos jurídicos si las autoridades pretendían darle otro (Alexander 1995, p. 365). Pero Alexander admite igual que Marmor que la intención relevante para interpretar textos legales puede ser contrafáctica, si bien reclama no confundir, al resolver un supuesto no previsto en la ley, lo que las autoridades prescribieron [implícitamente] y lo que desde la perspectiva actual deberían haber prescrito (ibid., p. 371).

También Smith (2004) argumenta para asociar significado jurídico e intenciones autoriales y responde algunas objeciones típicas a esa asociación, como que el significado jurídico es convencional, o lo crea el intérprete, o es dinámico y cambiante, o lo crean colectivos sin una intención común. Para Smith (2004, p. 101), «el significado de un texto jurídico viene dado necesariamente por –en realidad es básicamente idéntico a– las intenciones semánticas de un autor o autores *de algún tipo*». Smith recuerda la intuición práctica que asocia significado e intenciones: en nuestra comunicación habitual procuramos entender lo que nos quieren decir quienes nos hablan; y es normal tratar también los textos jurídicos como medios de comunicación cuyo significado viene dado por las intenciones de sus autores (2004, p. 106).³⁷ Pero el

³⁶ «La interpretación en el derecho, como en la vida, es una indagación del significado del hablante» (Alexander y Sherwin, 2008, p. 133). Según ellos –lo destaca Hurd (2015)– el significado del hablante no puede sustituirse por el significado de la emisión, porque no hay interpretación sin atender a las intenciones de hablante.

³⁷ Smith responde la tesis textualista según la cual la Constitución puede y debe interpretarse por su significado público original sin necesidad de suponer ninguna intención autoral, como haríamos con una receta antigua: «El significado presunto de una receta es su significado público original» (Lawson, 1997, p. 1826). Smith rechaza esta idea con un ejemplo: supongamos que la receta pide añadir «azúcar» al pollo pero tenemos buenas razones para creer que quien la escribió no quiso referirse al azúcar sino a la sal; en tal caso, ¿qué sentido tendría decir que no importa su intención subjetiva, sino el hecho de que *dijo* «azúcar»? (Smith, 2004, p. 107). La conclusión de Smith es que para justificar una interpretación de la Constitución que obvie las intenciones autoriales hay que argumentar que *no* es como leer una receta (ibidem). En mi opinión su argumento tiene una premisa débil. Si es evidente que está escrito «azúcar» por

argumento principal de Smith para identificar significado e intenciones no es cómo nos comunicamos en la práctica, sino otro, que llama *ontológico*. Su razonamiento es que los significados no son (ni pueden ser) propiedades de objetos, sino de sujetos capaces de formar intenciones semánticas. Para ilustrar esto retoma la imagen de unas marcas en la arena con forma de palabra, que nos parecerán carentes de significado si las creemos hechas por el viento. Según él, aunque a veces entendemos los textos prescindiendo de las intenciones de su autor, ya sea malinterpretándolos o reescribiéndolos, «estas prácticas no dispensan de la necesidad de *un* autor como fuente de significado» (Smith, 2004, p. 109). Y concluye que «la práctica de leer los textos para establecer las intenciones semánticas de sus autores no solo es familiar y útil; es una práctica exigida por la proposición ontológica básica de que los “significados” –esto es, los significados semánticos– son propiedades de personas, no de objetos [...]» (2004, p. 112).

3.1.2. Significado y convenciones

Se ha acusado a la doctrina subjetiva de confusión cuando de la idea de que la legislación es un acto lingüístico donde los significados son siempre intencionales deduce que el significado de la ley ha de provenir de una intención concreta reconocible que ha de indagarse (Waldron, 1995, p. 339 y 1999, p. 128). Waldron objeta que un legislador ha de asumir que «lo que significan para él las palabras es idéntico a lo que significarán para aquellos a quienes están dirigidas»; y esa convención de significado común se presupone también al reconocer las intenciones legislativas, que por eso no hay que atribuir a ningún emisor concreto (1995, p. 339 y 1999: 129). Esta observación me parece atinada: hay convenciones lingüísticas que facilitan a los hablantes comunicar sus intenciones y que, en correspondencia, motivan y justifican que sus oyentes las presupongan. Por ejemplo, cuando alguien dice «¡Silencio!» lo normal es presuponer que la intención del hablante es reclamar y conseguir que cese algún ruido. Pero una vez creadas, las convenciones funcionan con cierta independencia de su causa y justificación original. Esto implica que las emisiones lingüísticas sometidas a convenciones pueden comunicar intenciones prototípicas que no son necesariamente las intenciones reales de quienes las hacen, e implica que la audiencia puede atribuir justificadamente a los emisores intenciones que ellos no tenían. Aplicado esto a la legislación, un paradigma de producto convencional, supone que los intérpretes pueden y suelen atribuir

error, esa palabra no forma parte de la receta y el lector puede sustituirla por otra palabra más plausible, como corregimos habitualmente los lapsus ajenos. Pero en otro caso, el cocinero que ponga sal en vez de azúcar no sigue la receta, sino una recreación especulativa. Puede que resulte bien si sus comensales no quieren el pollo dulce, pero no debe engañarse sobre lo que hace, porque enmendar la receta no es seguirla. Y si el cocinero debe por contrato seguir la receta, su obligación es poner azúcar aunque sospeche que no saldrá el plato pensado por quien la escribió. Algo parecido apunta Solum (2007): si alguien por error escribe «whiskey» en la receta pensando en ron, sabe que la receta se seguirá por su significado público y cuando le preguntan si confunden la receta quienes usan *whisky* podría decir: «No, el error es mío; ellos solo siguen la receta». Fish lo niega: «No siguieron *su* receta» (Fish, 2008, p. 1128, n. 64).

intenciones prototípicas sin necesidad de indagar o postular ninguna intención particular. Más aún cuando la disposición es una creación colectiva e institucional de la que no es responsable ningún agente intencional personal. En respuesta a Waldron, Ekins (2012, p. 38) acepta que una asamblea legislativa es un agente artificial sin intenciones comparables a las de uno natural, pero señala que «sigue siendo una cuestión abierta precisamente qué intención necesita un agente artificial, si alguna, si ha de actuar o, más importante, si ha de actuar bien». Su argumento es que legislar no es comunicar normas con un código lingüístico estándar, sino crear normas razonadas, y que por eso la intención legislativa concreta asociada a esas razones es determinante para captar las normas y no puede ser sustituida por la intención prototípica asociada al código estándar.³⁸ Ekins tiene una visión idealizada de la legislación como un ejercicio de razonabilidad, pero en cualquier caso su observación no salva del ataque de Waldron el argumento lingüístico de la doctrina subjetiva. El ataque sostenía que, incluso asumiendo que un texto solo tiene significado si se lo dio algún agente intencional, es posible atribuir significado a una ley, con base en convenciones, sin necesidad de indagar quién la hizo ni con qué intenciones la hizo. Y esto es así con independencia de si la ley se hizo razonablemente o no.

Grice y la doctrina subjetiva destacan el vínculo entre significados e intenciones, pero también es aparente que una emisión lingüística puede tener significado en virtud de convenciones y prácticas con independencia de la intención a la que se debe o incluso sin que se deba a ninguna intención. Los códigos gramaticales y semánticos y los usos pragmáticos pueden dar lugar a un «significado de la emisión» estándar distinto del «significado del hablante» creado *ad hoc* por las intenciones del agente emisor.³⁹ El significado de una emisión no depende de la intención con que se emitió, sino de cómo la entienden sus receptores típicos (la mayoría, la media) al seguir su práctica lingüística habitual.⁴⁰ Y así como las prácticas establecidas dan significado a las

³⁸ Ekins ilustra su argumento objetando una legislación mecanizada: «El ejercicio de autoridad es una acción razonada para cambiar las razones de otro. Se sigue que no se puede ser autoridad ni ejercer la autoridad sin ser capaz de razonar y que no hay textos o emisiones con autoridad sin un agente que ejerza la autoridad haciendo o adoptando ese texto o esa emisión» (Ekins, 2012, pp. 96-97).

³⁹ Dice Schauer (1991, p. 219): «Una vez que reconocemos que el lenguaje tiene un significado independiente de lo que pretendieron decir sus usuarios (o redactores) iniciales, podemos ver que no hay nada necesario en acudir a la intención original» (cfr Schauer, 2004, p. 284). Y Guastini invita a distinguir entre interpretar un texto e interpretar qué lo produjo: «una cosa es interrogarse sobre el significado de las palabras y otra distinta es interrogarse sobre las supuestas intenciones del hablante» (Guastini, 2014, pp. 24-25).

⁴⁰ Incluso Fish admite, quizá inadvertidamente, que las convenciones pueden dar significados a las emisiones con independencia de la intención de quien las hace. Según comenta, las convenciones son a veces «el resultado de actos específicos de estipulación (si levantas tu mano en una subasta, has comprado el elefante rosa)» (Fish 2008, p. 1122). Pero si alguien levanta la mano sin intención de comprar, ¿cómo su gesto puede significar que compra, en una interpretación intencionalista? Si la convención, y no la intención, rige el significado de

emisiones, también pueden darle un significado específico jurídico. Sin ir más lejos, una convención lingüística con efectos jurídicos es que las emisiones con apariencia normativa que hacen las autoridades normativas son efectivamente actos de habla normativos. Según otra convención, las emisiones que parecen ser expresiones genuinas de consentimiento hechas por alguien capaz de obligarse durante eventos susceptibles de crearle obligaciones jurídicas (como contratar, testar o casarse) son actos de consentimiento que le obligan jurídicamente. Rige la presunción de que los actos de aparente consentimiento se hacen en serio y con la intención de consentir. Una convención complementaria explica que una emisión hecha en un ensayo o en una actuación (una representación teatral, un rodaje cinematográfico...) no es realmente un acto normativo o de consentimiento aunque lo parezca.

La existencia de códigos y usos lingüísticos, y nuestra confianza en ellos, explica el significado de los textos generados por modelos de lenguaje con inteligencia artificial, escritos sin intención alguna. La intención de quienes programaron el modelo no aporta nada, ni puede explicar el significado del texto que este fabrica. Un modelo de lenguaje no es como un semáforo, cuyas luces tienen significado porque se lo confirió una autoridad normativa intencional. El semáforo que funciona con un temporizador comunica normas porque alguien dispuso el automatismo con esa intención (a diferencia de las luces de Navidad, que se encienden y apagan sin obedecer a ninguna intención normativa). Pero el producto de un modelo de lenguaje es un texto original que no se debe a la intención comunicativa de ningún programador. La intención al programar el modelo es que genere un texto, pero no es responsable de su contenido. A diferencia del semáforo, el modelo de lenguaje no transmite ninguna intención comunicativa, y el significado del texto que genera debe ser explicado de otra manera. Todo indica que los textos del modelo tienen significado porque los asimilamos a las emisiones lingüísticas humanas y los tratamos y entendemos como ellas, aun sabiendo que carecen de intención comunicativa. Si bien para tomar signos o textos como emisiones lingüísticas solemos exigir que hayan sido creados intencionalmente, hacemos una excepción cuando son sofisticados y funcionan como si fuesen intencionados. En cambio, a un sonido o un dibujo producido por azar no le damos entidad lingüística ni significado. Lo que dota de significado a un texto no es estrictamente la intención con que se creó, sino su funcionalidad. El significado del texto artificial no se debe a que alguien construyó y programó la máquina con la intención de dárselo, sino a que es gramaticalmente correcto e indistinguible de los textos creados intencionalmente. La intención de quienes programaron el modelo de lenguaje no repercute en lo que este dice, como

levantar la mano en una subasta, también puede hacerlo en emisiones lingüísticas y, en particular, en la legislación.

tampoco quien abre un grifo para que el agua forme una palabra da significado a la palabra que se forme.⁴¹

¿Qué ocurre, entonces, si una inteligencia artificial crea una norma? Llegará un día, si no llegó ya, en que la gente confíe en máquinas para crear normas de coordinación obligatorias. ¿Qué exigirá la doctrina subjetiva al interpretar las directivas de inteligencias artificiales? Como experimento le pedí a ChatGPT 3.4 que inventase una norma para coordinar a dos conductores que quieren mover sus vehículos a un carril en medio de ambos. Su respuesta fue que no hay una «norma» formal para ello, sino que deben seguirse principios generales, que concretó en siete reglas, tales como usar indicadores, mantener una distancia de seguridad, comunicar la intención o dejar que acabe la maniobra el que primero la empiece. El programa no llegó a emitir ninguna regla, sino que se limitó a hacer sugerencias basadas en normas ya existentes, pero es imaginable que pueda emitirlas. ¿Qué importancia podría tener la intención legislativa para interpretar una regla así? Ninguna.

La doctrina subjetiva no niega que las disposiciones jurídicas tengan un significado *objetivo* «oracional» o «de la emisión», pero lo subordina al significado *subjetivo* «del emisor» como fuente del derecho legislado y objetivo de la interpretación. Smith (2004, pp. 115 y ss.) hace tres precisiones al respecto: a) El «significado oracional» no es independiente del contexto ni de las intenciones semánticas de sus autores, a lo sumo se corresponde con la intención del «hablante normal».⁴² b) Identificar el significado «del hablante» con el uso lingüístico no estándar, como la ironía, para diferenciarlo del significado «oracional» convencional, revela una concepción distorsionada de las convenciones lingüísticas, las cuales rigen también muchos usos anómalos. Por ejemplo, si alguien dice con sorna «¡Te has lucido!» carece de fundamento afirmar que el significado «del hablante» difiere del «oracional».⁴³ c) Distinguir entre significados «del hablante» o «intencionales» y «oracionales» u

⁴¹ Según Fish, «un texto no llega a ser un texto –el vehículo de un mensaje– hasta que hay la suposición de un diseño finalista, o intención» (Fish, 2008, p. 1114). Pero esta afirmación es caprichosa o bien una estipulación tautológica: como solo es texto lo que fue escrito intencionadamente, lo que improvisa una máquina no es un texto. Pero se supone que vincular mensaje e intención es un argumento para contestar qué es interpretar textos, no una condición definitoria de los textos con la cual el argumento resulta ser una petición de principio.

⁴² Se apoya en Graff (1988, p. 177): «Aunque podemos decir que ciertas emisiones “normalmente” se usan con un significado y no otros con los que potencialmente podrían usarse (y es esta expectativa normal lo que nos permite suponer con criterio el significado pretendido en los casos particulares), este mismo hecho demuestra que la interpretación no se ocupa de lo que significan las palabras u oraciones “en sí mismas”, sino de cómo los hablantes actualizan el potencial semántico de las palabras y las oraciones en los actos de habla concretos».

⁴³ Smith parece olvidar que si bien en casos así el significado del hablante (sarcástico) es convencional, la frase tiene otro significado convencional más literal (sin sarcasmo) que es el «oracional». Cuando hay un uso no literal tiene sentido distinguir entre significado «del hablante» y «oracional» aunque ese uso siga convenciones.

«objetivos» tiene escasa relevancia al interpretar disposiciones legales, redactadas en un lenguaje estandarizado. Creo que Smith acierta al pedir cautela cuando se habla de significado «objetivo» de la ley; pero sus observaciones no desautorizan la noción, sino que la confirman. Es el significado que tiene un texto legal con base en el código lingüístico y en las convenciones de su uso, sea o no el significado que quisieron darle quienes lo redactaron o aprobaron. Los significados *objetivo* y *subjetivo* pueden ser diferentes, y las consecuencias prácticas que resultan de ello dan interés al debate metodológico sobre qué significado debe prevalecer.

Es falso que los significados solo sean ininteligibles reconociendo su subjetividad original, y que no hay propiamente significados *objetivos*. Diariamente captamos significados en textos despreocupándonos de la intención que los anima o de que haya alguna, dando por hecho que significan lo que entendemos. Si llegamos a descubrir o a sospechar que la intención autorial era decir otra cosa de lo que en principio entendimos, nos replantearemos si el texto significa lo que parece o lo que al parecer debería significar. Pero no confundimos ambas cosas y no pensamos que no hay más significado que el pretendido por el emisor. O eso creo.

