ANUARIO
Nº35 · 2019

Analizando el intencionalismo interpretativo

Páginas 69-97

SOCIEDAD CHILENA DE
FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Nº34 (2018), Páginas 69-97

ANALIZANDO EL INTENCIONALISMO INTERPRETATIVO

Víctor García Yzaguirre

Máster. Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile. garciayzaguirre@gmail.com.

RESUMEN

En el presente trabajo realizo una crítica al capítulo III del libro *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo* de Isabel Lifante Vidal. En dicho apartado la autora reconstruye y critica las tesis de Andrei Marmor y Joseph Raz sobre el uso de la intención de la autoridad en la interpretación jurídica. Al respecto, mi objetivo será demostrar que dichas tesis intencionalistas requieren asumir que la práctica interpretativa está orientada a instanciar valores y objetivos valiosos, de forma tal que la autora solo tendría, con estas tesis, una discrepancia sobre qué valores y objetivos se deberían instanciar. Para tal fin voy a concentrarme en los siguientes puntos: i) identificar las tesis principales del intencionalismo interpretativo; ii) identificar, analizar y criticar las principales observaciones que formula Isabel Lifante Vidal a las tesis del intencionalismo; y iii) criticar que la mejor manera de entender la práctica de la interpretación sea considerar que está orientada a valores y que es necesario comprometerse con estos.

PALABRAS CLAVE

intencionalismo, interpretación, cognitivismo

ANALYZING INTERPRETIVE INTENTIONALISM

ABSTRACT

In the present work I make a criticism to chapter III of the book *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo* by Isabel Lifante Vidal. In this section the author reconstructs and criticizes the theses of Andrei Marmor and Joseph Raz on the use of the intention of the authority in legal interpretation. In this regard, my objective will be to demonstrate that these intentionalist theses require that interpretive practice be oriented to instantiate values and valuable objectives. For this purpose, I will concentrate on the following points: i) identify the main theses of interpretive intentionalism; ii) identify, analyze and criticize the main observations made by Isabel Lifante Vidal to the thesis of intentionalism; and iii) criticize that the best way to understand the practice of interpretation is to consider that it is value-oriented and that it is necessary to commit oneself to these values.

KEYWORDS

intencionalism, interpretation, cognitivism

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es realizar comentarios críticos al capítulo III del libro *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo* de Isabel Lifante Vidal. Para ello, haré una reconstrucción de los puntos críticos del capítulo y discutiré con ellos a efectos de dialogar tanto con Isabel Lifante Vidal como con las tesis intencionalistas (de la manera en que son entendidas por la autora).

El texto para comentar forma parte de un libro dedicado a responder la pregunta ¿cómo debemos interpretar el derecho? En este escenario, el capítulo pretende dar buenas razones para no optar por la propuesta de la teoría intencionalista subjetivista (Lifante Vidal, 2018: 133). Para dicho propósito, la autora reconstruye y critica las tesis de Andrei Marmor y Joseph Raz sobre la relevancia y fuerza de la intención del legislador al momento de asignar significado a los enunciados que forman parte del derecho.

La autora eligió las tesis de Andrei Marmor y Joseph Raz dadas sus concepciones del derecho como fenómeno autoritativo de las que se siguen una tesis normativa de la interpretación basada en la intención de la autoridad (Lifante Vidal, 2018: 136).[1] Dicho en breve, estos autores justifican la normatividad del derecho dado que es creado por una autoridad, por lo que debe ser obedecido por ello, sea cual sea su contenido. En este sentido, dichos autores consideran que los aplicadores deben tener en cuenta el sentido que las autoridades normativas atribuyeron a los enunciados jurídicos. Sobre este punto me detendré tanto en la reconstrucción de Raz como de Marmor.

Sobre estas tesis intencionalistas la autora concluye que no está justificado considerar que las propuestas de Marmor y Raz puedan ser tenidas como teorías intencionalistas sobre la interpretación jurídica, pues no tratan a la intención como criterio de corrección de las interpretaciones atribuibles. Por otra parte, sostiene que el intencionalismo no es una propuesta teórica incompatible con el constructivismo, pero es menos ambiciosa.

1 Por lo menos, ello es claro en el caso de Marmor, no así en el caso de Raz.

De todas las críticas formuladas por Lifante Vidal al intencionalismo me voy a concentrar en las siguientes:

1. El término «intención» es empleado por el intencionalismo subjetivista de forma ambigua.
2. La propuesta intencionalista no propone, en todos los casos, que la intención opere como criterio de corrección de la interpretación.
3. La propuesta intencionalista no es incompatible con un modelo constructivista, pero no puede dar cuenta adecuadamente en qué consiste la práctica jurídica interpretativa.

A efectos de poder abordar las críticas de Lifante Vidal voy a partir por hacer una brevísima reconstrucción a las propuestas intencionalistas de Joseph Raz y de Andrei Marmor. Para esta labor solo voy a enfocarme en las ideas y fuentes que la autora ha considerado relevantes reconstruir de estos autores.

IV. INTENCIONALISMO: RASGOS

1. Propuesta intencionalista de Raz

La intención, en Raz, es relevante tanto para la identificación del derecho (qué textos son jurídicos) como en la identificación del contenido del derecho (qué quiere decir cada texto).

La propuesta intencionalista de Raz sostiene, en extrema síntesis, que la interpretación jurídica debe ser realizada conforme a las autoridades legítimas que crearon el derecho (Lifante Vidal, 2018: 149). Esta es una conclusión que se deriva de la tesis de la intención de la autoridad.

La tesis de la intención de la autoridad parte de la premisa según la cual el derecho es resultado del respeto que tenemos a las autoridades legítimas, es decir, de la idea de que existen sujetos que tienen la potestad de regular y alterar la situación jurídica de otros mediante la creación de derecho. Este

respeto, además, se sustenta en la idea de que la autoridad tiene control de la creación de la regulación jurídica (la autoridad determina qué se regula y cómo se regula). Desde esta aproximación teórica, la fuerza vinculante de una norma es producto de haber sido emitida por una autoridad legítima (con independencia de si el contenido de esta sea satisfactorio o no) (Lifante Vidal, 2018: 149).

De ser esto así, entonces la legislación es un producto deliberado de las autoridades. Esto implica que su intención para crear derecho es relevante tanto para identificar qué normas son jurídicas como su contenido (Lifante Vidal, 2018: 151).