Para ilustrar una vez más la diferencia entre el significado (objetivo) que en apariencia tiene un texto legal y el presunto significado (subjetivo) con que se aprobó, sirva este precepto ficticio propuesto por Hernández Marín (1999, p. 92): «Los profesores y los alumnos que sean miembros de la Junta de Facultad podrán formar parte de las Comisiones». El significado de este precepto es discutible, porque no es evidente si permite que los profesores que *no* son miembros de la Junta de Facultad formen parte de las comisiones. Según Hernández Marín, si lo que quiso decir el autor del precepto es que sí lo permite, «es casi seguro» que significa eso; pero en otro caso su significado es su sentido literal ambivalente. Este punto de vista se corresponde con la doctrina subjetiva. En cambio, con un enfoque objetivo cabe argumentar que la comprensión normal del precepto es que «los profesores y los alumnos» es un sintagma unitario y la cláusula «que sean miembros...» cualifica ambos componentes de esa unidad. Aunque la oración es ambigua, su sentido en el precepto resulta bastante claro para cualquier lector experimentado; y este significado aparente del precepto es su significado jurídico.⁴⁴

⁴⁴ Con todo, el problema interpretativo cambia en función del conocimiento disponible acerca de la intención legislativa. Si no consta la intención legislativa de disociar profesores y estudiantes, es defendible entender el precepto *objetivamente* según su significado público. Pero no cabe afirmar que la ley tiene su significado público si consta que no era el pretendido por la autoridad legisladora. Esta concesión no daña el enfoque objetivista. Por un lado, porque es raro que *conste* que la intención legislativa no se corresponde con el significado público de la ley, pues ese dato es incierto conceptualmente (¿qué intenciones importan?) y epistemológicamente (¿cómo se saben?). Por otro lado, cuando sí está claro que la intención legislativa era dar al precepto un sentido peculiar, y no su significado normal, este sentido peculiar *claro* es ya el significado público que da contenido jurídico al precepto. En el ejemplo de Hernández Marín, es inverosímil que haya intención legislativa de disociar profesores y

La teoría subjetiva del significado y de la interpretación ha de enfrentarse a la evidencia de que las palabras y las oraciones tienen significados convencionales o usuales que limitan la facultad de darles otros significados solo por quererlo. Fish (2028, p. 1124) lo niega e insiste en que «lo que significan una palabra o un conjunto de palabras depende completamente de su autor». Su argumento es que el hablante o escritor, para comunicarse, puede optar entre usar las palabras con el significado que tienen en el código lingüístico *público* (el utilizado mayoritariamente) o con el significado peculiar de algún código privado compartido con sus destinatarios. Como un autor es libre para escoger el código semántico que da sentido a sus oraciones y hace posible interpretarlas, al fin y al cabo es libre para escoger el significado de sus oraciones. Por eso –dice– es inviable interpretar una emisión sin conocer o presumir la intención de su autor respecto de la convención de significado aplicable para decodificarla. Dicho de otro modo, según Fish no hay un código lingüístico maestro *público* que asigne a las oraciones tienen significados tasados que permitan interpretarlas objetivamente. Aunque el significado de una expresión lingüística es convencional (en sentido amplio), no se debe a ninguna convención específica, sino a la escogida intencionalmente por el emisor con la expectativa de que también la siga el receptor. Según Fish (2008, p. 1124, n. 60), las oraciones no tienen significados estándar independientes de las intenciones de quienes las usan, pero pueden ser usadas intencionadamente de manera típica y ese es todo su significado estándar. De hecho, para Fish es aconsejable que las leyes se redacten dando a las palabras el significado que la mayoría de la gente les supondría; y que los oyentes puedan asumir por defecto que el autor maneja los significados normales, lo cual no es suponer su intención.

Pienso que la tesis de Fish es implausible y que en todo caso tiene escasa relevancia práctica para la interpretación jurídica. Si bien en ocasiones los hablantes manejan códigos semánticos privados para comunicarse, como las jergas, en la comunicación legislativa no hay más especialidad que el lenguaje técnico y es inverosímil que haya otra. Para dar a conocer las normas a destinatarios indeterminados y diversos, el legislador necesita usar un código lingüístico que todos reconozcan sencillamente y adopten uniformemente sin demasiados problemas; y el mejor candidato es el código público de un idioma conocido por ellos. No sería útil, y por eso no sucede, legislar para una audiencia con un lenguaje que ella no comprende. La excepción es el lenguaje técnico (jurídico y de otras especialidades), cuya comprensión requiere manejar códigos exclusivos. Las leyes emplean a menudo lenguaje técnico, con significados extraños al idioma general, por razones prácticas que en hipótesis pesan más que las razones para atenerse al idioma general y a sus significados comunes. Son razones como la precisión y estabilidad del lenguaje técnico, que

alumnos, porque de haberla la redacción del precepto sería distinta; algo así: «Todos los profesores, así como los alumnos miembros de la Junta de Facultad, podrán...». Para entender que hay disociación con una redacción que no la hace no basta sospechar que la voluntad era hacerla, sino que esta voluntad ha de ser tan notoria que cualquiera la puede percibir o nadie puede negar que podía conocerla.

facilitan la certeza de la ley y (en hipótesis) justifican prescindir esporádicamente del lenguaje común. En la práctica, las opciones del legislador al decidir el código lingüístico con el que quiere expresarse y ser interpretado son reducidas: el registro común o un registro técnico de un idioma compartido. Y su elección habitual es combinar ambas, como salta a la vista. La decisión legislativa de escoger significados comunes o técnicos es crucial para interpretar su disposiciones y fuente de dudas, pero es la única elección de significados que puede hacer un legislador funcional. La disquisición de Fish sobre si los significados oracionales típicos son independientes o no de las intenciones tampoco lleva muy lejos. Ya sea que las oraciones tienen significados típicos porque el código lingüístico estándar los determina o ya se deba a la presunta elección intencionada de dicho código estándar por quien emite las oraciones, el resultado es el mismo. Lo que cuenta es que hay contextos como la legislación donde las oraciones se emiten con significados típicos que determinan su comprensión. El legislador no es libre para apartarse del código lingüístico estándar (común o técnico) al dar a conocer sus normas, y el intérprete no necesita asegurarse de que lo siguió.

3.1.3. Significado presunto

Hay un poderoso argumento que la doctrina subjetiva presenta como prueba definitiva de que el significado depende de la intención: solo podemos reconocer si está claro o no el significado de una emisión por referencia a la intención de quien la hizo. Lo señalan, por ejemplo, Knapp y Michaels: «En efecto, la idea misma de texto claro (un texto escrito de tal manera que no es probable que sea malinterpretado), o más bien la idea misma de la diferencia entre un texto claro y oscuro, se apoya en la presunción de que el objeto de interpretación (lo que el intérprete trata de averiguar) es la intención del autor» (Knapp y Michaels, 2005, p. 654). Porque «si no buscamos la intención del hablante, no tenemos modo de averiguar cuál es el significado correcto» y no tendremos razón para pensar que haya alguno (ibid., p. 655). Es más –añaden–, pensar que quien escribe un texto puede expresar su significado con más o menos claridad, y que la claridad es algo que se puede conseguir o no, ya compromete con la idea de que el texto significa lo que su autor quiso que significase (ibid., p. 656). Este razonamiento me parece correcto. Cuando la doctrina objetiva alega que el contenido jurídico de la ley viene dado por su significado público (normal, aparente...), y que no es necesario averiguar la intención autorial, presupone la intención autorial de que la ley tenga su significado público y no otro. Pienso que la doctrina objetiva tiene que conceder esto, o al menos una reformulación negativa más débil: *afirmar que el significado público del texto legal dota su contenido jurídico presupone que no consta que la autoridad legislativa tuviera intención de dar al texto un significado distinto*.⁴⁵ Cuando al interpretar un texto nos consta que su autor quería decir algo distinto de lo

⁴⁵ Esta formulación es más débil porque con ella hablar de un «significado público» de la ley no requiere presuponer que la autoridad relevante lo aprobó, sino solo que no lo rechazó; y por tanto es compatible con reconocer significado a textos creados sin intención alguna.

que todo el mundo entiende, es insostenible afirmar pese a todo que el texto significa lo que parece.

En correspondencia a lo anterior, la doctrina subjetiva puede esgrimir un argumento ecléctico o mixto, según el cual (a) las prácticas lingüísticas comunes condicionan el significado de los textos y normalmente lo determinan, pero (b) cuando está claro que el emisor se apartó del uso común y dio a su texto un significado peculiar, el receptor ha de atribuirle este, y no el común, para entender la emisión.⁴⁶ La tesis es que las leyes no tienen un único significado objetivo cualquiera que sea la intención que las motiva, sino que lo tienen por defecto y salvo que conste lo contrario. Este podría ser otro ejemplo de disolución ecléctica de la tensión entre interpretación subjetiva y objetiva: no hay dilema alguno porque si está claro que hubo uso peculiar hay que respetarlo y si no está claro hay que presumir el uso normal y tomar el significado común. El problema es que raramente está claro que el legislador usó un lenguaje privado (sería insólito que lo hiciese), y sin embargo a menudo se invoca la doctrina subjetiva para atribuir a las disposiciones significados que no tienen. Por otro lado, cuando está claro que el legislador no ha usado el lenguaje común, ese dato nutre por definición el significado público de la ley que reconoce la doctrina objetiva. La doctrina subjetiva es controvertida por sus aplicaciones prácticas y por su fundamento, no por la afirmación inocente de que las leyes no tienen un significado acorde a las convenciones cuando es notorio que no lo tienen.

3.1.4. Significado pragmático

La doctrina objetiva que aboga por declarar el significado público del texto legal (a diferencia de la doctrina objetiva teleológica, que prima la finalidad de la norma) recomienda atender a las convenciones y prácticas lingüísticas; pero estas son variadas y la doctrina debate cuáles son pertinentes para la interpretación. Simplificando, unos se centran en las convenciones semánticas y sintácticas y otros incluyen los usos pragmáticos. El enfoque restrictivo tiene una querencia particular por los diccionarios como fuentes de información semántica al interpretar textos legales. Pero la interpretación jurídica basada en diccionarios es insuficiente y tiene problemas teóricos que los teóricos intencionalistas explotan. Cuando Barak (2005, p. 107) dice que “[e]l diccionario determina qué significado *puede* darse al texto», Fish (2008, p. 1123)

⁴⁶ Según Alchourrón y Bulygin (1983, p. 17), «la oposición entre una interpretación subjetiva consistente en descubrir lo que el legislador quiso decir y la interpretación objetiva consistente en asignarle a sus palabras el sentido que éstas tienen en el uso común sigue siendo insostenible. Si no hay indicio alguno de que el legislador haya usado un término en algún sentido distinto del uso común, no hay más remedio que recurrir a este último. Si, en cambio, se apartó del uso común y ha usado una expresión en un sentido diferente, éste es el sentido que la expresión tiene. Interpretarla conforme al uso común sería modificar el sentido y con ello cambiar la norma. Esto es lo que ocurre normalmente con la llamada interpretación objetiva: más que un método para identificar el sentido que el texto tiene, es una manera de cambiar el sentido del texto».

lo critica con cierta razón, pero exagerando: «Los diccionarios no determinan nada. Son un registro histórico de los usos intencionales que se le han dado a las palabras en el pasado». Según él, el hablante «no tiene por qué sujetarse a las correlaciones de significado léxico de la lengua pública del día, aunque puede optar por hacerlo por razones políticas o sociológicas». Según Fish, es cierto que «hay una expectativa (que equivale casi a una obligación, pero empírica y no teórica) de que los legisladores se atenderán a los significados de las palabras que se ajustan al uso aceptado [...]. Pero redactores y legisladores pueden optar por no satisfacer la expectativa [...]» (Fish 2008, p. 1123). Creo que Fish tiene razón en que los diccionarios no ponen límites a los significados que los hablantes pueden dar a las palabras. Ni tienen esa pretensión, pues no se elaboran con función prescriptiva (no son documentos normativos); ni podrían cumplirla, pues los significados de las palabras dependen de cómo las usan los hablantes y no de lo que escriban los lexicógrafos. Pero Fish exagera al decir que los hablantes pueden dar a las palabras los significados que quieran, sean o no los que les asocia el diccionario. Es verdad que dos o más personas pueden comunicarse entre sí alterando los significados normales de las palabras, si conocen los nuevos. Pero tales idiomas privados son excepcionales y no desmienten que, en general, los hablantes para hacerse entender han de usar las palabras con las acepciones estándar que recoge el diccionario o con referencia a ellas (como en los usos figurados). Quizá era eso lo que trataba de explicar Barak diciendo que el diccionario determina el significado de las palabras: salvo en contextos excepcionales donde opera un lenguaje privado, la comunicación lingüística requiere usar las palabras con sus significados normales, los que recogen los diccionarios. En cambio, según Fish (2008, p. 1123) alguien «puede decir “perros” y querer decir “perros, leones, cerdos y serpientes”; [...] puede decir (o escribir) “perros” y querer decir lo que quiera». Esto es difícil de aceptar.

La cita anterior de Fish recuerda la famosa frase de Humpty Dumpty: «Cuando *yo* uso una palabra [...] quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos»; lo cual explicaba así: «La cuestión [...] es saber quién es el que manda..., eso es todo» (Carroll, 1981, p. 116). Y un poco antes Humpty Dumpty ilustra también la importancia de tener en cuenta el uso pragmático además de las reglas gramaticales y la semántica, cuando le dice a Alicia: «he aquí una pregunta para ti: ¿qué edad me dijiste que tenías?». Ella contesta: «Siete años y seis meses» y él exclama con aire de triunfo: «¡Te equivocaste! [...] ¡Nunca me dijiste nada semejante!». Alicia explica que pensaba que le preguntaba la edad, a lo que Humpty Dumpty responde: «Si hubiera querido decir eso, lo habría dicho» (Carroll, 1981, p. 113). El diálogo hace mofa de la tesis subjetiva, pero también deja en evidencia a la tesis objetiva cuando no computa el significado pragmático. La tesis subjetiva queda malparada porque da la razón a Humpty Dumpty y creemos que no la tiene. Según la tesis subjetiva, y contra toda apariencia, «¿Qué edad dijiste que tenías?» dicho por Humpty Dumpty no pregunta la edad, porque él preguntaba otra cosa y él manda. Esta idea es tan extraña e implausible que sirve de chiste. Pero el diálogo muestra que la tesis subjetiva no es absurda aunque sea ridiculizada. Porque «¿Qué edad dijiste que

tenías?» también significa lo que Humpty Dumpty quería preguntar: *¿Qué dijiste sobre tu edad?* La emisión es ambigua y admite varias interpretaciones. Según la teoría subjetiva, hay que escoger el significado que el emisor quiso darle, que en este diálogo es el ajustado a las convenciones semánticas o literal. Según la teoría objetiva, hay que escoger el significado natural de la emisión, sea por razones lingüísticas o por su finalidad aparente; y en este caso es el que capta Alicia. La pregunta es ambigua semánticamente, pero la interpretación de Alicia es más natural y ello desautoriza la pretensión de Humpty Dumpty y la teoría subjetiva que la defiende.

El diálogo del párrafo anterior deja en evidencia a la doctrina objetiva que ciñe su atención a las convenciones semánticas, porque con estas no se entiende bien la pregunta «¿Qué edad dijiste que tenías?» formulada en una conversación. En las conversaciones esa oración no se usa con su significado literal, sino para preguntar la edad. Y el uso habitual de la oración contribuye a su significado y se superpone y desplaza al que recibe de las convenciones gramaticales y semánticas. En la práctica, «¿Qué edad dijiste que tenías?» significa *¿Qué edad tienes? (recuérdamelo si ya lo dijiste)*, porque la oración se usa con ese significado habitualmente. No reconocer esto es un problema para la teoría objetiva literalista igual que lo es para la teoría subjetiva. Por el contrario, la versión de la doctrina objetiva declarativa que atiende a la práctica lingüística y al componente pragmático del significado sí puede dar razón de la interpretación natural que hace Alicia de la pregunta de Humpty Dumpty. La razón es, precisamente, que es la interpretación natural y previsible para la mayoría los hablantes de la lengua en esa misma situación. El diálogo de Carroll no refuta la tesis subjetiva, pues si tiene gracia es porque Humpty Dumpty tiene parte de razón, pero la pone en evidencia al mostrar sus consecuencias extrañas e implausibles. El diálogo enseña que una pregunta no significa lo que uno quiere solo por quererlo, ni siquiera empleando una oración con semántica apropiada si esa oración se usa normalmente con otro sentido. Si Humpty Dumpty quería preguntar qué había dicho Alicia sobre su edad no debió usar una oración ambigua capaz semánticamente de preguntar eso, pero incapaz pragmáticamente. Si quisiera evitar la confusión de Alicia en vez de provocarla, debió hacer explícito que le hacía la pregunta con un sentido inusual. Esta es también una enseñanza para el legislador, que no puede confiar en que sus oraciones serán interpretadas conforme a sus intenciones si los destinatarios las usan de hecho de otra manera.

Las prácticas lingüísticas pragmáticas configuran un significado presunto para las emisiones, o «significado de la emisión», que facilita la comunicación. Entre otras razones porque despeja ambigüedades en el «significado oracional» aportado por las reglas sintácticas y semánticas que recogen las gramáticas y los diccionarios. Por ejemplo, tomada con su significado oracional la prohibición de entrada en el parque a «perros» no afecta a leones, porque la extensión semántica de «perros» no incluye leones por mucho que se amplíe (sin perjuicio de una posible aplicación analógica, justificada por razones no semánticas). Pero sí afecta a las personas

despreciables, porque ellas sí están en la extensión semántica de «perro» (segunda acepción de la palabra en el *Diccionario de la Lengua Española*). Sin embargo, cuando la prohibición la emite una autoridad municipal su significado solo incluye el animal de la familia de los cánidos que refiere la primera acepción del diccionario, porque solo así se usa la palabra en ese contexto. En la práctica de regular la entrada en parques municipales es inconcebible que «perros» se use con la acepción de «persona despreciable». La pragmática evita la ambigüedad, hasta el punto de que ni siquiera la percibimos.

Ahora bien, parece claro que si hay un significado de la emisión pragmático presunto es porque quien hizo la emisión presumiblemente lo pretendía. Es el significado presunto de la emisión porque la audiencia presume que es el significado del emisor. Entonces la doctrina subjetiva tiene una baza ganadora: el significado de la ley depende de la intención legislativa (es un significado del emisor), y el hecho de que sea recurrente y predecible en algún contexto no cambia eso. Que podamos presumir la intención del emisor/legislador interpretando sus palabras contextualmente es normal y facilita la comunicación fluida, pero no desmiente que la comunicación se basa en captar intenciones. Este razonamiento me parece correcto, pero incompleto. El significado de la emisión computa la intención presunta del emisor, pero no es el significado del emisor porque este puede no tener realmente la intención que se le presume. Y en algunas circunstancias, como paradigmáticamente en la legislación y en otros contextos institucionales, la audiencia procesa las emisiones con su significado presunto sin hacer averiguaciones o consideraciones sobre la intención de quien las hizo. Y cuando el significado presunto es muy potente, puede sobreponerse a cualquier atisbo de intención contradictoria de modo que la emisión/ley comunica su significado presunto objetivo y no las intenciones subjetivas. Supongo que así ocurriría si el legislador tuviese la intención de prohibir la entrada de personas despreciables en el parque cuando prohíbe la entrada de «perros»: la prohibición no significa lo que pretendía el legislador, sino lo que invariablemente entiende su audiencia.

3.1.5. Significado llano

El significado de la emisión legislativa, entendido como el que cabe presumir que captará su audiencia en función de las convenciones y prácticas lingüísticas, el conocimiento compartido socialmente y contexto jurídico y social, puede estar muy claro y merecer la sospechosa etiqueta de «significado llano» de la ley. Hay escepticismo teórico sobre la presencia en las leyes de significados claros, llanos o simples; pero probablemente son la mayoría, porque abundan las prácticas generalizadas y prevalentes que uniformizan los significados y en la práctica impiden modificarlos a voluntad. Como apunta Manning (2006, p. 80), aplicar la prohibición de «perros en el parque» a un cerdo «sacrifica el significado llano [*plain meaning*] del texto promulgado», por más que técnicamente la extensión de «perro» y su significado llano dependa

del contexto. Pero Fish rechaza hablar de «significado llano» ni siquiera figuradamente, porque quienes lo hacen «olvidan rápidamente que [...] se están refiriendo a una ficción oportuna»; «como Manning, empiezan hablando de significado objetivado o llano y [luego] otorgan a esa entidad inexistente la condición de referencia autosuficiente con respecto a la cual las consideraciones de finalidad pueden tanto admitirse como excluirse» (2008, p. 1126, n. 61). Pienso que en este asunto tiene más razón Mannig que Fish. Es innegable que una oración puede adquirir un significado distinto en función de quién la use y de cuándo, dónde y cómo la use. Por ejemplo, la oración «Prohibidos los perros en el parque» escrita en un cartel cambia de significado en cada parque donde esté el cartel. La expresión «el parque» no significa lo mismo en cada cartel. Por eso es verdad que una oración no tiene un significado llano independiente de las circunstancias de su uso. Pero que el significado de la emisión depende de las circunstancias de uso no implica que dependa de la intención con que se usa. A veces el contexto objetivo condiciona el significado llano sin que la intención subjetiva del emisor pueda hacer nada al respecto. Si un cartel en el parque Sur dice «Prohibidos los perros en el parque», significa que están prohibidos los perros en el parque Sur. Y este significado no depende de la intención precisa con que se redactó el cartel. Si el cartel se escribió pensando en el parque Norte y se colocó en el parque Sur, significa lo mismo que si se escribió para el parque Sur. Porque en este caso el significado de la emisión depende de su contexto y no directamente de la intención del emisor.

Hay circunstancias contextuales que se alían con las convenciones para dar a una emisión, en algún caso, un significado independiente del pretendido por quien la hace (y de su semántica, incluso). Y aun sabiendo que no hay significado sin contexto, es natural y admisible hablar de *significado llano* para aludir al que se reconoce con las convenciones y prácticas lingüísticas estándar y el contexto público y sin hacer otros juicios de intenciones que los basados en esas fuentes. Así, la palabra «perros» en el cartel en el parque tiene un núcleo de significado claro o llano, aunque no todo su significado es claro. Es claro en cuanto que su denotación excluye cerdos y leones, que no son «perros» en ninguna circunstancia estándar. Pero su significado no es claro en cuanto a si denota todos los perros o hay excepciones. Por ejemplo, cabe dudar sobre si «perros» en el cartel del parque abarca los perros de la policía o los transportados en cajas. En todo caso, no hay que vincular la imprecisión del significado con la incertidumbre sobre la intención, ni la claridad del significado con la certeza sobre la intención. Por eso esta idea de Duxbury es correcta a medias: «Interpretar una ley significa simplemente conjeturar (sin ir más allá, si hemos de evitar la interpolación) la intención del autor de la ley de la misma manera que conjeturamos la intención de un hablante en la vida cotidiana: teniendo en cuenta no solo las palabras usadas sino también lo que sabemos acerca del autor y del contexto de las declaraciones del autor» (Duxbury, 2012, p. 92). Efectivamente, interpretar una ley comparte con interpretar una frase coloquial el propósito de captar lo que pretendía decir quien la emitió en el contexto de emisión. Pero con frecuencia, especialmente cuando la emisión está

sometida a reglas institucionales como lo está la legislación, el contexto se adueña del significado y relega la intención original a un segundo plano.

Las costumbres y el contexto, y las expectativas que suscitan, precisan habitualmente los significados de las emisiones sin necesidad de considerar las intenciones reales de quienes las hacen, que suelen ser inciertas. Esto se aprecia bien en el fenómeno llamado *restricción del dominio del cuantificador*, por el cual la extensión o denotación potencial que tiene un término usado sin explicitar excepción alguna (la denotación que constata el diccionario, por resumir) se reduce pragmáticamente por efecto del contexto y de las costumbres. Por ejemplo, si digo a alguien «Trae los perros», el contexto probablemente determinará que me refiero a sus perros y no a todos los perros del mundo, aunque «los» funciona como cuantificador universal. En casos así, las circunstancias restringen la extensión del término y precisan su significado cualquiera que sea la intención con que se usó, la cual se da por supuesta con base en costumbres. Aplicado esto al ejemplo del cartel en el parque, creo que puede afirmarse con confianza que «perros» allí escrito denota animales vivos y no juguetes. No importa qué se pretendió al escribir la palabra, porque su lectura típica en el contexto llevará a entender que se refiere a animales vivos y entonces ese es su significado.

Fish parece creer que ninguna circunstancia del uso fija el significado de las palabras aparte de la intención, pero tal creencia no es realista. Una cosa es sostener que el diccionario no fija el significado de las palabras emitidas (cierto) y otra sostener que nada puede fijarlo porque es una decisión subjetiva del emisor (falso). Muchas palabras toman su significado preciso del contexto de uso contra los deseos de quien las usa. Quien diga «Mis vecinos son unos pesados» pensando en unos vecinos y no en todos, pero sin que el contexto sugiera ninguna restricción del cuantificador, se expone a que todos sus vecinos se ofendan, porque en ese caso el significado objetivo de la oración se refiere a todos ellos. Según Fish (2008, p. 1128, n. 64), si al redactar una receta su autora escribe «whisky» queriendo decir *ron*, quien dé a la palabra el significado *whisky* cometerá un error y no seguirá su receta: «Su receta significa exactamente lo que ella tenía intención que significase». Discrepo: creo que para seguir esa receta hay que usar whisky y quien use ron acierta con la idea de la autora pero prescinde de su receta. En algún contexto «whisky» puede significar *ron* (quizá si digo «Trae ese whisky» señalando una botella de ron), pero no en una receta de cocina leída con su autora ausente. Tampoco las palabras de una receta médica significan lo que quiso decir el médico con ellas, ni las de la ley lo que quiso decir el legislador.⁴⁷

⁴⁷ Naturalmente, los intencionalistas insistirán en que cualquier estabilidad o previsibilidad del significado se debe a la expectativa sobre la intención del emisor, que no deja de ser lo que en definitiva importa. Así, dice Solan (2005, p. 460 y 2010, p. 105): «Manning tiene razón sin duda en que una comprensión del lenguaje más matizada y sensible al contexto puede reducir el recurso a material extratextual [para no dar a la ley un significado absurdo]. Cuanta más información contenga el lenguaje mismo, menor necesidad hay de buscar en otra parte. Sin

3.1.6. Significado jurídico

La teoría intencionalista del significado que maneja la doctrina subjetiva tiene otros problemas específicos al interpretar el derecho legislado, porque al significado jurídico de un texto legal contribuyen convenciones y prácticas jurídicas además de lingüísticas. El texto legal se integra en un ordenamiento cuyas normas vigentes, fines y valores generales y prácticas interpretativas también contribuyen al significado jurídico. Cabe objetar al intencionalismo, entonces, que la ley no es estrictamente una creación voluntaria cuyo contenido lo deciden exclusivamente las personas que la redactan y aprueban, sino el resultado de un procedimiento institucionalizado que funciona con inercias y automatismos y donde ninguna voluntad individual es realmente decisiva y responsable. Como señala Tarello (2013, p. 329), la doctrina subjetiva («argumento psicológico», en su terminología) se desacredita cuando se piensa que la formación del derecho no es voluntaria, sino por ejemplo orgánica o funcional, o que los operadores o la doctrina influyen en ella. En este sentido, Barak (2005, p. 148) habla de una «intención del sistema» [*intent of the system*] consistente en «los valores, objetivos, intereses, políticas y funciones que el texto está destinado a actualizar en una democracia»; el cual «es una construcción jurídica que refleja las necesidades de la sociedad» y «el fin que la norma se supone que ha de conseguir en el marco de una democracia dada, en un momento dado». A esta objeción contesta Fish (2008) que los valores generales del sistema jurídico son relevantes para interpretar los textos legales en la medida en que (necesariamente) modelan la intención de sus autores, pero no como una fuente de significado externa a tales autores. Según él, la interpretación de un texto legal no puede desentenderse de la intención de su autor para dar efecto a ideas ajenas a él: «Es difícil de ver [...] por qué distanciarse de toda obligación hacia el autor del texto, ya sea en nombre del sistema, de una abstracción personificada, de los valores contemporáneos, o de lo que hubieran dicho Jesús o Elvis, cuenta como decir lo que *significa* el texto» (Fish, 2008, p. 1128). Fish no niega que el ordenamiento jurídico contribuya al significado de los textos legales («Sin el sistema y las intenciones o fines que lo informan, ninguna acción en el derecho tendría sentido *jurídico*», dice en 2008, p. 1134); pero sí niega que lo decida, porque esto solo compete a sus autores.

Personalmente creo que el ordenamiento jurídico condiciona el significado de los textos legales más de lo que parece admitir Fish, aunque no tanto como tolera la difusa referencia de Barak a su integración con los fines sociales y los valores democráticos.⁴⁸ El legislador tiene capacidad para decidir

embargo, el problema de este análisis es su negación de que lo subyace la intención». «Esto es, el contexto social importa solo porque proporciona claves significativas sobre lo que el autor pretendía comunicar dentro del rango de interpretaciones posibles» (2005: 460 y 2010: 106).

⁴⁸ Dworkin es otro autor de referencia al tratar la relación de la ley con los principios y valores del ordenamiento. Dworkin (1986, p. 315) llama «tesis del “significado del hablante”» a la doctrina subjetiva (para la cual las leyes deben interpretarse conforme a la intención de los legisladores que las adoptaron y los materiales prelegislativos son indicios de sus estados mentales) y la confronta con su propia doctrina de la «interpretación constructiva», según la

el significado y el contenido jurídico de las disposiciones que aprueba, siempre que se atenga a los requisitos constitucionales para legislar. O más exactamente, ateniéndose a los requisitos que impone la *regla de reconocimiento* del sistema jurídico (Hart, 1961). Pero cuando respeta los parámetros procedimentales y sustantivos exigidos, la ley puede introducir contenidos nuevos en el ordenamiento; y su interpretación deja de serlo si modifica los significados y los contenidos que el legislador decidió plasmar en ella, aunque sea para ajustarlos a fines y valores del ordenamiento que esa ley desatiende. La cuestión discutida aquí, no obstante, es cómo limitan al legislador las exigencias constitucionales y de la regla de reconocimiento. Fish parece sugerir que condicionan al legislador porque influyen en su decisión voluntaria, pero en realidad también la condicionan limitando su decisión en contra de su voluntad. Hay cosas que el legislador no puede hacer aunque quiera, y la interpretación de la ley filtra significados y contenidos inaceptables en el ordenamiento, sean o no intencionados. La interpretación deja de serlo si corrige decisiones válidas del legislador para proteger valores percibidos en el ordenamiento, pero tampoco es interpretación *jurídica* a menos que corrija las decisiones inválidas.

3.1.7. Significado abierto

El presupuesto de la doctrina subjetiva, según el cual los textos legales tienen el significado que les dieron sus autores, choca también con el hecho de que algunos textos legales parecen tener un significado abierto o indeterminado. En ocasiones el intencionalista podrá argumentar que la indeterminación es intencionada y el significado abierto es el propio del texto, pero muchos conflictos interpretativos se deben a ambigüedades y vaguedades que es inverosímil que fuesen intencionadas. Abundando en esto, se ha sugerido como objeción a la doctrina subjetiva que los textos legales son, como los literarios, indeterminados en significado y propósitos, de modo que carecen de un contenido auténtico susceptible de ser captado en las intenciones autorales. Según esta objeción, un texto tiene múltiples lecturas y la pretensión de encontrar la correcta es vana.⁴⁹ Kay (1988, p. 236 y ss.) afronta esta objeción

cual la interpretación ha de guiarse por los principios generales del ordenamiento y no por la intención o estado mental de nadie, y dar encaje en ellos a lo que revelan tanto el texto legal como los materiales prelegislativos. Dworkin describe la doctrina subjetiva como modelo de interpretación *conversacional*, que ve la legislación como un caso de comunicación en el que el intérprete se pregunta qué quiso decir el legislador con sus palabras y ha de resolver a qué estados mentales dar importancia. La interpretación *constructiva*, en cambio, se desentiende de los estados mentales e indaga en los materiales jurídicos información pública sobre los objetivos de la ley y del ordenamiento. El planteamiento de Dworkin ha sido contestado por defensores de la doctrina subjetiva, pero su crítica del «modelo conversacional» también alcanza a la doctrina objetiva declarativa, según la cual la interpretación de la ley debe atenerse normalmente a su significado público.

⁴⁹ Lo apuntan Naffine, Owens y Williams (2001, p. 13): «Buena parte de la literatura jurídica académica reciente sobre la intención ha estado fuertemente influida por teóricos de la literatura que han cuestionado la idea misma de intención autorial». Así, la teoría de Barthes sobre «la muerte del autor» ha llevado a poner el foco en el lector.

con dos respuestas. Por un lado, aunque con textos literarios sea una quimera perseguir la *mejor* interpretación, no así con textos jurídicos; y de hecho jueces y juristas tienen la presión de hacerlo, pues es tradicional entender que las normas jurídicas tienen una interpretación correcta. Por otro lado, hay razones para considerar posible y deseable identificar la intención del autor de un texto, como la idea de Wittgenstein de que el lenguaje es una práctica social usada para lograr fines, en cuyo caso para entenderlo hay que discernir esos fines.

El enfrentamiento entre las doctrinas subjetiva y objetiva se debe en buena medida a su distinta actitud ante los significados dudosos. Según la doctrina objetiva, los significados que parecen indeterminados deben ser concretados en la interpretación con un ejercicio creativo o reconstructivo. Según la doctrina subjetiva, si el significado de un texto está determinado en la intención autorial no es un significado indeterminado aunque lo parezca, y el intérprete ha de procurar descubrir esa intención y el significado creado por ella. Pero argumentar que para descubrir lo que significa y prescribe una disposición imprecisa hay que (y basta con) acudir a la intención original tiene el problema de que esta normalmente no es concluyente, porque típicamente habrá dudas sobre la intención legislativa acerca del caso en cuestión. Es probable que lo que suscita dudas al interpretar la disposición también hubiese sido conflictivo al crearla, y como el asunto quedó sin resolver no podemos saber cómo se hubiese resuelto, sino apenas intuirlo. Como observa Posner (1989, p. 444), unos casos son difíciles porque son imprevistos y desconocemos cómo los habría regulado el legislador y otros lo son porque los litigantes presentan argumentos que podrían haber influido en el legislador para hacer una regulación diferente si los hubiera conocido en su momento; y en ninguno de los dos casos es útil preguntarse por la intención psicológica del legislador; este «método “mentalista” no funciona en casos difíciles». Posner pone el ejemplo de una ley que vincula poder ser jurado a poder votar y que fue aprobada antes de que las mujeres tuviesen derecho a votar: una vez que obtienen este derecho, ¿deberíamos concluir con el enfoque mentalista que la ley sigue sin autorizar a las mujeres servir como jurados porque era lo que el legislador tenía en mente? En realidad, como explicó Hart (1961, p. 125), la «incapacidad de anticipación trae consigo una indeterminación relativa de propósitos»; y para concretarlos el legislador tendría que poner a prueba su objetivo general enfrentándolo a los casos no previstos. En la práctica, muchos casos no tienen solución predeterminada y la decisión sobre ellos tiene un componente discrecional. Desde luego no son todos, ni quizás la mayoría, pero hay casos cuya regulación es dudosa porque el significado de la ley es dudoso (y acaso también lo hubiese sido para el legislador) y su solución no se descubre sino que se crea. Como también observa Hart (1961, p. 132), este hecho se oscurece cuando se insiste en que la función de la interpretación es «buscar la “intención del legislador” y el derecho que ya existe».