La intención legislativa es explicada por Raz a partir de dos nociones: intención mínima e intenciones adicionales. La intención mínima es un concepto empleado para esclarecer el control voluntario de los legisladores sobre la creación del derecho (Lifante Vidal, 2018: 152). Este control de creación se manifiesta en el propósito de convertir un conjunto de enunciados en derecho, texto que debe ser entendido conforme a las convenciones existentes en el espacio-tiempo en que fueron promulgados (Lifante Vidal, 2018: 154).

Esta intención mínima, de acuerdo con este sentido, es relevante para determinar el contenido de los enunciados jurídicos. Ello en la línea de que el texto es determinado por el contenido semántico de las palabras, es decir, conforme a las convenciones lingüísticas vigentes al momento de haber sido promulgado el enunciado jurídico (Lifante Vidal, 2018: 154).

La idea de intención adicional da cuenta de todos aquellos fines, jurídicamente exigidos, para satisfacer.[2] Es decir, da cuenta de los resultados sociales, económicos o de otra índole que se espera obtener con la aplicación del enunciado jurídico.

Finalmente, cabe precisar que Raz señala tres supuestos en los cuales la intención del legislador no es relevante (Lifante Vidal, 2018: 154):

2 Lifante Vidal es clara en este punto: «Raz considera que, puesto que en algunos sistemas puede exigirse, junto a esa intención mínima, la presencia de intenciones "adicionales" (como la promoción de alguno de los fines jurídicamente estipulados exigida a la legislación subordinada en países de *Common Law*), dichas intenciones también podrían resultar relevantes para la interpretación de esas normas» (2018: 153).

1. En el caso de que el propósito de la legislación promulgada sea asegurar convenciones de coordinación. En este caso no es necesario recurrir a las convenciones lingüísticas para identificar el contenido del texto; en vez de ello, basta con asegurar que el contenido interpretativo sea suficiente para garantizar la coordinación.

2. En el caso de que las intenciones mínimas (propósito de la legislación identificado aplicando el significado atribuido por las convenciones lingüísticas al texto de la legislación) entren en conflicto con las intenciones adicionales. En estos supuestos, las convenciones semánticas no pueden suponer la ineficacia de los fines económicos, sociales o de otra índole de la legislación.

3. En el caso de legislación antigua o casos en los cuales la aplicación de las convenciones semánticas arroje resultados interpretativos calificables de extemporáneos o anacrónicos.

Para Isabel Lifante Vidal, la propuesta intencionalista de Raz no ofrece un método para la interpretación, sino solo una remisión a convenciones interpretativas vigentes en el espacio-tiempo de promulgación de la legislación. Esta remisión genera el deber de comprender las palabras que componen el enunciado jurídico conforme a dichos criterios, pues de esa manera estaremos actuando conforme a la intención del legislador (Lifante Vidal, 2018: 154).

En relación con esta crítica, creo que se debe hacer una anotación. Se puede entender que Raz, al hacer esta remisión, está prescribiendo la ejecución de un método interpretativo. En efecto, está ofreciendo razones normativas por las cuales siempre es relevante averiguar el significado semántico de las palabras empleadas en enunciados jurídicos.

1. Propuesta intencionalista de Marmor

La propuesta intencionalista de la interpretación de Andrei Marmor forma parte de una teoría del derecho que pretende justificar normatividad de

las normas jurídicas a partir de la noción de autoridad. A efectos de poder comprender adecuadamente sus tesis y la crítica formulada por Isabel Lifante Vidal es oportuno hacer algunas aclaraciones previas.

Marmor parte de la premisa de que el derecho escrito puede y debe ser entendido como una empresa comunicativa mediante la cual se transmiten decisiones autoritativas (Chiassoni, 2016: 285). En este sentido, los enunciados normativos son entendidos como actos comunicativos, es decir, como una conversación entre creadores del derecho con operadores jurídicos (aplicadores del derecho y estudiosos del derecho) a efectos de transmitir el contenido de sus decisiones legislativas (condicionado por una serie de variables especiales propias del fenómeno jurídico).

Esta versión del intencionalismo, conforme a lo señalado, ha sido formulada para responder a la pregunta sobre cómo entender la conversación entre creadores y aplicadores del derecho. Atendiendo a que la transmisión de información entre ambos agentes se realiza mediante enunciados jurídicos, su contenido está compuesto tanto por el significado lingüístico de los términos empleados (contenido semántico), como por los efectos que se pretende tener sobre el destinatario (contenido pragmático).

En este contexto, el término «significado» tiene dos sentidos: semántico, que refiere al contenido de los términos empleados en el enunciado aplicando las reglas de uso de las palabras (semánticas y sintácticas); y pragmático, que refiere, o bien a la atribución de intenciones comunicativas, o bien a un enunciado contrafáctico sobre las intenciones comunicativas (Lifante Vidal, 2018: 139). Conforme a ambos sentidos, atribuir significado, bajo este modelo comunicativo del derecho, es una actividad orientada a que el receptor pueda identificar el significado (semántico-pragmático) que el legislador quiere dar con la creación de un enunciando jurídico.

El significado, como intención comunicativa del legislador, es atribuido a los enunciados jurídicos, según Marmor, mediante dos actividades: entendimiento e interpretación. La diferencia entre entendimiento e interpretación es trazada por Marmor a partir de una posible reconstrucción de las tesis de

Wittgenstein sobre el seguimiento de reglas.[3] Con «entendimiento» refiere a la operación de descubrimiento del significado semántico, es decir, a la aplicación, por parte del lector del enunciado jurídico, de herramientas lingüísticas para identificar el contenido semántico de cada palabra empleada. En otros términos, con el entendimiento capturamos lo que el derecho dice, el derecho «como es».[4]

El entendimiento puede ser problemático en aquellos casos en los cuales tengamos situaciones de indeterminación. Por ejemplo: vaguedad, ambigüedad, lagunas o antinomias (Chiassoni, 2016: 287).[5] En estos casos, el juez debe interpretar. Para Marmor, el término «interpretación» es empleado para dar cuenta de la actividad creadora de los aplicadores del derecho en todos aquellos casos en los cuales el significado semántico padezca de indeterminación (Marmor, 2000: 166). En otros términos, interpretar quiere decir crear significado agregando elementos al conjunto de información del que ya disponíamos al momento de haber identificado el contenido semántico[6] de los términos empleados en un

3 Siguiendo a Damiano Canale, Marmor emplea para su propia teoría la propuesta elaborada sobre Wittgenstein de Baker y Hacker. Según estos autores, «entender» es una habilidad, por lo que «entender una regla» es la habilidad de seguir la regla. Dicha habilidad depende de la relación que exista entre la regla y su extensión. En cambio, «interpretación» es una actividad, la cual se realiza cuando no disponemos del entendimiento (de la regla). Bajo estas premisas, entender e interpretar no están necesariamente vinculados, pues la interpretación solo tiene lugar en caso falte entendimiento, de manera más precisa, en casos de indeterminación (por vaguedad o porque el entendimiento ofrece más de una posibilidad de cómo seguir la regla, por ejemplo) (Canale, 2008: 4).