3.2. Razones políticas

Otra clase de razones para defender la doctrina subjetiva al interpretar disposiciones jurídicas son *políticas* en cuanto que tienen que ver con la autoridad para legislar. El argumento básico es que las disposiciones son fuente del derecho por ser creación intencional de autoridades con competencia reconocida para crearlo; de manera que su existencia y contenido normativo se explican y delimitan por la intención con que se crearon. La idea es que si el derecho legislado existe por ser voluntad de la autoridad que lo crea, debe su contenido a esa voluntad y ha de ser interpretado conforme a ella. Lo decía Gény en 1899: la ley escrita «no es otra cosa, en su esencia, que la expresión de una voluntad inteligente; y es opuesto a su naturaleza el interpretarla de otro modo que como un acto de voluntad» (Gény, 2000, pp. 204-205).⁵⁰ En España la doctrina subjetiva ha sido defendida destacadamente por Lacruz Berdejo *et al.* (2012, p. 233): «Como la ley [...] es inicialmente un acto de voluntad, su interpretación ha de emprenderse reconstruyendo la intención del autor del texto; el contenido intelectual puesto en él (al que, impropriamente hasta cierto punto, denominamos “voluntad”), en cuanto visión y solución de un problema en determinado momento histórico». ⁵¹ En la literatura más reciente sobresale también Ekins (2014, p. 19): «Legislar es un acto basado en una intención. [...] Para tratar la legislación como lo que es y tiene derecho a ser, el intérprete debe inferir la intención del legislador». Su razonamiento es tanto lingüístico como político: «La naturaleza de la legislación y la naturaleza del lenguaje implican que los intérpretes deben tratar de inferir el significado que el legislador tenía intención de transmitir al emitir el texto legal» (p. 20).

El argumento de la autoridad de la voluntad legisladora tiene la servidumbre de necesitar que haya una voluntad legisladora. Muchos juristas han señalado la dificultad de atribuir voluntad o intenciones a algunas autoridades responsables de la legislación, sobre todo a asambleas legislativas y otros órganos normativos colectivos. Pero hay muchos otros problemas teóricos. Kelsen advirtió que las normas jurídicas siguen obligando después de desaparecer la voluntad que las creó, así que «el derecho vigente no puede ser

⁵⁰ Gény aceptaba que cuando la ley es clara «la misión del intérprete está reducida casi a dar al texto toda la extensión de que es susceptible» (Gény, 2000, p. 22); pero cuando es oscura o incompleta «es menester investigar por otros medios cuál fue la voluntad del que la inspiró, para comprobar, rectificar, completar y restringir o ampliar la *letra*. Así se va por todos los medios y a todo trance en busca de la intención del legislador [...]» (ibid., p. 23). En todo caso, su doctrina es intencionalista: «interpretar la ley es simplemente volver a buscar el contenido de la fórmula legislativa, auxiliado por la fórmula que lo expresa» (ibid., p. 206).

⁵¹ También Lacruz matiza su intencionalismo, porque añade que la interpretación *subjetiva* inicial debe seguir un examen de la *ratio* de la norma a la luz de «la circunstancia económica, social y técnica del momento» (Lacruz Berdejo *et al.*, 2012, p. 233). En todo caso, «la ley ha de ser contemplada, en principio, como acto de voluntad inteligente de un legislador concreto. Pues no ha nacido por generación espontánea: proviene de un legislador que ordena algo: es un acto de voluntad suyo. Por tanto, nos importa averiguar cuál es, a través de sus palabras, el intento del ordenante: lo que realmente quería decir» (ibid., p. 236).

la voluntad psicológica de sus creadores aunque para crear derecho sea necesario un acto de voluntad real» (Kelsen, 1941, p. 55). Por otra parte, el contenido de una ley no puede deberse a la voluntad de todos los legisladores que la crearon, pues algunos quizá se opusieron a ella o la apoyaron sin conocerla (ibid., p. 56). Con todo, la filosofía política de la doctrina subjetiva es que la ley tiene autoridad en cuanto creación intencional de una autoridad, y que por tanto la ley prescribe lo que quiso prescribir esa autoridad creadora. La doctrina subjetiva ve la legislación como un sistema de mandatos dirigidos a individuos y grupos sociales por quien tiene soberanía o poder suficiente sobre ellos para imponerles conductas de modo estable. Como señala Tarello, el argumento que recurre a la voluntad del legislador concreto se fundamenta «en la doctrina imperativista de la ley, en la doctrina para la cual la ley es un *mandato*, dirigido por el superior al inferior: el mandato se manifiesta en un documento y atribuir significado al documento quiere decir remontarse a la voluntad de la cual el documento es expresión» (Tarello, 2013, p. 327).⁵²

3.2.1. La autoridad moral y política de la autoridad legislativa

El derecho legislado es una creación humana instrumental que existe para perseguir fines, y parecería que conocer su contenido requiere tener en cuenta los fines para los que se crea.⁵³ El argumento político de la doctrina subjetiva viene a ser que al interpretar la ley debe respetarse la intención de la autoridad legislativa porque ella merece obediencia ante todo por sus intenciones y solo derivadamente por sus declaraciones. Este argumento requiere una teoría de la autoridad legislativa que explique cuándo y por qué merece obediencia, así como por qué la intención legislativa tiene más autoridad que el texto legal que la concreta. El deber de respetar la intención de la autoridad al interpretar sus disposiciones no puede justificarse en que así lo exige la propia autoridad, sino que ha de tener fundamento independiente.

La teoría de la autoridad jurídica más reputada de los últimos tiempos es seguramente la elaborada por Joseph Raz, y su intencionalismo mínimo sirve inicialmente de apoyo para la doctrina subjetiva. Sin embargo, la tesis de Raz no justifica realmente la doctrina subjetiva, sino que más bien la socava. La teoría de Raz sobre la autoridad jurídica es compleja y ha ido añadiendo sutilezas

⁵² Tarello menciona como referente a Pufendorf y a la doctrina posterior de la separación de poderes; y observa que el paso de la legislación individual a otra de asamblea legislativa hubiera planteado dificultades al argumento si no fuera por la intervención directa de Napoleón en la producción de los códigos y por el recurso a los indicios proporcionados por *trabajos preparatorios* (Tarello, 2013, p. 328).

⁵³ Lo explica Brink (2001, p. 26): «Los principales objetos de la interpretación jurídica –leyes, disposiciones constitucionales y jurisprudencia– como la mayoría de los objetos de interpretación, son artefactos humanos, los productos de actividad intencional. Al interpretar los productos de actividad intencional, es común pensar que debemos apelar a los propósitos que impulsaron y guiaron la actividad cuyo producto tratamos de entender. Esto sugiere que la interpretación jurídica debería apelar a las razones, los propósitos y las intenciones de quienes promulgaron el derecho».

durante años, por lo que aquí solo puedo recordarla superficialmente. En síntesis, la tesis de Raz es que el legislador pretende autoridad y puede estar justificado reconocérsela por el servicio que presta, sobre todo por tener más pericia que los súbitos para guiar la acción con buenas razones y más capacidad para coordinar sus conductas; y que esa pretensión conlleva que la legislación aporta razones protegidas para la acción que integran y excluyen de consideración, por innecesarias, las razones para actuar que habría que sopesar en otro caso (Raz 1990). De eso infiere Raz que la legislación puede pretender y tener autoridad si y solo si es creada con la intención de legislar y prestar ese servicio; y también que esa intención mínima ha de ser presupuesta y respetada al interpretar la legislación, porque es intrínseca a su autoridad. La conclusión que extrae Raz es contundente: «Hay una fuerte razón para interpretar las leyes y los precedentes y similares de acuerdo con las intenciones de sus autores»; y es que «cualquiera que sea la justificación –real o supuesta– de conferir poderes legislativos a unas instituciones, carece de sentido a menos que las leyes hechas por esas instituciones son las leyes que tienen intención de hacer» (Raz, 2009, p. 274). Esto es, «la propia idea de instituciones legislativas es la de instituciones que pueden hacer el derecho que tienen intención de hacer» (ibid., p. 275).⁵⁴

Su argumentación conduce a Raz a una *Tesis de la Intención Autoritativa*: «En tanto en cuanto el derecho derive de legislación deliberada, su interpretación debería reflejar las intenciones de su legislador» (2009: 275). Raz fundamenta su tesis sobre la premisa normativa de que el derecho pretende tener autoridad moral y que hay que presuponer que mucha gente lo cree así, por lo menos el grueso de quienes lo aplican. Esa autoridad se confía al legislador y por eso «la intención requerida para legislar es la intención por la que debería interpretarse la legislación» (2009: 285). Pero Raz no defiende su tesis como una metodología interpretativa con efectos prácticos, sino como la premisa conceptual que legitima cualquier interpretación del derecho legislado. Raz no defiende la doctrina subjetiva típica, para la cual las leyes tienen el significado y el contenido que sus autores tenían intención de darles, sino meramente que las leyes tienen significado y contenido jurídico solo si sus autores tenían intención de dárselo. Según la tesis de Raz, al interpretar una disposición jurídica hay que aceptar que se hizo con una *mínima intención*, «la intención mínima requerida necesariamente para la legislación» (2009, p. 287). Pero esta intención mínima concurre presumiblemente en casi toda la legislación y no incide en su contenido; y no es necesario indagar ninguna otra intención legislativa. Por el contrario, según Raz el legislador normalmente dará

⁵⁴ También lo dice Marmor: «la vía principal de razones justificativas para respetar las intenciones del legislador implica las mismas consideraciones que ya fundamentan desde antes el respeto a las directivas de una autoridad» (Marmor, 2005, p. 134). Esto es, si hay razones para obedecer lo que dispone una autoridad, por las mismas razones es obligado interpretar sus disposiciones como las entendió ella misma. «Cuando nuestras razones para reconocer la autoridad de otro se basan en la suposición de que es más probable que la autoridad tenga mejor acceso a las razones correctas que afectan al asunto en cuestión, típicamente será más sensato tener en cuenta las intenciones de la autoridad cuando sus directivas requieren interpretación» (2005, p. 135).

a su texto el significado que tiene en su cultura jurídica (2009, p. 284) y ese mismo criterio debe seguirse al interpretarlo. El legislador puede cambiar las convenciones interpretativas expresando esa intención, pero su acto «será interpretado como se interpretan normalmente tales actos con las convenciones prevalentes en el momento» (2009, p. 286). En general, «el contenido de una intención es el que tiene cuando se interpreta por referencia las convenciones del momento para interpretar tales actos expresivos» (ibidem). Raz lo dice expresamente: «el modo normal de averiguar lo que una persona pretendía decir es establecer lo que dijo»; y más en el caso de la legislación, que al estar institucionalizada evita el riesgo de lapsus, de manera que «la posibilidad de tener que ir detrás de lo que se dijo para establecer lo que se quiso decir se hace muy rara. A efectos prácticos puede desaparecer del todo» (ibid., p. 287). El legislador dijo «lo que significan sus palabras, dadas las circunstancias de la promulgación de la legislación y las convenciones de interpretación prevalentes en el momento» (ibid., p. 288). En definitiva: «Una vez sabemos qué significa la ley sabemos qué quiso decir el legislador. Quiso decir eso» (ibidem). Por tanto, la tesis de la intención mínima no es un método de interpretación. «Mas bien remite a los tribunales a las convenciones de interpretación prevalentes en el momento de la legislación» (Raz, 2009, p. 288).

La teoría de Raz sobre la autoridad jurídica es debatida y su tesis sobre la intención mínima exigida al legislador también ha recibido algunas críticas. Según Ekins (2012, p. 112), «si el legislador actúa solo con una intención mínima, no responde a razones y entonces no ejerce autoridad legítima». A su juicio, el legislador «ni siquiera actúa intencionalmente si solo actúa con la intención mínima/humilde de cambiar el derecho»; no actúa expresamente por razones para hacer normas jurídicas (ibid., p. 113). Pero el reproche de Ekins es injustificado, porque la intención mínima de crear nuevo derecho con una ley no puede ejercerse en abstracto, sino que requiere promulgar una ley con contenido específico que cambiará el derecho de manera específica, lo cual no es ajeno a la intención mínima sino parte integral de ella. La intención mínima de promulgar una ley no es una intención sobre los efectos específicos que ha de tener la ley, pero sí sobre el hecho de que la ley tendrá efectos específicos y que estos deberían ser los que es razonable atribuirle interpretándola conforme a la cultura jurídica del momento.

3.2.2. Autoridad democrática

El argumento de la autoridad legislativa manejado por la doctrina subjetiva se refuerza a menudo apelando a la legitimidad democrática. Se alega que cuando la autoridad normativa está legitimada por su origen democrático, como lo están las asambleas legislativas elegidas por sufragio universal, esta legitimación dota de autoridad a su voluntad normativa y justifica interpretar las disposiciones que promulga respetando esa voluntad. Algunos

comentaristas subrayan la importancia de este razonamiento.⁵⁵ El argumento de la democracia se combina con el principio de separación de poderes para sostener que los operadores jurídicos que interpretan la ley –en último término los jueces y tribunales– tienen legitimidad para aplicar lo que decide el legislador electo, pero no para alterarlo.⁵⁶ Pero el argumento democrático pierde fuerza cuando la autoridad no se forma por sufragio universal, como al interpretar disposiciones del Gobierno y la Administración. Cuando la autoridad legislativa no procede de una elección y su legitimación es derivada de la ley y condicionada a la sujeción a la ley, puede que la legitimación del intérprete para concretar el contenido de la legislación no sea menor que la de su autor y no tenga que ceder ante ella.

Por otra parte, el argumento democrático solo justifica una presunción de legitimidad de las prescripciones del legislador, un deber de obediencia *en principio*. La legislación democrática tiene límites constitucionales y fácticos (la regla de reconocimiento del sistema jurídico) que la interpretación no puede eludir, por lo que la intención del legislador no siempre es decisiva. Y, en fin, con el mismo argumento democrático puede situarse la presunción de legitimidad en lo que dicen las disposiciones aprobadas, en su significado y contenido objetivo, en vez de en lo que quiso decir con ellas quien las aprobó. Marmor señala este problema: «Los oponentes del intencionalismo pueden argumentar plausiblemente que no es accidental a los procedimientos democráticos que su resultado son textos autoritativos, esto es, leyes» (Marmor, 2005, p. 132 y ss.). En efecto, puede que lo democrático sea respetar lo que prescribe la ley aprobada por la asamblea, en vez de la voluntad inexpressa con que la aprobó.

3.2.3. Autoridad deliberativa

El argumento más elaborado para defender la doctrina subjetiva por razones políticas se basa en presentar la autoridad legislativa como un órgano deliberativo que considera razones para cambiar el derecho por el bien de la comunidad y actúa intencionalmente movido por ellas. Este es muy resumido el razonamiento de Ekins (2012), al cual dedica un libro donde discute ideas rivales y posibles críticas. Una idea que combate recurrentemente es la

⁵⁵ Dice Nascimento (2023, p. 106): «La legitimación democrática del legislador es, sin duda, el argumento más sólido que apoya la pretensión de que la voluntad legislativa tenga preferencia como guía para la interpretación de las leyes». En mi opinión, en cambio, es tanto o más sólido el argumento de la pericia (autoridad experta).

⁵⁶ Como apunta Salvador Coderch (1985, p. 478), la doctrina subjetiva se presenta como la única compatible con la idea de Estado de Derecho, la seguridad jurídica, la separación de poderes y la vinculación del juez a la ley. También dicen (Eskridge y Frickey, 1990, p. 326) que el intencionalismo afirma ser el único fundamento legítimo para la interpretación legal en una democracia representativa: «Si una mayoría de nuestros representantes electos tenían una determinada interpretación en mente cuando promulgaron la ley, esa interpretación tiene un atractivo evidente en una democracia representativa». El problema, como observan ellos, es saber qué tenían en mente.

concepción de la legislación democrática como una síntesis de intereses individuales conseguida mediante mecanismos basados en la prevalencia de las mayorías. Ekins sitúa en esta concepción a la teoría de la elección pública y también a Dworkin, a quien reprocha que en su enfoque el legislador «no razona sobre lo que debería hacerse, sino que en vez de eso invoca como si fuera una razón el hecho de que una mayoría de personas quiere una determinada decisión»; y dice: «Esta concepción del proceso legislativo es absurda» (Ekins, 2012, p. 83). A juicio de Ekins, legislar es una actividad deliberativa y no una mera integración de preferencias: «el legislador razonable está interesado en razones a favor y en contra de propuestas por acción legislativa; las preferencias de su electorado no son en general razones decisivas para él» (ibid., p. 90). Según él, la teoría «debe reconocer y explicar el carácter de la asamblea legislativa como un cuerpo deliberativo y representativo» (ibid., p. 93). Y con base en esta visión del proceso legislativo como una decisión meditada y razonable, Ekins concluye que la ley expresa una intención coherente y ha de interpretarse conforme a ella: «Si una ley es un conjunto de preceptos inconsistentes y contradictorios que carecen de lo necesario para formar un plan de acción coherente, entonces digo que la ley no es razonable» (2012, p. 102).

El planteamiento de Ekins es sofisticado, pero asume demasiado como premisa. Su esquema argumental parte de que la legislación es una actividad guiada por razones y orientada al bien común que produce resultados (leyes) razonables, de lo cual infiere que al interpretar las leyes debe tenerse en cuenta ante todo la intención (razonable y benéfica) con que se crearon. Pero si cambiamos la premisa, y en su lugar asumimos que la legislación puede ser caprichosa, o estar motivada por los intereses de una facción o una élite del grupo social y orientada a satisfacerlos, o ser un compromiso de preferencias en conflicto en el que las minorías ceden ante las mayorías, entonces el argumento de Ekins ya no funciona bien. En su argumento, la intención legislativa tiene autoridad y ha de respetarse al interpretar la ley porque es razonable por definición, porque si no es razonable no es propiamente intención legislativa, sino un sucedáneo. El argumento de Ekins requiere interpretar la ley haciendo un juicio de valor previo sobre la calidad de la legislación, con lo cual rechaza la pretensión de autoridad típica del legislador, que reclama ser obedecido por deferencia o confianza y sin control de calidad casuístico. Su argumento necesita una autoridad legislativa deliberativa y razonable, y decae con autoridades de otro tipo. Esto no refuta el argumento, pero lo relega a un contexto idílico.