4 Marmor esgrime una versión del positivismo basada en la tesis de la separación conceptual entre el derecho tal como es y el derecho como debe ser, como tesis, pero una tesis epistemológica exigente. En este punto sigo a Chiassoni, (2012: 120 y ss.) De acuerdo con esta postura, describir «el derecho tal y como es» es una tesis teórica que predica que es posible conocer las normas jurídicas y su contenido de manera científica, moralmente neutral y que es independiente de los participantes de la práctica jurídica.

5 Expresamente Marmor señaló: «la interpretación trata de aquellos aspectos de la comunicación que están subdeterminados por las reglas o las convenciones» (Marmor, 2000: 38-39).

6 Chiassoni (2012: 123-124). en este punto ha esquematizado las diferencias entre uno y otro de la siguiente forma:

Entendimiento	Interpretación
Es un proceso irreflexivo, no una actividad propiamente dicha.	Es una actividad (proceso reflexivo).
Está, en cuanto tal, determinado por reglas o convenciones lingüísticas (reglas a seguir).	Está, en cuanto tal, guiada por paradigmas (respeto, emulación).
A partir de frases (percibidas o leídas) hacia significados semánticos.	A partir de significados semánticos no claros, indeterminados, hacia significados claros y determinados;
Representa la historia entera en las transacciones lingüísticas, cuando el lenguaje se desempeña sin trabas.	Ocurre cuando hay una crisis en la comunicación, es decir, cuando el lenguaje se ha agotado.
Es un proceso original e independiente.	Es una actividad parasítica: que presupone siempre un entendimiento previo.
Es un proceso que siempre tiene lugar respecto a una comunicación lingüística y, en este sentido, general.	Es una actividad solo eventual y, en este sentido, excepcional.

enunciado jurídico.[7] En breve, interpretar es atribuir intenciones comunicativas (Lifante Vidal, 2018: 139),[8] sean estas reales del autor o, de ser necesario, contrafácticas (asumiendo aquello que él habría querido decir si hubiera conocido el caso individual).[9]

El intencionalismo de Marmor tiene dos versiones. La primera es una propuesta normativa sobre qué enunciados deben ser considerados como parte del derecho y la segunda es una propuesta normativa sobre cómo debemos interpretar el derecho identificado.

La primera versión del intencionalismo justifica la tesis según la cual las intenciones del legislador son necesarias para reconocer a una norma como jurídica. Sostiene lo siguiente (Lifante Vidal, 2018: 141):

1. El derecho es analizado como un acto comunicativo, es decir, es entendido como una relación de comunicación entre autoridades (quienes ejercen potestad para alterar la situación jurídica de otros) y agentes regulados (quienes tienen sujeción o están sometidos al que posee autoridad).
2. Dar cuenta del derecho legislado es entendido como explicitar el mensaje que la autoridad pretende expresar respecto a cómo deben comportarse los agentes regulados.
3. Para poder explicitar el mensaje de la autoridad, es relevante identificar y considerar las intenciones.
4. La relevancia de la intención se deriva de haber asumido una concepción personal de la autoridad.

7 «La interpretación está típicamente destinada a designar una actividad (en parte) creadora; tiene que ver con la determinación del significado de aquello que en algún aspecto relevante no está claro o es indeterminado. Formulándolo de una manera imprecisa, se podría decir que la interpretación añade a aquello que se interpreta algo nuevo que antes no se conocía» (Marmor, 2000: 166)

8 Reformulando lo dicho, el juez, al interpretar, realiza una actividad creativa de derecho mediante la cual se incorpora contenido al significado semántico a efectos de generar un resultado que sea lo más fiable al contenido pragmático (que se refleje lo mejor posible lo que el legislador pretendía transmitir).

9 «[E]s mucho más difícil saber qué quiere decir realmente el autor, que saber aquello que él habría querido decir si hubiera estado trabajando sobre la base de ciertas suposiciones que podemos atribuirle. La diferencia es soolo de tipo lógico. Pero estas diferencias lógicas no afectan a la posibilidad de las atribuciones contrafácticas de intenciones» (Marmor, 2000: 47).

En relación con la segunda versión del intencionalismo, esta justifica la relevancia y la fuerza[10] de las intenciones del legislador en la interpretación jurídica. Al respecto, el punto relevante para Lifante Vidal es responder a la pregunta sobre cómo debemos interpretar enunciados jurídicos. Sobre ello, según la autora, Marmor esgrime una tesis descriptiva y una normativa sobre las intenciones (Lifante Vidal, 2018: 142).

La tesis descriptiva toma como punto de partida la discusión entre intencionalistas y escépticos de la intención (Lifante Vidal, 2018: 143). El intencionalismo esgrime que es posible, por lo menos en algunos casos, identificar la intención con la que fue creado un enunciado jurídico. Al respecto, en aquellos casos en los que el legislador sea un ente colectivo (por ejemplo, el Parlamento o el Poder Ejecutivo) se propone una tesis sobre la intención del legislador como «intenciones compartidas». Con esta noción se pretende dar cuenta de la intención de dotar (sea por la mayoría parlamentaria o por consenso entre un/os ministro/os y el jefe de gobierno) a un enunciado lingüístico de carácter jurídico (Lifante Vidal, 2018: 143-44).

En relación a qué intenciones poseen los legisladores, Marmor «distingue dos tipos de intenciones que serían potencialmente relevantes para la interpretación jurídica: las intenciones entendidas como aquello que el legislador pretende conseguir promulgando una norma (a las que llama “intenciones adicionales” [*further intentions*]; y los pensamientos o asunciones del legislador a propósito del alcance de la aplicación de esa norma (a las que llama “intenciones de aplicación”)» (Lifante Vidal, 2018: 145).

En este punto es pertinente hacer una precisión. Lifante Vidal está dando cuenta de las intenciones que podrían ser relevantes al momento de interpretar, conforme es entendida esta noción dentro de esta teoría. Esto no implica que sean los únicos tipos de intención disponibles. Al momento de realizar el entendimiento (en los términos de Marmor, esto es, de identificar el derecho como es) de los enunciados «siempre encontramos que ciertos propósitos se muestran en el lenguaje de la ley misma» (Marmor, 2000:

10 Por relevancia, quiero dar cuenta de si la intención es pertinente o no para atribuir significado. Decir que la intención no es relevante quiere decir que esta no es una razón para arribar a conclusiones concluyentes (no existe para efectos del caso). Por fuerza quiero dar cuenta del peso que puede tener la intención para determinar el significado del enunciado. Puede ser absoluta (prevalece sobre cualquier otra razón) o *pro tanto* (si compite con otros elementos, siendo posible que la intención sea superada, sin que ello implique perder relevancia).