3.2.4. Autoridad sobrepuesta

El argumento político que vincula el contenido de la ley a la intención de la autoridad legislativa tiene fuerza intuitiva, pero también problemas. Paradójicamente, quizá el contraargumento principal es la teoría de Raz (1990) sobre la autoridad legislativa, cuyas normas describe como razones protegidas para la acción. Según esta teoría, una vez que la autoridad jurídica emite

normas es obligado tomarlas como razones excluyentes para actuar, que evitan e impiden tener que procesar las razones de fondo por las que la autoridad emitió tales normas. Es decir, emitida una norma solo vincula lo que prescribe y dejan de importar las razones y las intenciones de la autoridad al prescribirla. La doctrina subjetiva de la interpretación choca con esa idea, porque demanda al intérprete que se asegure siempre de que la disposición prescribe lo que realmente quería prescribir su autor porque responde a las razones que lo motivaron. Por eso justificar esa doctrina requiere negar que las disposiciones jurídicas guían la conducta de manera concluyente y son una razón suficiente para actuar que hace superfluo examinar con detalle otras razones. Marmor sugiere una excepción a esta regla, razonando que las normas pueden ser ambiguas o imprecisas, en cuyo caso «puede ser necesaria la referencia a las razones dependientes para establecer más precisamente el contenido de la directiva de la autoridad» (Marmor, 2005, p. 93). Pero Marmor acepta el planteamiento general de Raz sobre la autoridad y su intencionalismo es de corto alcance. En la misma página donde presenta la imprecisión del lenguaje normativo como un resquicio en la teoría de las razones excluyentes, Marmor rechaza el planteamiento radical de Moore que niega del todo la posibilidad de aplicar directivas meramente por lo que dicen y sin tener en cuenta sus razones de fondo. A esta tesis, según la cual ninguna disposición es lo bastante clara y directa para que pueda ser entendida y aplicada sin necesidad de interpretar sus razones, Marmor responde: «el derecho, como cualquier otra forma de comunicación, puede simplemente ser entendido y entonces aplicado. La interpretación es la manera excepcional, no la estándar, de entender el lenguaje» (2005, p. 93). La observación de Marmor (para quien solo se *interpreta* lo dudoso que no se comprende inmediatamente) es a mi juicio correcta: a menudo lo que prescribe una disposición jurídica es inteligible simplemente leyéndola (con la contextualización normativa y social precisa) y solo a veces requiere ser investigado.

A la doctrina subjetiva se oponen en general quienes defienden la publicidad y objetividad de las normas y una «interpretación sin intenciones», como Hurd (2015, p. 66): «deberíamos situar la autoridad en los textos legales, y solo derivadamente (si acaso) en las intenciones con que fueron producidos esos textos»; «es la ley, y no los legisladores, lo que tiene una pretensión de autoridad sobre nuestras acciones».⁵⁷ Quienes como Raz, Marmor, Hurd y

⁵⁷ Igual que Marmor, Hurd (2015, p. 67) acepta que la ley ambigua se puede aclarar a la luz de las intenciones con que se redactó; pero «en el caso de que estas intenciones sean ignotas o carezcan de fiabilidad pierden su valor heurístico». De todas formas, para Hurd interpretar la ley es algo más que comprender su texto, pues para ella este solo es un indicio del contenido de la moral, que es lo que debe determinarse. Según ella, «los textos legales sirven para asistirnos en adquirir creencias morales más coherentes con las máximas morales objetivas, no podemos interpretar los textos legales de modo que simplemente repliquen las creencias subjetivas que tenemos. [...] Debería pensarse entonces que las leyes y los principios creados institucionalmente tienen autonomía propia» (ibíd., p. 71). En otro trabajo, Hurd combatió la idea de que legislar es comunicar normas y expuso que «si estamos de acuerdo en que no necesitamos ni debemos concebir las leyes como comunicaciones, entonces hemos propinado

muchos otros consideran que la ley, salvo que sea ininteligible o absurda, tiene una autoridad sobrepuesta a la que tiene el propio legislador y a sus intenciones y razones, nutren la doctrina objetiva aunque defiendan un intencionalismo mínimo, que en realidad nadie niega.

Aunque la autoridad de la ley proviene de la autoridad de quien la promulga, lo que en virtud de esa autoridad debe ser cumplido y tiene fuerza vinculante es la propia ley y no la voluntad tras ella. Lo apuntaban Díez-Picazo y Gullón (2012, p. 166): «Se dice en este sentido que sólo las manifestaciones de voluntad vertidas en las normas tienen valor vinculante. Por tanto, sólo vale la voluntad que resulta del texto legal»⁵⁸ Esta es la doctrina objetiva, opuesta a la ideología imperativista que nutrió la doctrina subjetiva.⁵⁹ En palabras de Schauer (1991, p. 220 y 2004, p. 284), atribuir autoridad a las intenciones legislativas es «ver la legislación con el modelo imperativo, como vemos la relación entre soldado y sargento»: entre ella el soldado está obligado a satisfacer los deseos del sargento y cuando las instrucciones de este son insuficientes es normal que el soldado quiera buscar otros indicios de esos deseos. En cambio, cuando la autoridad se basa en normas, las dudas interpretativas no hay que resolverlas con las intenciones originales, salvo quizá «cuando las intenciones de quien redacta la regla forman parte del objeto de la actividad de seguir esas reglas» (ibidem). Como ilustra Schauer, al interpretar un testamento o un contrato importa la intención de quien los escribió, porque es constitutiva de esos actos jurídicos, pero no al interpretar las reglas del bridge o del béisbol. Según él, por tanto, para responder si importa la intención del autor original al interpretar el derecho es necesaria una teoría del derecho sustantiva sobre qué es y qué hace el derecho. Si lo crucial del derecho es seguir las órdenes de quienes mandan, es normal que sea valioso acudir a la intención de los legisladores, como al interpretar la Biblia, el Corán o el Talmud. En cambio, si vemos el derecho «como un conjunto de reglas que, quien sea que las haya redactado, son las reglas que *nosotros* aceptamos hoy y que *nosotros* aceptamos emplear ahora para coordinar nuestra existencia social», entonces para resolver problemas interpretativos no necesitamos las intenciones originales» (ibidem). Además, de la intención del legislador surgen

un golpe significativo a quienes están convencidos de que la interpretación de la ley debe realizarse indagando las intenciones autorales de los legisladores» (Hurd, 1990, p. 952).

⁵⁸ También (Manning, 2005, p. 424): «mientras que los intencionalistas creen que las asambleas legislativas tienen intenciones políticas coherentes e identificables pero *inexpresadas*, los textualistas creen que las únicas intenciones legislativas colectivas significativas son las reflejadas en el *significado público* del texto legal final».

⁵⁹ Observan los mismos autores que la búsqueda de la voluntad real que guió la creación de la ley «cuadra muy bien con los postulados de un Estado absoluto o totalitario. El intérprete, como servidor de un príncipe o de un jefe, debe tratar de averiguar qué es lo que éste ha querido y complacerle» (Díez-Picazo y Gullón, 2012, p. 165).

directamente las reglas formales que decidió aprobar, no los fines y las políticas que acaso quería implementar pero no concretó en reglas.⁶⁰

3.2.5. Autoridad institucional

Donde rige el imperio de la ley y no la decisión arbitraria de individuos, también las autoridades están sometidas a la ley y solo pueden cambiarla mediante procedimientos reglados. «En un Estado de Derecho –se dice–, el autor de la ley está también sometido a ella y debe dejarla actuar incluso contra sí. mismo» (Díez-Picazo y Gullón, 2012, p. 166). En los sistemas jurídicos actuales el procedimiento estándar para cambiar el derecho es la legislación, complementado con un margen de discrecionalidad de los órganos competentes para aplicarla. Pero la legislación, en cuanto vía reglada para hacer cambios en el derecho, consiste en aprobar y publicar disposiciones, no en la intención de dictar normas ni en las normas acordes con esa intención. La autoridad legislativa cambia el derecho con la ley, no con su voluntad. Esto impide identificar el contenido de las leyes con la voluntad del legislador percibida por el órgano que las aplica. La sujeción de la autoridad legislativa a la ley limita su potestad de configurar el derecho por su voluntad (y a voluntad), porque ha de hacerlo mediante disposiciones públicas (y cumpliendo los requisitos constitucionales).

Otra restricción *objetiva* de la voluntad subjetiva de la autoridad jurídica para dictar normas, que también afecta a la interpretación de sus disposiciones, proviene del propio ordenamiento donde se integran. Aunque normalmente la legislación nueva cambia el ordenamiento sin que este pueda evitarlo, el derecho pone condicionantes constitucionales y funcionales (prácticos, de aceptación y eficacia empírica) que restringen el contenido permisible de la ley y deben ser tenidos en cuenta al interpretarla con preferencia a la intención legislativa. Como dice Pérez Bermejo (2023, p. 304), la idea de que las leyes nacen de una voluntad que debe indagarse al interpretarlas presenta el problema técnico-jurídico de que «nuestros ordenamientos jurídicos contemporáneos suelen sustentarse sobre una estructura de principios morales y políticos» que limitan la capacidad legislativa a normas coherentes con ella. En efecto, los principios y valores y las reglas de sentido común que están en el trasfondo del ordenamiento jurídico influyen al interpretar las leyes y afectan al interés por la intención legislativa. Por ejemplo, si bien los juristas invocan típicamente la intención legislativa para rechazar las interpretaciones literales de las leyes que llevan a consecuencias absurdas (presumiendo que la intención era más razonable), llegado el caso rechazarán respetar la intención legislativa aparente si es esta (y no la ley misma) la que tiene consecuencias absurdas. Aun concibiendo las leyes como medios de comunicación de normas emitidas por una autoridad competente para hacerlo, y tanto desde la doctrina subjetiva

⁶⁰ Lo dice Manning (2017, p. 2427): «La posición formalista, además, destaca que el Congreso *elige* expresar sus políticas redactando textos formales, técnicos y a menudo áridos, y por ello votando sobre esos textos y no sobre líneas políticas generales o argumentarios [*bullet points*]».

como desde la objetiva, ha de reconocerse que la autoridad no produce derecho inmediatamente por su solo acto de comunicación, ni con su intención ni con el texto legal, sino que lo nuevo ha de encajar en el ordenamiento existente y este encaje puede requerir interpretación e incluso una decisión autorizada.⁶¹

Ante la observación anterior, según la cual los límites que imponen a la voluntad legislativa el ordenamiento preexistente y el sentido común hacen que interpretar las leyes no sea solo hacer valer esa voluntad, la doctrina subjetiva puede contraargumentar que el encaje de las nuevas normas en el ordenamiento ha de hacerse precisamente atendiendo a la intención legislativa. La idea sería que lo que importa al examinar la compatibilidad o la coherencia de una disposición con otras de superior jerarquía es la intención que las anima, de modo que la necesidad de ver las disposiciones a la luz del conjunto del ordenamiento no es un problema para la doctrina subjetiva. Una expresión de esto sería el juicio de constitucionalidad de las leyes, cuando cuenta la intención con que se aprobaron. Al evaluar la compatibilidad de una ley con la Constitución, el intérprete que percibe incongruencias –pensemos en un Tribunal Constitucional– puede optar por declarar la ley inconstitucional o por hacer una interpretación conforme con la Constitución y salvar así su validez. El intérprete puede decidir teniendo en cuenta valores jurídicos como la deferencia al legislador y su margen de apreciación, pero también puede valorar si el legislador tenía o no intención de hacer una ley constitucional.⁶² A mi juicio este argumento es un apoyo muy débil para la doctrina subjetiva. La

⁶¹ Explica Lifante (1999, p. 1991): «El intérprete jurídico no se encuentra sólo con un texto (creado por una determinada autoridad legislativa) que ha de ser interpretado, sino que ese texto se integra en una práctica social (en la que conviven –entre otras cosas– muchos otros textos y autoridades); y el significado que ha de atribuírsele mediante la interpretación debe ser el significado “según el Derecho”». Ella critica así el modelo comunicativo según el cual el derecho surge de un acto de comunicación, que le parece «demasiado pobre»; pero creo que esa idea es compatible con este modelo. En realidad todos los textos, legales o no, se crean e interpretan en el contexto de prácticas sociales, y eso debe ser computado por cualquier teoría de la comunicación, jurídica o de otro tipo. Como dije al principio, con referencia a Gizbert-Studnicki y Poggi (2022), la contribución que hace al derecho la interpretación judicial impide identificarlo con el producto de actos de comunicación legislativa.

⁶² Solan (2010, p. 106) hace esta observación comentando un caso de 1994 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (EUA) sobre una ley que perseguía tratar con pornografía infantil. La ley no tipificaba debidamente el dolo de la conducta ilícita y la mayoría del tribunal decidió corregir el defecto para salvar su constitucionalidad, presumiendo que era la intención legislativa. Pero Scalia disintió alegando que el legislador pudo pretender que la ley tuviese su significado claro e inconstitucional y así debía declararse. Solan señala que la interpretación conforme aprobada por la mayoría no sería posible sin recurrir a la intención. En otro caso de 1989, el Tribunal Supremo de EUA examinó una ley que impedía informar al jurado sobre antecedentes penales del «*defendant*» (acusado o demandado) si según el tribunal el valor probatorio de hacerlo no sobrepasaba el perjuicio que se le causaba. Pero en el caso discutido un demandado quería aportar antecedentes penales del demandante. El tribunal consideró arbitrario que la regla protegiese a demandados y no a demandantes; pero para no declararla inconstitucional entendió que la intención legislativa era referirse solo a acusados en procesos penales y no también a demandados de procesos civiles, e interpretó la regla con esta corrección (Solan, 2010, p. 107).

conformidad de una ley con la Constitución se examina confrontando sus textos, no las intenciones que llevaron a escribirlos y aprobarlos. Si los textos hacen prescripciones incompatibles debe ser reconocida la inconstitucionalidad aunque esta no hubiese sido intencional, y es improcedente una interpretación conforme que lleve a «ignorar o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos», como acertadamente dijo el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 22/1985, de 15 de febrero, y en otras muchas después. La intención de legislar en el marco de la Constitución debería presumirse en el legislador, pero ello no justifica forzar el encaje de la ley en ese marco afirmando que prescribe algo distinto de lo que ella dice prescribir. Hacer eso no es interpretar la ley de conformidad con la intención legislativa y la Constitución, sino cambiar la ley para hacerla constitucional a la fuerza.

3.2.6. Autoridad inconveniente

Por lo demás, ante las razones para respetar la autoridad legislativa siguiendo sus intenciones más que sus declaraciones, también puede haber razones para desobedecerla o para seguir sus directivas objetivamente, por el significado o la finalidad que aparentan. Por ejemplo, porque la intención que se percibe tras la disposición es inconsistente con normas superiores a esta, pero su texto admite una interpretación conforme con tales normas superiores. También quizá cuando la intención es espuria o seguirla tiene previsiblemente peores consecuencias que atenerse al texto.⁶³ Cabría alegar que el deber de atender las intenciones de la autoridad cede cuando es preferible desobedecerla, porque al interpretar una disposición se ha de procurar que produzca las mejores consecuencias posibles y no respetar a toda costa la intención legislativa. Sin embargo esta réplica consecuencialista no es un argumento interpretativo, sino a lo sumo meta-interpretativo: no trata sobre cómo interpretar correctamente disposiciones jurídicas sino sobre cuál es la actitud correcta ante las opciones interpretativas. Interpretar una disposición es

⁶³ Nascimento (2023, pp. 124 y ss.) enumera unos supuestos en los que «la interpretación podría legítimamente apartarse de la intención legislativa» (que ella asimila a la finalidad): cuando la intención es inconstitucional, *mala* (de los legisladores en interés propio), tiene consecuencias absurdas, indeseables o incoherentes con el ordenamiento, o ya caducó y está desfasada. Añade el error de redacción, «porque se presume que la intención del legislador no fue (o no habría sido) cometer un error»; pero es una justificación extraña para desatender la intención legislativa, porque es justamente lo que se atiende ante un lapsus. Supongo por eso que también aquí hay un error de redacción y que la autora intentaba decir que en casos así está justificado desatender la intención aparente (la finalidad, en mi terminología) de lo que dice la ley para atender la intención real con que se dijo. Por otra parte, Nascimento no detalla cómo identificar las intenciones malas, indeseables y obsoletas que justifica desatender; y sus ejemplos no ayudan. Uno de ellos es una ley brasileña que autorizaba al juez a suspender de empleo al agente público investigado por actos de improbidad, ley que el Tribunal Supremo interpretó evitando las «consecuencias absurdas» de hacer posible suspender el ejercicio del cargo representativo de los parlamentarios. Pero Nascimento no aclara si la intención legislativa era precisamente incluir en la regla a los parlamentarios (lo cual por cierto sería indeseable y quizás inconstitucional, pero no absurdo); y si no lo era, el tribunal antepuso la intención legislativa a la literalidad del texto, como si hubiera un error de redacción.

comprender qué prescribe para atribuirle ese significado prescriptivo que tiene, y no dotarle de uno nuevo con fines consecuencialistas o de otra clase. No hay que confundir la pregunta técnica *¿qué es interpretar el derecho?* con la pregunta moral o política *¿qué se debe hacer cuando se interpreta el derecho?* Lo último pregunta si la interpretación debe ser neutral y pasiva ante los resultados de aplicar una disposición válida o debe ser comprometida y activa para que sean los mejores posibles. Esta pregunta no tiene solución fácil y no la trataré aquí, pero me parece que el sentido de interpretar disposiciones en ordenamientos con legitimidad aceptable es atribuirles el contenido que ya tienen y no darles otros nuevos que parezcan mejores. Así lo entiende en todo caso Fish: aunque para resolver un problema jurídico no solo importa interpretar la intención de la autoridad que lo afrontó, solo esto último sería interpretar; porque «si te dedicas a la interpretación, y no a producir resultados sociales deseables, solo hay una manera de hacerlo» (Fish, 2008, p. 1145). Para Fish esa única manera es la doctrina subjetiva, pero no hace falta compartir su intencionalismo para creer como él que interpretar una disposición no equivale a procurar resultados sociales deseables. La doctrina subjetiva resiste la objeción consecuencialista, pero desactivar esta objeción no refuerza la doctrina frente a sus rivales.

3.2.7. Autoridad coordinadora

El razonamiento político de la doctrina subjetiva es que la autoridad que merece obediencia es un agente intencional y obligan las normas que emite intencionadamente, no sus palabras. Pero en ocasiones una disposición jurídica tiene valor y merece obediencia por ser capaz de coordinar conductas y no por la legitimidad o la autoridad de quien la prescribe. Por ejemplo, al regular preferencias de paso en la circulación de vehículos. En esas circunstancias es cuestionable el razonamiento político de la doctrina subjetiva: ¿por qué habría que interpretar la disposición conforme a la voluntad de la autoridad cuando solo importa que se logre la coordinación, sea o no la pretendida por la autoridad? Cabría responder que si la intención legislativa era crear una pauta de coordinación, respeta esa intención quien interpreta la ley de modo conducente a la coordinación cualquiera que sea la pauta creada. Así lo argumenta Raz (2009, p. 291): «la legislación diseñada únicamente para asegurar una convención de coordinación no es necesario interpretarla de acuerdo con la intención del legislador. Con tal de que sea interpretada de modo que asegure la convención de coordinación, sirve plenamente a la intención del legislador». Pero esto no contesta el desafío que enfrenta el intencionalismo cuando la norma se justifica por su capacidad de coordinación y no por la autoridad que la dicta. Porque la pregunta es si se deben interpretar las disposiciones cuya razón de ser es coordinar conductas de cualquier manera que facilite esa coordinación *aunque no fuese esa la intención de sus autores*. Si el valor de la pauta de coordinación propuesta por la ley no proviene de la autoridad que la crea, al interpretar la ley importa que induzca una pauta y no la intención de la autoridad al proponer una. Para mantener su argumento político respecto de normas de coordinación, el intencionalista ha de sostener que la autoridad aporta valor a la norma y que sus intenciones importan. Puede

alegar que si la autoridad propone una pauta de coordinación específica es que la prefiere a otras y que entonces no es indiferente cuál se use. Pero algunos intencionalistas admiten que cuando solo importa coordinar conductas, ya no es necesario tomar la intención legislativa como objetivo de la interpretación. Así Alexander y Sherwin (2008, p. 139) admiten que puede ser preferible seguir el significado convencional de la disposición en vez de la intención de su autor, aunque ello no sea interpretar la disposición sino construir una regla, cuando no importa la pericia del legislador sino solo la coordinación. Ellos ponen el énfasis en que nos importa la pericia del legislador y por eso su intención, pero el argumento es de ida y vuelta: cuanto más importe la coordinación, menos la intención.

3.2.8. Autoridad experta

Cuando la autoridad del legislador sobre los obligados por la ley se basa en su mayor pericia y capacidad para evaluar las razones para actuar y para tomar decisiones adecuadas, la doctrina subjetiva justifica en esa pericia el deber de interpretar las directivas de la autoridad por lo que pretendía con ellas y no simplemente por lo que dicen. Pero cabe contraargumentar que en realidad normalmente es mejor seguir lo que dicen, porque los procedimientos legislativos están diseñados de forma que su resultado (la legislación) es una guía de acción más fiable y efectiva que sus responsables originales (los legisladores). Esta es la tesis de Waldron (1995 y 1999, cap. 6) sobre los procesos democráticos de legislación, que según razona producen típicamente resultados con mayor valor epistémico para guiar conductas que los producidos aisladamente por quienes participan en ellos. Waldron sugiere que la legislación democrática es un sucedáneo de la máquina imaginada por Wollheim para tomar decisiones democráticas idóneas, y es la manera más eficiente de agregar las preferencias individuales (argumento utilitarista), proporciona una respuesta de la mayoría con más probabilidad de ser correcta que cada una de las respuestas computadas (en virtud del teorema de Condorcet), y sintetiza una deliberación cuyo resultado es mejor que el que podría alcanzarse individualmente (argumento aristotélico). «La autoridad de una ley es su emergencia, mediante procedimientos específicos, como un *'unum'* a partir de una pluralidad de ideas, intereses y propuestas, en circunstancias en las que reconocemos la necesidad de una decisión hecha en conjunto, y no muchas hechas por cada uno por sí solo». Entonces, «no hay justificación para privilegiar los estados mentales de ninguna facción de la asamblea legislativa considerándolos canónicos respecto a la decisión tomada por el conjunto» (Waldron, 1995, pp. 354-355 y 1999, p. 144). También Hurd (2015, p. 70) respalda esta idea: «la legislación democrática puede demostrar tener autoridad teórica incluso aunque sus autores no la tengan, o incluso aunque las creencias e intenciones de sus autores sean desconocidas o incognoscibles hasta el punto de poner en duda su autoridad teórica».

3.2.9. Autoridad obsoleta

Un reproche habitual a la doctrina subjetiva y al argumento político que la sostiene es que la autoridad legislativa caduca. La legitimidad y la fuerza de obligar que pudo tener la autoridad que intencionalmente emitió una norma no se conserva necesariamente cuando su disposición es interpretada años después. Siendo así, al interpretar una disposición cuyo legislador perdió su autoridad con el paso del tiempo ya no habría razón para respetar su voluntad, al menos si interpretarla de otra manera parece más acorde con la voluntad del legislador actual o con las necesidades sociales. Esto es admitido por el intencionalismo mínimo de Raz (2009, p. 295): «el argumento democrático no justifica interpretar el derecho muy antiguo de acuerdo con la voluntad de sus legisladores». Lifante (1999, p. 188) pone en duda que el intencionalismo de Raz pueda explicar la pérdida de autoridad del legislador antiguo. Pero tiene pleno sentido que la justificación de seguir la ley por provenir de la intención (mínima, legislativa) de una autoridad se desvanezca cuando la autoridad deja de serlo (o su juicio importa menos que la coordinación como razón para cumplir la ley). Porque entonces seguir (la intención de) la autoridad caducada no es más ventajoso que decidir por uno mismo, y el intérprete tiene razones para aplicar su juicio en vez de aquella intención.⁶⁴

3.3. Razones jurídicas

Además de razones lingüísticas y políticas, la doctrina subjetiva puede dar razones jurídicas a su favor, consistentes en la vigencia de normas o prácticas jurídicas que obligan a aplicar esa doctrina al interpretar la legislación. Estas razones, de haberlas, son por su naturaleza relativas a un ordenamiento jurídico y por tanto contingentes. No es posible presentarlas en abstracto, sino que hay que referirlas a un ordenamiento concreto. Pero cabe hacer unas consideraciones en abstracto sobre las intenciones interpretativas del legislador. Además merece notarse que hay un problema de circularidad en argumentar que se debe seguir la intención de la autoridad jurídica al interpretar sus disposiciones porque así lo exige la propia autoridad jurídica en sus disposiciones. El argumento jurídico depende de los otros, sobre todo de las razones políticas sobre la autoridad del legislador.

⁶⁴ También para Marmor (2005, p. 138) «cuanto más vieja es la ley, menos atractivo resulta el intencionalismo. Las razones de esto son obvias: la pericia cambia con el tiempo, debido a la acumulación de experiencia y de datos disponibles, al progreso en diversas ciencias, y demás. De ahí la conclusión natural, de que cuanto más vieja sea una ley más suspicaz hay que ser sobre la relevancia de las intenciones del legislador». Pérez Bermejo (2023, p. 306) observa igualmente que la ley antigua plantea un problema de legitimidad al método subjetivo; con el cual además «la interpretación de las leyes queda fosilizada o petrificada per saecula saeculorum».

3.3.1. Intenciones legislativas interpretativas

Algún autor plantea esta cuestión: ¿qué dice la doctrina subjetiva cuando la intención legislativa es que las disposiciones se interpreten objetivamente? ¿Pide en tal caso atender a la intención legislativa sustantiva específica de la disposición interpretada o, por el contrario, a la intención interpretativa general que prescinde de las intenciones sustantivas?⁶⁵ Considérese el artículo 12.2 de la Ley General Tributaria española: «En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda». ¿Quiere la doctrina objetiva que las normas tributarias sean interpretadas conforme a la intención de sus autores o conforme a su sentido usual y a la intención interpretativa del legislador tributario?⁶⁶ De hecho, es verosímil que en los ordenamientos jurídicos haya un principio interpretativo por defecto que reclama entender la legislación conforme a las pautas de interpretación prevalentes en el momento, como vimos que argumenta Raz (2009, p. 288).⁶⁷ Cuando esas convenciones se oponen a atribuir a los textos significados que no tienen en el habla común ni en el habla técnica de los juristas, como seguramente sucede en muchos ordenamientos, la doctrina subjetiva tiene un problema añadido. Porque ante una inconsistencia entre el significado público (común o técnico) del texto legal y la presunta intención con que se emitió, la doctrina subjetiva tendrá que escoger entre hacer caso a esa intención particular a costa de desoír el texto o hacer caso a la intención legislativa general e implícita que instruye a respetar la convención de ceñirse algo al texto.

Cuando las intenciones interpretativas y las sustantivas parecen chocar, la doctrina subjetiva ha de decidir cuáles tienen prioridad y tiene un problema.

⁶⁵ Lo plantea Brest (1980, p. 212), cuyo ejemplo es el alcalde que prohíbe los «vehículos» en el parque municipal y cuya intención es que sus disposiciones sean interpretadas por lo que dicen y no por sus intenciones sustantivas. Según Brest, en un caso así la juez que haga una interpretación intencionalista de la regla «supedita la fidelidad a las intenciones de quienes adoptaron la ley a algún otro valor» (ibidem). Escribe Brest (1980, p. 215): «La primera tarea del intérprete intencionalista debe ser determinar las intenciones interpretativas de quienes adoptaron la disposición que tiene ante sí –esto es, los cánones por los que los adoptantes querían que se interpretase su disposición». Brest hace un comentario histórico sobre la intención interpretativa del legislador constituyente estadounidense, que a su parecer asumió la práctica general de guiarse por el significado llano del texto. Pero Kay es escéptico con ese tipo de enfoque: «Hay algo extraño en argumentar contra el uso de las intenciones originales invocando una interpretación basada en las intenciones originales» (Kay, 2009, p. 708).

⁶⁶ El artículo 12.3 de la Ley General Tributaria atribuye al ministro de Hacienda competencia para aclarar las disposiciones estatales, pero esto no implica que las normas tributarias sean las que eran intención del ministro *ya antes de sus aclaraciones*. Las normas tributarias son públicas y no patrimonio del ministro de Hacienda, y las aclaraciones que este haga a una disposición se añaden a ella para formar la norma pública.

⁶⁷ Para Lifante (1999, p. 188), que el derecho «deba ser entendido, en principio, de acuerdo con las convenciones lingüísticas vigentes no requiere ninguna intención añadida». Siendo así, el canon interpretativo por defecto en los ordenamientos jurídicos sería atribuir a las disposiciones su significado normal.

Podría parecer –como sugiere Brest, (1980, p. 212)– que las intenciones interpretativas merecen más respeto que las sustantivas. Pero Dworkin (1985, p. 52) se pregunta por qué habría de ser así y pone este ejemplo: supongamos que queremos interpretar la Constitución conforme a las intenciones con que se aprobó y decidimos dar más peso a las intenciones abstractas (sobre los fines generales) que a las concretas (sobre los medios de acción específicos), pero descubrimos que la intención interpretativa constituyente era la opuesta: ¿por qué tendríamos que hacerle caso? No bastaría con responder que así lo quiso el constituyente, porque justificar la fidelidad a la intención constituyente en la propia intención del constituyente es un argumento circular.

También es dudoso que el legislador pueda obligar a interpretar sus disposiciones con una metodología específica. Pérez Bermejo (2023, p. 307) señala que tanto el legislador como el intérprete han de presuponer que el derecho es una unidad coherente y no patrimonio de un legislador, y este no puede regular cómo interactuarán sus prescripciones en la red en la que se integran: «El legislador legisla, pero no pre-interpreta». Por eso le resulta inadmisibles «una tesis patrimonialista acerca de las relaciones entre ley y legislador, según la cual la ley pertenece a quien la ha elaborado y promulgado, y debe ser aplicada de acuerdo con sus criterios» (ibid., p. 308). Su comentario apunta a la doctrina subjetiva en general y no ya a las intenciones interpretativas, pero es aquí pertinente. El legislador no puede controlar del todo el contenido del derecho y tiene un poder limitado para regular jurídicamente y condicionar efectivamente la interpretación de sus disposiciones por quienes han de seguirlas o aplicarlas, incluidos los operadores que deberían hacerle caso. Hay presupuestos sustantivos y modos de operar prácticos que tienen más peso al interpretar el derecho que cualquier mandato legislativo. No obstante, me parece también innegable que el legislador tiene bastante margen para guiar la interpretación, así como probabilidad de éxito. Los criterios hermenéuticos pueden ser contenido de la ley, en cuyo caso los operadores que se someten a la ley la interpretarán con los criterios que ella misma impone.

3.3.2. El canon interpretativo del derecho español

En el derecho español no hay, creo, normas o prácticas vinculantes que impongan la doctrina subjetiva al interpretar disposiciones generales. El artículo 3.1 del Código Civil es el precepto más relevante al respecto y dice que «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Se ha discutido mucho qué prescribe este precepto, pero pienso que la conclusión más sólida es que propugna ante todo una interpretación objetiva finalista (Pérez Algar, 1995). La referencia a los «antecedentes históricos y legislativos» es un reconocimiento del elemento histórico en la interpretación, que suele usarse para investigar la intención legislativa original, pero está diluido en el reconocimiento similar de los

elementos típicos de la doctrina objetiva. Creo como Díez-Picazo y Gullón (2012, p. 166) que el artículo 3.1 CC «parece orientado hacia la dirección objetiva». No conozco preceptos del derecho español que dirijan a aplicar la doctrina subjetiva con disposiciones generales (sí en cambio con contratos: los artículos 1282 y 1283 del Código Civil). De hecho, creo que el canon prevalente del ordenamiento jurídico español es que la interpretación debe atenerse al sentido propio del texto (su significado público), a pesar de lo que sugiere el artículo 3.1 del Código Civil. La inclinación de este artículo por la interpretación finalista debe supeditarse a normas superiores, como la garantía de la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución. Pienso que esa norma superior es incompatible con una intervención intencionalista o finalista que sustituya el sentido propio del texto legal por una creación nueva, porque esta sustitución sacrifica la seguridad jurídica, aunque intervenciones así tengan lugar con cierta frecuencia.

Cuestión distinta son las prácticas interpretativas. En el derecho español y en muchos otros,⁶⁸ los juristas se interesan a menudo por la intención legislativa y las sentencias lo demuestran con frecuentes razonamientos basados en antecedentes, trabajos preparatorios o exposiciones de motivos. Sin embargo no puede decirse que este enfoque sea dominante, y mucho menos que los jueces y tribunales se consideren vinculados por él. Lo habitual es combinar enfoques interpretativos tratando de llegar a una conclusión compatible con todos ellos. La tensión entre doctrinas interpretativas se percibe solo en los contados casos en que la interpretación final es insostenible en alguna de ellas, como cuando se pasa por alto el significado claro del texto legal para seguir la supuesta intención legislativa sin que sea evidente que hubo un error de redacción. Si abundasen esos casos podría sostenerse que la práctica interpretativa creó una norma del ordenamiento, acaso en su regla de reconocimiento, exigiendo respetar la intención legislativa más que el sentido propio del texto. Pero tales casos no abundan, sino que más bien prevalecen los análisis lingüísticos y otras prácticas de respeto al texto.

4. Dificultades de la doctrina subjetiva

Además de los problemas que presentan sus razones justificativas, la doctrina subjetiva tiene otras dificultades señaladas por la teoría jurídica. Los problemas ya examinados se refieren a la necesidad o al deber de interpretar las disposiciones y determinar su contenido respetando las intenciones que las explican (¿qué ha perseguir quien interpreta la legislación?). Pero además de esta cuestión teórica, la doctrina subjetiva se enfrenta a otros problemas teóricos y prácticos sobre su posibilidad y utilidad: a) problemas *ontológicos* sobre la

⁶⁸ Ver MacCormick y Summers (1991, pp. 44, 85, 135, 181, 226, 371, 416, *passim*). Vincular el derecho legislado con las intenciones legislativas es habitual en resoluciones judiciales y estudios doctrinales, tanto directamente como al argumentar a favor de la coherencia legislativa o en contra de los resultados absurdos, como muestra Solan (2005, pp. 445 y ss. y 2010, pp. 102 y ss.).

naturaleza de las intenciones legislativas (¿qué intenciones importan y cuánto importan?); b) problemas *epistemológicos* sobre la indagación y el conocimiento de las intenciones legislativas (¿cómo reconocerlas?); y c) problemas *axiológicos* sobre el impacto de la doctrina (¿es útil?).⁶⁹

4.1. Dificultades ontológicas

La doctrina subjetiva tiene que contestar preguntas difíciles sobre la identidad y la naturaleza de las intenciones que considera relevantes al interpretar la legislación. Sin embargo un examen de estas preguntas y de su discusión requeriría un artículo específico, de modo que en este solo haré unas alusiones. Fundamentalmente, los problemas *ontológicos* de la doctrina subjetiva se refieren a tres asuntos: de quién son las intenciones relevantes para la interpretación (¿quién es el legislador cuyas intenciones importan?), qué y cuáles son las intenciones relevantes (¿cómo se forman las intenciones legislativas?) y cuánto contribuyen respectivamente las intenciones si concurren varias (¿qué intenciones importan y cuánto?).