213). Es decir, mediante la aplicación de herramientas lingüísticas con las que identificamos el significado semántico, se descubre el propósito de la medida legislativa.

La identificación del significado semántico siempre es relevante, sea al momento de entender el derecho o al momento de interpretarlo. El legislador, al realizar un acto comunicativo, pretende conseguir propósitos. Hay propósitos que son claramente identificables, pues se evidencian en el contenido semántico del lenguaje empleado en la disposición normativa. Pero hay otros casos en los que no es así, y debemos solucionar situaciones de indeterminación. Es en este supuesto cuando se recurre a las intenciones adicionales y a las intenciones de aplicación (su relevancia empieza siempre que el propósito identificado mediante el entendimiento padezca de problemas de indeterminación). Resulta necesario puntualizar algunas ideas con el objetivo de entender tanto las tesis de Marmor como las de Lifante Vidal.

Una vez verificados estos problemas de indeterminación (el entendimiento no ha sido suficiente para capturar el significado semántico-pragmático), entonces el aplicador del derecho realiza interpretaciones. La actividad interpretativa (creadora del derecho) puede generar un abanico de posibilidades respecto a qué significado atribuir al enunciando. La intención, en este contexto, puede ser, o bien relevante, o bien irrelevante. En aquellos casos en los que sea relevante, puede tener fuerza suficiente para determinar el significado semántico-pragmático del enunciado, o bien ser superada por otro tipo de razones.

En primer lugar, son potencialmente relevantes las intenciones entendidas como propósitos que se pretenden alcanzar, es decir, el conjunto de propósitos no identificados mediante el entendimiento (no se derivan de la aplicación de herramientas lingüísticas o están fuera del significado semántico). Estos propósitos no evidentes son denominados por Marmor como «intenciones adicionales» (Lifante Vidal, 2018:144; Marmor, 2000: 213). Con esta etiqueta se da cuenta de todos los propósitos por los cuales se legisló (querer solucionar un problema técnico, generar prestigio en el

electorado, cumplir una promesa de campaña, entre otras). En términos de Marmor, se refiere a todo aquello que el legislador intenta alcanzar o evitar mediante una disposición jurídica.

Cabe anotar que, para este autor, no todas las tenciones son relevantes para la interpretación de enunciados jurídicos; para diferenciar entre relevantes e irrelevantes propone un criterio negativo y otro positivo. De acuerdo con el criterio negativo, no son relevantes aquellas intenciones que expresamente el legislador desautorice o podría desautorizar.[11] En cambio, conforme al criterio positivo, son relevantes todos aquellos propósitos identificables tras haber empleado consideraciones morales.

En segundo lugar, son relevantes las intenciones del legislador entendidas como expectativas de aplicación adecuada,[12] denominadas «intenciones de aplicación». Con esta noción Marmor pretende dar cuenta de todas aquellas expectativas de atribución de significado a los enunciados jurídicos (Lifante Vidal, 2000: 146). Para identificar el contenido de estas intenciones de aplicación debe recurrirse a las intenciones adicionales. En efecto, la relación entre intenciones de aplicación (expectativas) e intenciones adicionales (propósitos) es de medio a fin, es decir, la relevancia de este tipo de intenciones está dada siempre que la intención de aplicación identificada se correlacione con un propósito relevante.

Sobre este punto debo hacer una observación. ¿Cuál es la diferencia entre una intención adicional y una intención de aplicación? Esta pregunta se puede traducir en la diferencia entre un propósito legislativo y una expectativa de aplicación, lo cual sigue sin aclarar demasiado. «Propósito» puede ser entendido como estado de cosas deseado, es decir, como una situación fáctica calificada de óptima por algún criterio de corrección. Por su parte, «expectativa de aplicación» puede ser entendida como un tipo de resultado del proceso de identificación de significado atribuible que satisface criterios

11 Desautorizar en el sentido de que no estaría dispuesto a confesar que tuvo esas intenciones. En este punto Marmor no es del todo claro, pero emplea, a afectos de precisar la idea, el tipo de desautorización que tiene en mente: aquellos actos de explicitación de intención que hacen fracasar el acto de habla. Por ejemplo, en el caso de la insinuación, si uno explicita el mensaje que se pretende transmitir, entonces deja de ser una insinuación (Marmor, 2000: 215).

12 Aplicación entendida como la calificación jurídica de un caso individual dentro de un caso genérico previsto en el antecedente de la norma, a efectos de que se aplique la consecuencia jurídica. Es oportuno realizar esa precisión pues ni Marmor ni Lifante Vidal están considerando que las intenciones como expectativas tengan conexión conceptual con la efectividad del derecho. Esta es una tesis que solo aborda la manera de dotar significado a un enunciando lingüístico.

de corrección. El criterio de corrección en el caso de las expectativas de aplicación es que sean adecuadas con los propósitos, es decir, que reflejen el estado de cosas deseado.

En cuanto a la interpretación, tanto la intención adicional como la intención de aplicación guían la atribución de significado semántico-pragmático de un enunciando jurídico. En otros términos, condicionan la selección de un determinado significado. Si esto es correcto, entonces intención adicional e intención de aplicación son dos términos para dar cuenta de la misma noción, solo que desde distintas aproximaciones. En efecto, el interrogante sobre cuál es el estado de cosas deseado por el legislador puede ser respondido en términos de propósito o de expectativas de aplicación por parte de los aplicadores del derecho. Es decir, ambas constituyen respuestas diferentes de una misma pregunta explicativa.

En relación con la tesis normativa de las intenciones, Marmor sostiene que los aplicadores del derecho, al momento de interpretar (crear derecho), deben considerar las intenciones relevantes en función de las razones por las cuales debemos obedecer a las autoridades. En este punto, como bien anota Lifante Vidal, para esta propuesta solo es pertinente la tesis de la pericia de Raz, es decir, se debe obedecer a la autoridad dado que es experta sobre la materia en que legisla (2018: 148).

En este sentido, la relevancia de la intención se deriva de la tesis de la pericia. Este punto, además, justifica su fuerza: la intención será tan fuerte como lo sea su grado de pericia sobre el tema. Al momento de interpretar, la intención determinará el resultado siempre que no existan opiniones expertas más fuertes (que posean un grado mayor de pericia).