Identificar al legislador cuyas intenciones deben tenerse en cuenta al interpretar una disposición es un problema cuando esta ha sido creada por una pluralidad de personas, como suele suceder. Desde que la disposición se concibe hasta que se promulga y publica, hay típicamente muchas personas que contribuyen a orientarla y a redactarla, y a menudo también a aprobarla. Cuando la aprobación es colectiva, como ocurre con las leyes aprobadas por Parlamentos o asambleas, es natural preguntarse de qué miembros concretamente es la intención legislativa que importa. Las respuestas a este problema pueden ser variadas: desde que solo cuenta la intención unitaria de quien da la aprobación final al texto promulgado (una intención ficticia en el caso de asambleas), hasta que cuentan las intenciones individuales de quienes contribuyeron a su elaboración, incluidos los expertos que redactaron los borradores. Asimismo hay que contestar si el legislador relevante es el que contribuyó originalmente a la disposición interpretada o el que opera cuando esta es interpretada tiempo después.

La doctrina subjetiva ha de tener una respuesta preparada también para preguntas sobre cómo identificar y jerarquizar las intenciones relevantes del legislador, sea cual sea este. Ha de decidir ante todo si importan solo las intenciones efectivas de personas físicas, entendidas como actitudes y otros estados mentales que ellas tuvieron o tienen hacia la disposición interpretada, o la interpretación puede basarse en intenciones presuntas o ficticias, en cuyo

⁶⁹ Kay (1988, p. 236) distingue y contesta tres tipos de objeciones a interpretar la Constitución de conformidad con las intenciones originales de quienes la promulgaron: es imposible conceptualmente y en la práctica, es inconsistente y es un error. Nascimento (2023) nombra el escepticismo ontológico y gnoseológico y la irrelevancia práctica como las tres objeciones «que han provocado que el argumento de la intención del legislador goce de poco prestigio en la teoría de la interpretación moderna» (p. 107).

caso pueden no corresponder a ninguna persona física ni a ningún hecho real. Por lo demás, hay intenciones sobre significados y sobre consecuencias, mínimas y sustanciales, abstractas y concretas, manifiestas y ocultas, primarias y secundarias, de esperanzas y de expectativas, etcétera, y hay que determinar si todas importan y cuánto.

4.2. Dificultades epistemológicas

Una vez que la doctrina subjetiva identifica y jerarquiza las intenciones legislativas relevantes, ha de explicar cómo reconocerlas para que tengan efecto en la interpretación. Una primera dificultad es que hay intenciones inescrutables. Por ejemplo, si para interpretar una disposición hay que conocer las preferencias de las personas que la votaron o que votaron a favor de aprobarla, tendremos un problema porque nunca podremos estar seguros de cuáles eran esas preferencias ni de cómo influyeron en la votación. Y el problema se agrava cuando el legislador es antiguo y es complicado siquiera intuir eran sus preferencias.⁷⁰ La doctrina subjetiva puede alegar que las intenciones legislativas son hechos investigables y no simples suposiciones o ejercicios retóricos como los que resultan al faltar esa guía de interpretación. Alegaría que una indagación cuidadosa en fuentes adecuadas puede identificar las intenciones legislativas relevantes, y que precisamente esta posibilidad hace a esta doctrina más rigurosa y fiable metodológicamente que las que se basan en la mera especulación.⁷¹ Pero ¿cómo se determina la intención legislativa si había intereses y pretensiones encontrados entre quienes contribuyeron al texto o así lo sugiere el propio texto con inconsistencias?⁷² Este es un desafío para la doctrina subjetiva. No extraña cuando Kelsen sugiere que si el texto legal es impreciso hay que asumir que o bien la intención legislativa era ya imprecisa o

⁷⁰ En opinión de Brest (1980, p. 222), «el historiador constitucional originalista puede estar persiguiendo una quimera»; y «la comprensión que hace el intérprete de la comprensión original puede estar tan indeterminada que socava la justificación del originalismo». Brest ataca aquí la interpretación originalista y no la doctrina subjetiva, pero su observación es pertinente también para esta. Brest se extraña de que una interpretación actual de la Constitución pueda justificarse por «el juicio del historiador según el cual parece “más probable que improbable”, o incluso “bastante probable”, que quienes la adoptaron la querían hacer uno o dos siglos» (ibidem).

⁷¹ Salvador (1985, p. 477) hace esa observación: «La interpretación en clave subjetiva permite la posibilidad de contrastar en términos de verdad o falsedad los resultados de la actividad del intérprete qua intérprete. Éstos pueden ser criticados racionalmente por referencia a los hechos históricos sobre los que versan».

⁷² Grundfest y Pritchard (2002) hablan de «leyes con trastorno de personalidad múltiple» para referirse a las que tienen expresiones ambiguas o vagas como resultado de intereses legislativos encontrados. Su ejemplo es una ley que exigía para ciertas demandas aportar datos que fundasen una *inferencia sólida* [*strong inference*] de que el demandado sabía que su acción era ilícita. Brest (1980, p. 215) plantea el caso de que entre quienes redactaron y adoptaron la Constitución algunos tuviese una intención determinada pero otros no: «En esas circunstancias, ¿cuál es la intención institucional, i.e., la intención de la disposición?».

bien, como no sabemos cuál era, hay que actuar como si hubiera sido imprecisa.⁷³

Otro aspecto problemático al indagar las intenciones legislativas es el procedimiento. Como ya dije (§ 2.3), la doctrina subjetiva en general defiende la utilización de cualquier medio apto para determinar la intención legislativa. El texto legal es la fuente inmediata y más importante, pero no necesariamente la decisiva: también cuentan la legislación previa, los trabajos preparatorios y otros materiales prelegislativos, los datos históricos sobre la lengua y la sociedad del momento de redacción y los preámbulos o exposiciones de motivos. Esto es polémico, como vimos. Hay quien sostiene que la única fuente fiable para identificar la intención legislativa son las palabras usadas en la ley.⁷⁴ La teoría jurídica estadounidense discute recurrentemente sobre el recurso a la información prelegislativa [*legislative history*] sobre la Constitución y otras disposiciones jurídicas al interpretarlas. El *textualismo* se cuenta entre los detractores,⁷⁵ pero tiene defensores elocuentes, como Nourse (2012 y 2014). Otros autores adoptan un enfoque práctico y reclaman que se usen solo cuando estudiarlos sea provechoso y no una pérdida de tiempo.⁷⁶ El debate es importante porque los materiales históricos pueden influir en que se atribuya a la ley un contenido que no se corresponde con el significado normal de su texto.⁷⁷ Entre los argumentos críticos con el uso de estos materiales destaca su

⁷³ Escribía Kelsen: «En cualquier caso, la interpretación puede tomar en cuenta la intención de quien redactó la disposición normativa, o la voluntad del legislador competente, sólo si la intención o la voluntad está expresada en las palabras del documento normativo. Sin embargo, el hecho de que la formulación de un texto jurídico permita diferentes interpretaciones prueba que su actual creador (*framer*), o el legislador competente, no ha podido o querido expresar su voluntad de manera tal que excluyera otra interpretación no conforme con su intención. En tal caso, ninguna de las diferentes interpretaciones puede ser asumida como la única que corresponde a la intención de su creador (*framer*) o a la voluntad del legislador» (Kelsen, 2011 [1945], p. 181).

⁷⁴ Según Waldron (1995, p. 353 y 1999, pp. 142-143), «respecto a las intenciones de una asamblea legislativa no hay más materia que la especificación formal del acto realizado. Ciertamente, la especificación proporcionada por el procedimiento de decisión (esto es, por la constitución de la asamblea) será la de una acción con una descripción intencional determinada, pues la legislación es un acto de habla, como dije antes. La descripción intencional será que se usaron tales y cuales palabras con su significado convencional en la lengua. Pero eso es *todo lo que cabe decir* sobre las intenciones de la institución».

⁷⁵ Así Scalia (1997, pp. 29-30): «Mi idea de que lo que constituye el derecho es lo que indican objetivamente las palabras, y no la intención del legislador, me lleva, por supuesto, a la conclusión de que se no deberían los materiales prelegislativos como indicación con autoridad del significado de una ley».

⁷⁶ Para Vermeule (1998), el trabajo de estudiar los materiales prelegislativos y la probabilidad de errar al seleccionarlos los hace una fuente poco fiable y muy costosa con escaso rendimiento. Según Solan (2010, p. 116), para apoyar el uso de materiales prelegislativos «es necesario establecer con qué frecuencia se demuestra útil y, cuando lo es, con qué frecuencia el bien que hace basta para justificar el coste de investigarlos».

⁷⁷ Las discusiones en EUA usan a menudo como ejemplo un caso de 1892 de su Tribunal Supremo, *Holy Trinity Church v. United States*, que debatió si la prohibición legal de pagar el traslado de un extranjero «para realizar cualquier clase de trabajo o servicio en los Estados

escasa fiabilidad, la dificultad de identificar y jerarquizar las aportaciones que conformaron la intención legislativa y la posibilidad de que tales aportaciones sean estratégicas precisamente para influir en la interpretación futura de la disposición.⁷⁸

4.3. Dificultades axiológicas

Finalmente, la doctrina subjetiva tiene otros desafíos axiológicos además de los ya señalados. Hemos visto que su justificación política es discutible, pero también son discutibles su utilidad y su conveniencia. La doctrina se presenta como un método (o *el* método) para interpretar la legislación, pero cabe objetarle que no funciona y su inoperatividad la hace inútil e irrelevante.⁷⁹ Se critica a la tesis intencionalista por no tener apenas incidencia práctica, ya que la intención legislativa es algo ignoto o imaginario que no sirve para guiar la interpretación. Fish reconoce las dificultades de condicionar la interpretación a una intención exterior al texto y no necesariamente incorporada en él, pero según él no hay más remedio: «Si esa es la única tesis que tiene sentido racional (porque solo ella salva la interpretación de la acusación de ser arbitraria), las dificultades de implementarla no la invalidan» (Fish, 2008, p. 1115).⁸⁰ Sea como sea, lo cierto es que la doctrina subjetiva influye en los operadores jurídicos, a veces de manera inadmisibile para quienes defendemos otros enfoques, por lo que me parece claro que es relevante. Sus dificultades para justificar las soluciones interpretativas que propone no han privado de presencia a la doctrina subjetiva en la práctica jurídica.

Unidos» era aplicable a una iglesia que había pagado el transporte de un clérigo inglés. El Tribunal Supremo sostuvo que la ley no afectaba a ese caso, tanto por el significado común de «trabajo» [*labour*] como porque según los informes de la comisión redactora de la ley la intención legislativa se refería únicamente al trabajo manual. Vermeule (1998) objeta que un estudio más cuidadoso de los materiales revela que el legislador no quiso exceptuar de la prohibición a los clérigos. También C. Chomsky (2000) estudia este caso y defiende la solución del Tribunal y el uso de materiales prelegislativos.

⁷⁸ Según Eskridge y Frickey (1990, p. 327), las declaraciones de los promotores de las leyes en las comisiones y los plenos del Congreso no son indicación fiable de la intención legislativa de todo el Congreso, y además la legislación requiere ser aprobada también en el Senado, otro requisito procedimental «para proteger frente a la legislación por facciones». Según ellos, a menudo «los grupos de interés hacen que sus aliados legislativos organicen informes de comisiones y debates ensayados para sugerir un significado para la ley que no pueden colocar en el lenguaje legal» (ibidem). Por otro, «al escoger e interpretar los hechos, incluso el historiador más escrupuloso estará influido por sus propios prejuicios, metateorías y conclusiones deseadas» (p. 330).

⁷⁹ MacCallum (1966, p. 786) se pregunta si está justificado apelar a la intención legislativa, aun suponiendo que la haya, dadas las dificultades que plantea descubrirla.

⁸⁰ A la crítica de Barak (2005, pp. 266-267) de que a veces es imposible saber cuál era la intención del autor o los autores, Fish (2008, p. 1114) opone que «esto es un “defecto” solo si el intencionalismo es un método y no la respuesta correcta a una pregunta», pues no hay otra manera de acceder al significado. Para Fish, se trata solo de un fallo en la indagación empírica, como se dan todo el tiempo (ibidem).

Por lo demás, como ya dije, creo que las críticas a la doctrina subjetiva se deben sobre todo a la percepción de que su relevancia es contraproducente, porque su tesis de que está justificado pasar por alto el significado natural del texto legal para seguir la supuesta intención legislativa estimula la creación judicial de derecho y disminuye la seguridad jurídica. Naturalmente, los intencionalistas rechazan esta acusación y sostienen que se limitan a defender una concepción acerca de qué es interpretar. Afirman que interpretar un texto es reconocer lo que su autor o sus autores pretendían comunicar con él, y que esto es así nos parezca bien o no y nos gusten o no las consecuencias. Según ellos la doctrina subjetiva no propugna ni autoriza que los jueces sean fuentes del derecho legislado, sino que les reclama que lo descubran en su fuente genuina, que son las intenciones de la autoridad legisladora. Es más, la doctrina subjetiva se presenta a sí misma como freno teórico y práctico a la discrecionalidad judicial, porque pone los medios conceptuales y metodológicos para resolver los conflictos interpretativos.⁸¹ Según ella, ante una duda al interpretar la ley la solución está en (la figuración retrospectiva de) lo que su autor pensaba al respecto.⁸² Este planteamiento lo toman con escepticismo los críticos de la doctrina subjetiva, y lo ven como un pretexto para respaldar decisiones guiadas por preferencias del intérprete. Son escépticos sobre todo quienes defienden interpretar dentro de los márgenes de la comprensión lingüística normal del texto y ven cómo esos márgenes se rebasan en nombre de la intención legislativa y de la doctrina subjetiva. Sostienen que la interpretación de la ley no puede atribuirle significados que no transmite ni explícita ni implícitamente, aunque sea verosímil que su autor quería transmitirlos. Si los intencionalistas como Alexander o Fish afirman con rotundidad que para interpretar un texto es necesario preguntarse por lo su autor quiso decir con él, porque otra cosa no sería interpretarlo, sus críticos afirman con igual rotundidad que para interpretar un texto es necesario ceñirse

⁸¹ Frente a la afirmación de Barak (2005, p. 209) de que hay casos difíciles sin una única solución, en los que hay discrecionalidad judicial y «dos jueces pueden alcanzar dos resultados razonables opuestos», eligiendo libremente en el marco del sistema jurídico, Fish (2008, p. 1141) objeta: «Pero las nociones de “elección” y “libertad” no tienen absolutamente nada que ver con la interpretación. Los intérpretes no eligen las conclusiones a las que llegan, y desde luego no lo hacen libremente. Mas bien se *persuaden* de ellas. [...] No decimos “elijo creer que Satán es el protagonista de *Paraíso Perdido*” o “elijo creer que la cláusula sobre religión de la Primera Enmienda permite el rezo en las escuelas”. Más bien decimos: “por las siguientes razones basadas en los indicios estoy convencido de que Satán es el protagonista de *Paraíso Perdido*” o “dadas las circunstancias que rodearon la redacción de la Primera Enmienda, estoy convencido de que sus autores no habrían considerado el rezo en las escuelas como [la actuación confesional prohibida en ella de] establecer una religión”».

⁸²De nuevo, Fish niega la idea de que puede haber discrecionalidad para elegir entre posibilidades semánticas: «Aunque pueda parecer paradójico, liberarse del límite del lenguaje devuelve la verdad al proceso interpretativo porque ahora hay algo (la intención del autor) sobre lo que estar o no en lo cierto, mientras que en la imagen de Barak de una indeterminación limitada solo podrías estar “más o menos” en lo cierto. Al cambiar un límite lingüístico por uno intencional recuperamos la posibilidad de una interpretación verdadera y de un significado verdadero en forma de una exposición verdadera de la intención del autor» (Fish, 2008, p. 1143).

a lo que dice o da a entender por sí mismo, y solo tener en cuenta significados con encaje en él, porque otra cosa no sería interpretar el texto sino inventarlo.⁸³

Otro reproche habitual a la doctrina subjetiva es que petrifica la ley al reclamar que se interprete tal como la pretendió su autor original. Aunque propiamente la doctrina subjetiva no tiene por qué ser originalista, como ya dije, lo es generalmente y entonces el reproche tiene sentido. Los críticos alegan que cualquiera que sea el fundamento de la doctrina subjetiva, pierde fuerza si la ley es muy antigua, porque las intenciones con que se creó pueden no ser atendibles años después. Es el caso de la aplicación del *Corpus Iuris Civilis* en Alemania todavía en el siglo XIX, como han apuntado Díez-Picazo y Gullón, cuya opinión es clara: «Cuando lo que debe ser aplicado son normas muy antiguas, mantenidas en vigor por una larga tradición, la voluntad del originario legislador pierde todo su interés» (Díez-Picazo y Gullón, 2012, p. 166). Se dice que la interpretación de la ley con un enfoque subjetivo originalista impide adaptar su contenido a las nuevas circunstancias que rodean su aplicación y deja al derecho estancado y obsoleto. Para evitar esto se propone una interpretación evolutiva o dinámica, fácilmente asociable con la versión de la doctrina objetiva que entiende los textos por lo que transmiten en el momento de su interpretación.⁸⁴ La doctrina subjetiva opone su argumento estrella para desactivar este reproche: las leyes tienen el significado y el contenido que les dieron sus autores y no el que el intérprete preferiría que tuviesen cuando las interpreta tiempo después de su promulgación.⁸⁵ La cuestión axiológica, sin embargo, es qué doctrina interpretativa es más

⁸³ Como vimos (§3.1), el significado normal o público de una ley incluye contenido que no dice explícitamente sino que lo da a entender. Hay contenidos no explícitos en el texto que son parte de su significado según la doctrina subjetiva y lo son también para la doctrina objetiva, la cual puede aceptar que tengan *encaje* en el texto significados pragmáticos. Pero el intérprete intencionalista no se considera obligado a asegurar ese encaje y de ahí la crítica. Como dice Barak (2005, p. 19), «el fin de todo proceso interpretativo debe permanecer dentro de los límites del lenguaje»; si bien él exagera estos límites cuando dice que atribuir significado a un texto «más allá de su significado semántico» no es interpretarlo (Barak, 2005, p. 18), porque también lo es atribuirle su significado pragmático.