V. LA AMBIGÜEDAD DEL TÉRMINO «INTENCIÓN»

Tras haber expuesto las premisas teóricas del intencionalismo subjetivista de Marmor y de Raz paso ahora a discutir la primera crítica identificada de Lifante Vidal. La autora sostiene que el intencionalismo emplea de manera

ambigua el término intención. A efectos de generar claridad conceptual, ella emplea el análisis de Anscombe sobre los sentidos de intención (Lifante Vidal, 2018: 157-158):

En primer lugar, «intención» puede ser entendida como la respuesta a la pregunta sobre qué acción ha realizado el sujeto, la cual puede ser abordada desde una aproximación *ex ante* o *ex post* de la ejecución de la acción. Esta respuesta siempre es relativa a una acción del sujeto que posee la intención. Lifante Vidal denomina a este sentido como «intención en sentido mínimo», y es pertinente para identificar acciones.

En segundo lugar, «intención» puede ser entendida como la respuesta a la pregunta sobre para qué ha realizado tal acción el sujeto. O, en otros términos ¿qué propósitos u objetivos se persiguen con esa acción? La respuesta puede ser, a diferencia del anterior sentido, sobre las acciones de otro sujeto, o sobre estados de cosas que no sean producto de la acción de alguien. Denomina a este sentido como «propósito» o «intención adicional». Como bien precisa Lifante Vidal, una acción intencional (la que se identifica por intención en sentido mínimo), puede perseguir diferentes intenciones adicionales (2018: 159).

Al respecto, Lifante Vidal considera que estos criterios nos permiten demostrar que hay diversos sentidos del término intención (como respuesta explicativa y como respuesta comprensiva). Cada uno de estos sentidos se predican de sujetos, elementos configurativos (propiedades con las que definimos un concepto) y momentos de realización de la intención distintos. En atención a ello, Lifante Vidal ordena los usos del término intención por el intencionalismo de la siguiente forma (2018: 159):

1. Intención en sentido mínimo o como criterio de identificación de acciones (¿qué acción ha realizado el sujeto?):
    a. Intenciones compartidas de Marmor.
    b. Tesis de la intención de la autoridad de Raz.
2. Intenciones adicionales o propósitos por los cuales se llevó a cabo una acción (¿para qué ha realizado tal acción el sujeto?):
    a. Intenciones adicionales y las intenciones de aplicación de Marmor.
    b. Intenciones adicionales de Raz.

A efectos de analizar esta ordenación, la autora nos propone considerar una situación interesante. El sujeto que realiza la acción de legislar es el órgano legislativo. Para atribuirle la intención de legislar es necesario que sus integrantes actúen de una determinada manera: voten a favor de que un texto sea ley (por lo menos, una mayoría). Es el caso en que determinados miembros del órgano legislativo voten a favor, pero teniendo en mente realizar una travesura, es decir, sin propósito de que se cree una ley (Lifante Vidal, 2018: 160-161). El punto interesante es que el texto se convertirá en ley «independientemente de lo querían o pretendían sus miembros cuando votaron a favor del proyecto, de sus propósitos o intenciones al actuar de ese modo» (Lifante Vidal, 2018: 162). En efecto, para identificar la legislación es suficiente contar con la intención mínima, es decir, haber realizado los movimientos físicos suficientes orientados a convertir un texto en derecho.

La situación que nos presenta Lifante Vidal pone en evidencia el tipo de teoría que están predicando los intencionalistas. En primer lugar, no entienden la intención como estados mentales o conceptos que den cuenta de la volición. Para estas posturas, la identificación de la acción no se explica a partir de elaboraciones mentales; caso contrario, el intencionalismo parte de la premisa de que la identificación de acciones se hace mediante imputaciones, es decir, que observamos un movimiento corporal y atribuimos que este es una determinada acción conforme a convenciones.

La intención, en este sentido, es el resultado de inferencias que construimos a partir de la observación de comportamiento del órgano legislativo y de quienes lo componen. Atribuir intención es imputar cómo entendemos como otro se comporta (González Lagier, 2013: 139). De esta forma, atendiendo a que la intención es empleada para identificar acciones, entonces identificamos la acción de legislar a partir de aquello que el resto califique como el acto de legislar (sin importar si los integrantes del órgano legislativo poseían o no el estado mental de querer legislar).[13] Si esta idea es correcta,

13 En este punto creo que Lifante Vidal también podría estar de acuerdo. Ella sostiene «una vez que se llevan a cabo todas las acciones previstas en el procedimiento legislativo, se producirá un determinad resultado: el texto se convertirá en una ley (y se darán todas las consecuencias que se prevean para dicha situación: la ley pasará a formar parte del derecho, con una determinada jerarquía, deberá ser tenida en cuenta por los tribunales…)» (2018: 161). Aquí, verificar el comportamiento de los legisladores que realizan una serie de movimientos físicos coordinados y previamente protocolizados (el procedimiento legislativo) es condición necesaria y suficiente para señalar que hubo un acto legislativo, esto es, de convertir un texto en texto jurídico.

entonces el propósito (para qué se realiza un determinado movimiento), desde la aproximación del intencionalismo, es el único criterio disponible para identificar la acción de legislar.

Visto este punto, es preciso retomar las preguntas propuestas por Lifante Vidal para ordenar los usos del término intención. Las preguntas ¿qué acción ha realizado el sujeto? y ¿para qué ha realizado la acción el sujeto? no parecen resultar del todo adecuadas para identificar problemas de ambigüedad en lo que respecta a la intención (en el contexto de identificar acciones).

Al respecto, considero que la diferencia entre explicación y comprensión puede permitir hacer una observación. Siguiendo a Von Wright (1979), explicación da cuenta del por qué se realizó algo o cuáles fueron sus causas. En cambio, por comprensión se refiere a la identificación de propiedades del objeto de estudio. En este sentido, tenemos dos preguntas: «¿qué acción ha realizado el sujeto?» que se responde clasificando la conducta o movimientos corporales como un tipo de acción (mediante un ejercicio de comprensión); y «¿para qué ha realizado la acción?» que se responde mostrando aquello que hace racional a la acción conforme a ciertos objetivos (mediante un ejercicio de explicación).