⁸⁴ Según Hernández Marín (1999, pp. 83-84), «la doctrina objetiva podría ser descrita como una teoría asertiva que sostiene que la interpretación del Derecho consiste en determinar el sentido que tienen los enunciados jurídicos en el momento en el que dichos enunciados son interpretados o aplicados. Mientras que la doctrina subjetiva podría ser descrita, análogamente, como una doctrina asertiva que sostiene que la interpretación del Derecho consiste en determinar el sentido que tienen los enunciados jurídicos en el momento o en el contexto en el que los enunciados son emitidos». Aunque esa contraposición me parece correcta en líneas generales, ya observé que hay autores *textualistas* que defienden una doctrina objetiva originalista, y que en hipótesis la doctrina subjetiva puede referirse a la intención legislativa presente y entonces ser evolutiva.

⁸⁵ Fish (2008, p. 1145) responde la crítica de que el intencionalismo congela el significado de la ley alegando que en realidad la interpretación determina el significado del texto tal como fue creado, «y sustituir ese significado por otro cercano a la democracia moderna no es interpretación, sino reescritura».

conveniente o útil, y los partidarios de la doctrina objetiva tienen aquí un buen argumento para defender la suya.

Finalmente, la doctrina subjetiva podría tener como consecuencia indeseable desincentivar el esfuerzo de redactar cuidadosamente las leyes, si el legislador da por supuesto que serán interpretadas como quiere aunque no explique bien lo que quiere. Naturalmente el legislador no puede saber cómo serán interpretadas las leyes y no puede confiar en que su intención sea reconocida, pero la doctrina subjetiva le exime de mucho trabajo. Sin embargo, los ciudadanos tenemos derecho a poder conocer y prever las consecuencias jurídicas de nuestros actos, lo cual requiere que las normas se den a conocer de manera transparente, comprensible y pública en una legislación susceptible de ser interpretada y aplicada de manera predecible. Lo más razonable y efectivo para lograr eso es redactar e interpretar las disposiciones jurídicas con las pautas lingüísticas habituales del habla común de los destinatarios o (cuando la precisión lo requiere) del habla técnica de los operadores jurídicos y otros expertos.⁸⁶ La seguridad jurídica que aporta el derecho legislado es fundamental en su legitimación, pero no la aporta si para conocerlo hay que escrutar o imaginar intenciones que no están manifiestas en la legislación.

5. Referencias

Alchourrón, C.E. y Bulygin, E. (1983) «Definiciones y normas», en E. Bulygin et al. (eds.) *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 11-42.

Alexander, L. (1995) «All or Nothing at All? The Intentions of Authorities and the Authority of Intentions», en A. Marmor (ed.) *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, pp. 357-404.

Alexander, L. y Prakash, S. (2004) «“Is That English You’re Speaking?” Why Intention Free Interpretation is and Impossibility», *San Diego Law Review*, 41(3), pp. 967-995. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.446021>.

Alexander, L. y Sherwin, E. (2008) *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.

Almeida, G. da F.C.F. de et al. (2023) «Purposes in Law and in Life: An Experimental Investigation of Purpose Attribution», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 36(1), pp. 1-36. DOI: <https://doi.org/10.1017/cjlj.2022.20>.

⁸⁶ Como dicen (Díez-Picazo y Gullón, 2012, p. 166), «los súbditos deben poder confiar razonablemente en que la ley se aplicará según su sentido objetivo, es decir, según aquel sentido que, razonablemente, la ley suscite en los destinatarios, al cual ellos amoldan su conducta, pues de otro modo su confianza y su derecho a la seguridad se verían lesionados, especialmente si con base en una voluntad del legislador averiguada *ex post* y no descubrible según el texto, se les imponen obligaciones o sanciones que eran difíciles de esperar o de suponer, dado el sentido objetivo del texto legal».

- Barak, A. (2005) *Purposive interpretation in law*. Trad. de S. Bashi. Princeton / Oxford: Princeton University Press.
- Blatt, W.S. (1985) «The History of Statutory Interpretation: A Study in Form and Substance», *Cardozo Law Review*, 6, pp. 799-845.
- Brest, P. (1980) «The Misconceived Quest for the Original Understanding», *Boston University Law Review*, 60(2), pp. 204-238.
- Brink, D.O. (2001) «Legal Interpretation, Objectivity, and Morality», en B. Leiter (ed.) *Objectivity in Law and Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 12-65. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511570698.002>.
- Brudney, J. (2007) «Intentionalism's Revival», *San Diego Law Review*, 44, pp. 1001-1025.
- Carroll, L. (1981) *Alicia a través del espejo y lo que Alicia encontró al otro lado*. Traducido por J. de Ojeda. Madrid: Alianza.
- Chiassoni, P. (2011) *Técnicas de interpretación jurídica: Breviario para juristas*. Trad. de P. Luque Sánchez y M.I. Narváez Mora. Madrid: Marcial Pons.
- Chomsky, C. (2000) «Unlocking the mysteries of Holy Trinity: Spirit, letter, and history in statutory interpretation», *Columbia Law Review*, 100(4), pp. 901-956.
- Dickerson, R. (1975) «Statutory Interpretation: A Peek into the Mind and Will of a Legislature», *Indiana Law Journal*, 50(2), pp. 206-235.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2012) *Sistema de Derecho Civil, vol. I*. 12ª ed. Madrid: Tecnos.
- Duxbury, N. (2012) *Elements of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (1985) *A Matter of Principle*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Ekins, R. (2012) *The Nature of Legislative Intent*. Oxford: Oxford University Press.
- Ekins, R. (2014) «Interpretive Choice in Statutory Interpretation», *The American Journal of Jurisprudence*, 59(1), pp. 1-24. DOI: <https://doi.org/10.1093/ajj/auu008>.
- Engisch, K. (1967) [1956] *Introducción al pensamiento jurídico*. Trad. de E. Garzón Valdés. Madrid: Guadarrama.

Eskridge, W.N. (Jr) (1987) «Dynamic Statutory Interpretation», *University of Pennsylvania. Law Review*, 135, pp. 1479-1555.

Eskridge, W.N. (Jr) y Frickey, P.P. (1990) «Statutory Interpretation as Practical Reasoning», *Stanford Law Review*, 42(2), pp. 321-384. DOI: <https://doi.org/10.2307/1228963>.

Fish, S. (2008) «Intention is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law», *Cardozo Law Review*, 29(3), pp. 1109-1146.

García Albero, R. (2007) «La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, y del Proyecto de Reforma del Código Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-11, pp. 1-28.

Gény, F. (2000) *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*. Granada: Comares.

Gizbert-Studnicki, T. y Poggi, F. (2022) «The communication theory as a phantom», en T. Gizbert-Studnicki, F. Poggi, y I. Skoczeń (eds.) *Interpretivism and the Limits of Law*. Cheltenham (UK)/ Northampton (MA, USA): Edward Elgar, pp. 60-75.

Goldsworthy, J. (1995) «Marmor on Meaning, Interpretation, and Legislative Intention», *Legal Theory*, 1(4), pp. 439-464. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1352325200000203>.

Goldsworthy, J. (2019) «Subjective versus Objective Intentionalism in Legal Interpretation», en H.M. Hurd (ed.) *Moral Puzzles and Legal Perplexities : Essays on the Influence of Larry Alexander*. Cambridge / New York: Cambridge University Press, pp. 170-188. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781108227025.010>.

Graff, G. (1988) «Keep off the Grass, Drop Dead, and Other Indeterminacies: A Response to Stanford Levinson», en S. Levinson y S. Mailloux (eds.) *Interpreting Law and Literature. A Hermeneutic Reader*. Evanston (Ill.): Northwestern University Press, pp. 175-192.

Grice, H.P. (1957) «Meaning», *The Philosophical Review*, 66(3), pp. 377-388. DOI: <https://doi.org/10.2307/2182440>.

Grice, H.P. (2005) «Significado», trad. de A. Menassé, en L.M. Valdés Villanueva (ed.), A. Menassé (trad.) *La búsqueda del significado. Lecturas de Filosofía del Lenguaje*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, pp. 481-519.

Grice, H.P. (1989) *Studies in the Way of Words*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

Grundfest, J.A. y Pritchard, A.C. (2002) «Statutes with Multiple Personality Disorders: The Value of Ambiguity in Statutory Design and Interpretation», *Stanford Law Review*, 54(4), pp. 627-736. DOI: <https://doi.org/10.2307/1229575>.

Guastini, R. (2014) *Interpretar y argumentar*. Trad. de S. Álvarez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Hart, H.L.A. (1961) *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press. Hay trad. de G. Carrió: *El Concepto de Derecho*, México: Editora Nacional, 1980.

Hernández Marín, R. (1999) *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Hobbes, T. (1999) [1651] *Leviatán o La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Trad. de C. Mellizo. Madrid: Alianza.

Holmes, O.W. (1899) «The Theory of Legal Interpretation», *Harvard Law Review*, 12(6), pp. 417-420.

Hurd, H.M. (1990) «Sovereignty in Silence», *The Yale Law Journal*, 99(5), pp. 945-1028. DOI: <https://doi.org/10.2307/796594>.

Hurd, H.M. (2015) «Interpretation without intentions», en G. Pavlakos y V. Rodríguez-Blanco (eds.) *Reasons and Intentions in Law and Practical Agency*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 52-71. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107707573.005>.

Kay, R.S. (1988) «Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses», *Northwestern University Law Review*, 82(2), pp. 226-292.

Kay, R.S. (2009) «Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation», *Northwestern University Law Review*, 103(2), pp. 703-726.

Kelsen, H. (1941) «The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence», *Harvard Law Review*, 55(1), pp. 44-70.

Kelsen, H. (2011) «Prefacio. Sobre la interpretación», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Trad. de Á. Núñez Vaquero, pp. 180-184.

Klatt, M. (2017) *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica*. Trad. de F.J. Campos Zamora. Madrid: Marcial Pons. [Orig. 2004].

Knapp, S. y Michaels, W.B. (2005) «Not a Matter of Interpretation», *San Diego Law Review*, 42(2), pp. 651-668.

Lacruz Berdejo, J.L. *et al.* (2012) *Elementos de Derecho civil, I Parte general. Volumen primero: Introducción*. 5ª ed. Editado por J. Delgado Echeverría. Madrid: Dykinson.

Larenz, K. (1980) *Metodología de la ciencia del derecho*. 2ª ed. Trad. de M. Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel.

Lawson, G. (1997) «On Reading Recipes ... and Constitutions», *Georgia Law Journal*, 85, pp. 1823-1836.

Lifante Vidal, I. (1999) «Interpretación y modelos de Derecho: sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 22, pp. 171-193. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.06>.

MacCallum, G.C. (Jr) (1966) «Legislative Intent», *The Yale Law Journal*, 75(5), pp. 754-787. DOI: <https://doi.org/10.2307/794933>.

MacCormick, N. (1993) «Argumentation and Interpretation in Law», *Ratio Juris*, 6(1), pp. 16-29. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1993.tb00135.x>.

MacCormick, N. y Summers, R.S. (eds.) (1991) *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth.

Manning, J.F. (2005) «Textualism and Legislative Intent», *Virginia Law Review*, 91(2), pp. 419-450.

Manning, J.F. (2006) «What Divides Textualists from Purpositivists?», *Columbia Law Review*, 106(1), pp. 70-111.

Manning, J.F. (2017) «Without the Pretence of Legislative Intent», *Harvard Law Review*, 130(9), pp. 2397-2433.

Marmor, A. (2001) *Interpretación y Teoría del Derecho*. Trad. de M. Mendoza. Barcelona: Gedisa.

Marmor, A. (2005) *Interpretation and Legal Theory*. 2ª ed. Oxford / Portland (Oregon): Hart Publishing.

Martínez-Buján Pérez, C. (2023) *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Naffine, N., Owens, R. y Williams, J. (2001) «The Intention Project», en N. Naffine, R. Owens, y J. Williams (eds.) *Intention in Law and Philosophy*. Aldershot: Ashgate, pp. 1-15.

Nascimento, R.S. (2023) «El argumento de la intención del legislador: usos y propuesta normativa», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 47, pp. 105-133. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.5>.

Nourse, V.F. (2012) «A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules», *The Yale Law Journal*, 122, pp. 70-152.

Nourse, V.F. (2014) «Elementary Statutory Interpretation: Rethinking Legislative Intent and History», *Boston College Law Review*, 55, pp. 1613-1658.

Pérez Algar, F. (1995) *La interpretación histórica de las normas jurídicas : Análisis del art. 3.1 del Código civil*. Barcelona: Bosch.

Pérez Bermejo, J.M. (2023) «La interpretación histórica o subjetiva del derecho: una historia de pervivencia práctica y problemas teóricos», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 47, pp. 283-312. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.11>.

Posner, R.A. (1989) «Legislation and Its Interpretation: A Primer», *Nebraska Law Review*, 68, pp. 431-453.

Pound, R. (1907) «Spurious Interpretation», *Columbia Law Review*, 7(6), pp. 379-386.

Raz, J. (1990) *Practical Reasons and Norms*. 2ª ed. Princeton: Princeton University Press. Hay trad. de J. Ruiz Manero: *Razón práctica y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Raz, J. (2009) *Between Authority and Interpretation*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press. Hay trad. de H. Bouvier, P. Navarro y R. Sánchez Brígido: *Entre la autoridad y la interpretación*, Madrid: Marcial Pons, 2013.

Rivas Martínez, J.J. (2016) «Artículo 721. Testamento militar cerrado», en A. Cañizares Laso y E. Al. (eds.) *Código Civil Comentado*. 2ª ed. Madrid: Aranzadi.

Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (2013) «El criterio histórico en la interpretación jurídica», *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 22, pp. 599-632.

Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (2021) «La excepción del absurdo en la interpretación de la ley», en J.A. García Amado y J.A. Sendín Mateos (eds.) *Argumentación jurídica y conflictos de derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 289-317.

Ross, A. (1994) [1953] *Sobre el derecho y la justicia*. 5ª ed. Trad. de G.R. Carrió. Buenos Aires: EUDEBA.

Ross, A. (2019) [1953] *On Law and Justice*. Editado por J. v. H. Holtermann. Trad. de U. Bindreiter. Oxford: Oxford University Press.

Salvador Coderch, P. (1985) *La compilación y su historia*. Estudios sobre la

codificación y la interpretación de las leyes. Barcelona: Bosch.

Savigny, F.K. von (1979) *Metodología jurídica*. Trad. de J.J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma.

Scalia, A. (1997) «Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws [+Response]», en A. Guttman (ed.) *A Matter of Interpretation : Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, pp. 3-47 (+129-148).

Schauer, F. (1991) *Playing by the Rules : A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press.

Schauer, F. (2004) *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*. Trad. de C. Orunesu y J.L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons.

Sinclair, M.B.W. (1997) «Legislative Intent: Fact or Fabrication?», *New York Law School Law Review*, 41, pp. 1329-1389.

Smith, S.D. (2004) *Law's Quandary*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press. DOI: <https://doi.org/10.4159/9780674043824>.

Solan, L.M. (2005) «Private Language, Public Laws: The Central Role of Legislative Intent in Statutory Interpretation», *The Georgetown Law Journal*, 93, pp. 427-486.

Solan, L.M. (2010) *The Language of Statutes : Laws and Their Interpretation*. Chicago / London: The University of Chicago Press.

Solum, L.B. (2007) «Constitutional Texting», *San Diego Law Review*, 44(1), pp. 123-152.

Tarello, G. (2013) *La interpretación de la ley*. Trad. de D. Dei Vecchi. Lima: Palestra.

Vermeule, A. (1998) «Legislative History and the Limits of Judicial Competence: The Untold Story of Holy Trinity Church», *Stanford Law Review*, 50(6), pp. 1833-1896. DOI: <https://doi.org/10.2307/1229242>.

Waldron, J. (1995) «Legislator's Intentions and Unintentional Legislation», en A. Marmor (ed.) *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, pp. 329-356.

Waldron, J. (1999) *Law and Disagreement*. Oxford University Press. Hay trad. esp. de José Luis Martí y Águeda Quiroga: *Derecho y desacuerdos*, Madrid: Marcial Pons, 2005.

Wright, A. (2006) «For All Intents and Purposes: What Collective Intention Tells Us about Congress and Statutory Interpretation», *University of Pennsylvania Law Review*, 154(4), pp. 983-1024. DOI: <https://doi.org/10.2307/40041290>.