La comprensión y la explicación, siguiendo a Daniel González Lagier (2013: 151),[14] están relacionadas entre sí al momento de dar cuenta de las acciones. Al momento de explicar el por qué un agente realizó una acción, antes debo haber dado cuenta de qué acción voy a tratar (debo haberla comprendido o, dicho de otro modo, debo haber clasificado ciertos movimientos físicos como acción). Asimismo, para poder identificar acciones (clasificar ciertos movimientos como acciones) debo, previamente, poder explicar para qué un agente realizó tal movimiento físico, pues este opera como criterio identificador de acciones.

Para poder comprender el acto de legislar es necesario dar cuenta de la explicación teleológica, es decir, emplear como criterio de identificación el propósito. Para responder a la pregunta sobre qué propiedades componen el

14 En este punto sigue a Von Wright quien sostiene que la comprensión y la explicación están interrelacionados y se apoyan uno en otro (Von Wright, 1979: 159).

concepto intención, desde este punto de vista, debo dar cuenta del propósito de la acción. De esta forma, intención, en el contexto de identificación de acciones, se entiende como propósito (respuesta al para qué).

Cabe resaltar que, sin perjuicio de la complementariedad, con cada una de estas preguntas se ofrece información distinta. El punto por discutir es si esa información diferente nos permite o no señalar que hay sentidos distintos de un mismo término, o si estamos frente a aplicaciones diferentes del mismo concepto.

Retomemos las categorías de intención mínima e intención adicional propuestas por Lifante Vidal. Efectivamente, hay dos usos diferentes del término intención:

1. Intención como propósito de legislar: realizar ciertos movimientos físicos coordinados grupalmente en aras de convertir un texto en un texto lingüístico. Este sentido es capturado por la noción de intención mínima.
2. Intención como propósito de regular: contenido del mensaje que se ha transmitido desde un hablante (el creador del derecho) a un receptor (aplicadores del derecho y/o la dogmática jurídica) a través de un mensaje (texto jurídico). Este sentido es capturado por la noción de intención adicional.

Lifante Vidal lleva razón en que «intención» es empleada de forma oscura por el intencionalismo, pero creo que el problema no es de ambigüedad. Considero que la dificultad está en el tipo de propósito que se pretende identificar. En otros términos, intención refiere a propósito, pero el intencionalismo da cuenta de varios propósitos sin deslindar entre ellos: crear derecho y conseguir un determinado estado de cosas regulativo. El uso que emplea de estos dos propósitos se diferencia en que pretenden dar cuenta de objetos distintos, pero no de sentidos diferentes.

III. LA PROPUESTA INTENCIONALISTA NO EMPLEA, EN TODOS LOS CASOS, A LA INTENCIÓN COMO CRITERIO DE CORRECCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN

Lifante Vidal ha formulado esta crítica a partir de las siguientes premisas:

1. La identificación del derecho propuesta por el intencionalismo no tiene relación con la interpretación jurídica. La tesis de la intención de la autoridad de Raz y la noción de intenciones compartidas de Marmor son instrumentos conceptuales que ofrecen criterios que solo dan cuenta de la identificación del derecho (Lifante Vidal, 2018: 165).

2. La segunda versión del intencionalismo de Marmor predica que pueden acudirse a las intenciones del legislador en la interpretación (creación de derecho) siempre que existan argumentos independientes a favor de la corrección del contenido de dichas intenciones (Lifante Vidal, 2018: 167). Esto debido a: i) tengamos razones morales que justifiquen la relevancia de la intención; y ii) esté justificado creer que el órgano legislativo es el mejor perito disponible.

Ambas críticas están conectadas con el punto anterior de Lifante Vidal, pues cada una se sigue de haber concluido que «intención» es un término ambiguo que tiene como referencia dos tipos de propósitos. En mi caso, arribo a la misma conclusión, pero por considerar que están dando cuenta de propósitos (intenciones) diferentes. En efecto, el propósito de convertir un conjunto de enunciados en un texto jurídico mediante la realización de una serie de movimientos por parte de agentes calificados como miembros de un órgano legislativo, no ofrece guía y tampoco es propiedad necesaria del propósito contenido en el mensaje legislativo.[15]

En atención a ello solo voy a discutir la segunda premisa. Lifante Vidal considera que un modelo intencionalista de la interpretación debiera justificar que el criterio de corrección de la interpretación jurídica viene

15 No es relevante respecto a cómo determinar el contenido del derecho, pero sí lo es para señalar que el intencionalismo pretende que la práctica interpretativa sea un ejemplo de instancia de ciertos valores. Sobre este punto volveré en el siguiente apartado.

dado por atribuir el significado a los textos jurídicos de manera conforme a la intención de sus creadores (Lifante Vidal, 2018: 167). Al respecto, voy a de dar razones para poner en duda esta crítica.

Para ello retomo algunas de las premisas teóricas del intencionalismo de Marmor. El intencionalismo, como había señalado líneas atrás, predica que el derecho escrito debe ser analizado como una conversación en la que el legislador tiene un mensaje para el lector. Este mensaje es el propósito legislativo, esto es, un estado de cosas deseado. El mensaje es transmitido a través de palabras que son entendidas conforme a las convenciones lingüísticas vigentes al momento de ser escritas. Con cada enunciado jurídico son posibles los siguientes escenarios: establecer un determinado estado de cosas deseado; rechazar ciertos estados de cosas (por ejemplo, por expresa prohibición o por contradicción con el estado de cosas deseado); y es incierto si se afirma o rechaza otro tipo de estados de cosas. Para responder a la incertidumbre hace falta recurrir a la interpretación, es decir, crear derecho (en clave de propósitos: crear estados de cosas deseados).

1. Sobre la relevancia de la intención

El intencionalismo de Marmor no es compatible con la idea de que exista discrecionalidad en la selección de técnicas interpretativas, todo lo contrario. Esta tesis es prescriptiva en dos escenarios: la atribución de significados a textos jurídicos debe ser realizada mediante el entendimiento, es decir, siempre hemos de partir con el significado semántico; y toda interpretación debe ofrecer el significado semántico-pragmático. La interpretación se hace desde el entendimiento, o sea, desde el propósito identificado mediante el entendimiento, el cual opera como marco de referencia. Si esto es correcto, entonces resolver una indeterminación comunicativa no puede implicar crear estados de cosas claramente contrarios al estado de cosas obtenido por el significado semántico. Además de ello, nos ofrece un criterio de preferencia entre varios significados posibles de atribuir: el que guarde mayor proximidad con el significado semántico identificado.

La segunda versión del intencionalismo, en este sentido, está predicando realizar dos operaciones de atribución de significado: se debe investigar el significado semántico de las palabras y, en caso ello no sea suficiente

para develar el mensaje legislativo, entonces se debe investigar lo que el órgano legislativo pretendía decir. Esto último en el sentido de realizar averiguaciones sobre el efecto que quería conseguir en los destinatarios del derecho.

Si estas ideas son correctas, entonces en Marmor: i) la noción de «interpretar» da cuenta de la creación del derecho (por parte de los aplicadores) a partir del contenido semántico, es decir, es una operación de enriquecimiento del significado (identificado semánticamente), no de sustitución,[16]; y ii) ofrece una tesis normativa de la interpretación (sobre cómo enriquecer el significado semántico) principalmente restrictiva. Es normativa en tanto es una propuesta dedicada a prescribir cómo deben actuar los aplicadores del derecho al momento de atribuir significado a un texto jurídico, y es restrictiva en cuanto rechaza que atribuyamos significados que no se puedan caracterizar como semántico-pragmáticos: la interpretación no puede ser contradictoria con el estado de cosas identificado mediante el entendimiento.

Reformulando lo anterior, la pregunta acerca de cómo debe ser interpretado el derecho tiene como respuesta que esta no debe contradecir el mensaje legislativo que quiere transmitir el órgano legislativo. El problema, en este punto, es de precisión respecto a cómo identificar la intención relevante del legislador.

El metacriterio de Marmor para distinguir entre intenciones relevantes e irrevelantes es producto de una interpretación constructiva.[17] Si los puntos anteriores son correctos, esta es una interpretación constructiva orientada por la moral social y no por la moral crítica. La actividad interpretativa para decidir cuál es significado semántico-pragmático de un texto jurídico, como ya habíamos señalado, está condicionada por la intención del legislador (uno de los tantos propósitos que posee para dar un mensaje legislativo).

16 «[E]l objeto de la pragmática consiste en verlo como un intento de llenar este vacío entre el significado literal y aquello que realmente está siendo comunicado» (Marmor, 2000: 41).

17 En el sentido propuesto por Dworkin, pero aplicada de manera diferente a como sugiere este autor. En los términos dworkianos: «Roughly, constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong. It does not follow, even from that rough account, that an interpreter can make of a practice or work of art anything he would have wanted it to be, that a citizen of courtesy who is enthralled by equality, for example, can in good faith claim that courtesy actually requires that sharing of wealth. For the history or shape of a practice or object constrains the available interpretations of it, though the character of that constraint needs careful accounting, as we shall see. Creative interpretation, on the constructive view, is a matter of interaction between purpose and object» (Dworkin, 1986: 52).

Esta intención no puede ser sustituida, sino averiguada. De esta forma, las consideraciones morales empleadas para determinar qué intenciones son relevantes no pueden estar orientadas a ofrecer la mejor versión del derecho conforme a valores que el intérprete haya elegido, sino en función de los valores imperantes en la comunidad a la que pertenece el legislador.

En este sentido, la intención legislativa es relevante tanto para seleccionar el significado a atribuir, como para la selección de razones morales con las que vamos a construir el metacriterio de selección de intenciones adicionales.

Sin perjuicio de lo señalado hasta el momento, creo que es oportuno poner en duda la utilidad de la distinción entre entendimiento e interpretación de la forma en que Marmor la propone. El autor, mediante esta distinción conceptual, también diferencia el aspecto semántico y pragmático del lenguaje.[18] Entre las diversas dificultades que ello genera es relevante para los fines de este documento anotar que vincular el entendimiento únicamente al aspecto semántico del lenguaje es contraintuitivo con relación a desvelar el mensaje legislativo.

Si el entendimiento da cuenta solo del aspecto semántico del lenguaje, entonces no es preciso ni adecuado para incorporar la dependencia que tiene el lenguaje del contexto, lo cual introduciría el carácter pragmático.[19] En efecto, para poder capturar adecuadamente el sentido de cada palabra incluida en el enunciado requerimos de elementos contextuales que nos permitan identificar qué es lo que se está comunicando, es decir, debemos contar con información sobre el uso pragmático del lenguaje. Al respecto, Canale ejemplifica este punto con el enunciado «prohibido usar armas». ¿Cómo debemos entender «usar armas»? ¿Cómo disparar el arma, emplearla en una permuta, utilizarla como objeto sujeto a venta, otras formas o todas? (Canale, 2008: 6).

18 Este punto ha sido discutido por los problemas teóricos que genera. Al respecto: Canale (2008: 4) y Poggi (2007: 161 y ss.).

19 Sobre estoy para profundizar acerca de la relación entre el contexto y la indeterminación del lenguaje me remito a Endicott (2006: 46-52).

La intención legislativa identificada mediante el entendimiento, en este sentido, es problemática en sí misma, pero no es irrelevante al momento de interpretar el derecho.

2. Sobre la fuerza de la intención

En relación con la crítica de la fuerza, es decir, que la intención da razones que no son absolutas, no pareciera que la superabilidad de la intención sea un problema demasiado severo para el intencionalismo. El problema de fondo es respecto a la relevancia (si la intención es irrelevante, entonces el intencionalismo solo sería una tesis cognitivista basada en el uso del significado semántico). Que la intención sea superable es una forma de expresar que siempre hemos de ponderar la intención con otras razones y preferiremos otras razones cuando tengan mayor eficacia para conseguir el estado de cosas deseado. En esta línea, Marmor no sostiene una tesis conservadora, reconoce el impacto que posee el paso del tiempo y los problemas de información que puede padecer el legislador respecto a un determinado objeto. Lo que está sosteniendo es que la intención legislativa es siempre relevante.

En este punto debo resaltar que la tesis de Marmor es una tesis prescriptiva que tiene contextos de aplicación más adecuados que otros. Comparemos, por ejemplo, el grado de pe8ricia que posee un órgano regulador de servicio público o una agencia tributaria[20] al promulgar un texto jurídico, frente al grado de pericia que posee el Parlamento. Esto nos lleva a que la reconstrucción más caritativa que podamos hacer de este autor sea considerar que el órgano legislativo sea (asumiendo que el Parlamento toma decisiones convenientes y no necesariamente técnicas) un ente de la administración pública.

Lo que está haciendo Marmor, en este sentido, es justificar por qué los jueces deben ser fieles aplicadores de las palabras elegidas, por ejemplo, por la agencia tributaria al momento de aplicar la legislación creada por esta. En caso de que deban interpretar estos textos, para que puedan apartarse de

20 Entidad pública que tenga competencia para administrar, aplicar, fiscalizar y recaudar los tributos del gobierno nacional.

la intención de la agencia tributaria, debe haber un agente que demuestre que posee un grado de pericia mayor. Reformulando: para poder apartarse de la intención, se debe satisfacer una carga argumentativa con criterios de preferencia basados en elementos técnico-especializados en la materia regulada. Retomando un punto anterior, esto hace a la intención superable, pero no irrelevante.

III. LA PROPUESTA INTENCIONALISTA NO DA CUENTA ADECUADAMENTE DE LA PRÁCTICA INTERPRETATIVA DEL DERECHO

Lifante Vidal considera que el intencionalismo «arrastra bastantes deficiencias para dar cuenta adecuadamente de en qué consiste la práctica jurídica interpretativa» (, 2018: 172). Se sostiene esta crítica en base a las siguientes razones:

1. Para dar cuenta satisfactoriamente de la interpretación jurídica es necesario emplear un modelo teórico que parta por asumir que el derecho es una práctica social orientada a conseguir ciertos objetivos valiosos. Ello se debe a que para que las decisiones estén justificadas jurídicamente deben ser acordes con «el derecho» (Lifante Vidal, 2018: 169). En este sentido, es necesario que la teoría empleada asuma como relevante los aspectos valorativos (Lifante Vidal, 2018: 170).
2. El intencionalismo, al igual que el constructivismo, exige que el intérprete realice un proceso reconstructivo del derecho que determine cuáles son los valores perseguidos por el derecho (Lifante Vidal, 2018: 172), por lo que no es incompatible con este, pero sí más limitado.

En relación con el punto 1, Lifante Vidal señala que debemos adoptar una perspectiva del derecho que lo entienda como práctica social coherente orientada a obtener ciertos fines valiosos. Sobre esto voy a ofrecer un comentario a efectos de discutir si debemos adoptar un modelo de derecho

como práctica social orientada a fines. Desde esta aproximación, la práctica interpretativa se realiza para satisfacer propósitos valiosos, de manera que, para poder entender la práctica, es necesario referir a estos propósitos.

Partiré por emplear la desambiguación propuesta por María Cristina Redondo de las nociones punto de vista interno y externo a efectos de poder explicitar qué es exactamente lo que nos propone Lifante Vidal. Una vez identificado esto, se podrá discutir con mayor claridad.

La noción de punto de vista interno y externo puede ser entendida de forma semántica o pragmática. Desde una aproximación semántica (Redondo, 2018: 203) la distinción entre puntos de vista es empleada para explicar la diferencia de enfoques metodológicos con los que se analiza una institución jurídica.

En primer lugar, por punto de vista externo semántico se da cuenta, desde la perspectiva de una tercera persona, de todas aquellas posturas que predican que se debe describir y explicar únicamente aspectos empíricos de una institución.[21] Desde este tipo de teorías, se sostiene que debemos describir datos empíricos. Esto es afirmado, por ejemplo, por quienes predican la jurisprudencia naturalizada, es decir, quienes pretenden explicar el derecho a través de métodos coherentes con la investigación científica (Redondo, 2018: 207).

Este tipo de aproximaciones, dado su objeto de estudio y preferencias metodológicas, no permite identificar los conceptos o contenidos normativos de las instituciones. Por tanto, a efectos de dar cuenta de ellos, se debe dejar de lado este tipo de metodologías.

En segundo lugar, por punto de vista interno semántico se da cuenta, desde la perspectiva de una tercera persona, de los conceptos con los cuales quienes participan de una práctica crean una institución. En otros términos,

21 Usualmente esta postura es caracterizada con la imagen del extraterrestre que visita la Tierra y describe todo aquello que puede percibir, pero solo eso. El extraterrestre, con solo observar eso, no puede entender el significado de la práctica que observa.

prescriben que se debe captar y explicar el significado que posee una institución para todos aquellos que, con sus comportamientos, creencias o actitudes, crean y mantienen vigente la institución (Redondo, 2018: 203).[22]

Desde este tipo de teorías se sostiene que debemos describir cómo un grupo social usa un determinado concepto. En este sentido, son teorías que establecen correlaciones entre significados (Redondo, 2018: 206).

Desde una aproximación pragmática, las nociones de punto de vista interno y externo se emplean para dar cuenta de las actitudes prácticas de aceptación o aprobación que un agente puede (o no) tener respecto al contenido normativo de una institución (Redondo, 2018: 208). Así, esta distinción se refiere a la actitud que podemos tener respecto a enunciados emitidos como producto de haber aplicado una teoría que adopte el punto de vista interno semántico. Dicho en breve, respecto del contenido de los conceptos (Redondo, 2018: 217).

En relación con la información obtenida empleando el punto de vista interno semántico podemos tener dos tipos de actitudes. Estas se clasifican en punto de vista interno pragmático y punto de vista externo pragmático.

El punto de vista interno pragmático sería el de quienes describen el contenido de los conceptos de forma comprometida, es decir, justificando aquello que se está explicando. En este sentido, al hacerlo, contribuyen a que subsista la institución (Redondo, 2018: 209). En relación

con este punto, cabe precisar que, aunque los enunciados emitidos desde el punto de vista interno pragmático sean condiciones necesarias para que subsista una institución, de ello no se sigue que adoptar dicha actitud sea necesaria para identificar y conocer el contenido conceptual de la institución (Redondo, 2018: 215).

Luego, el punto de vista externo pragmático da cuenta de la actividad de quienes describen el contenido de los conceptos sin comprometerse con su

22 Redondo pone el ejemplo de cómo comprender el significado de «amor cortesano». Conforme al punto de vista interno semántico, lo que tenemos que realizar son las acciones necesarias para poder comprender el significado del amor que un caballero medieval predicaba a su dama (2018: 205).

justificación. Este tipo de investigación no pierde de vista que hay teorías que justifican la institución, pero no se compromete con ninguna de sus tesis al explicar el concepto (Redondo, 2018: 212).[23]

Lifante Vidal sostiene que debemos adoptar el punto de vista interno semántico y el punto de vista interno pragmático. Al respecto voy a formular tres críticas: i) las tesis de Marmor son una propuesta prescriptiva de la interpretación que adopta el punto de vista interno pragmático con los valores que identifica; ii) hay razones para no adoptar el punto de vista interno pragmático; y iii) discrepar con las tesis intencionalistas empleando argumentos propios del punto de vista interno pragmático es una discusión sobre cuál debería ser el objetivo del derecho, es decir, de preferencias.

Sobre la crítica i), el intencionalismo (propuesto por Marmor) es un modelo teórico que parte por asumir que el derecho es una práctica social orientada a conseguir ciertos objetivos valiosos. Las tesis de Marmor están construidas a partir de conexiones conceptuales entre interpretación, autoridad y separación de poderes. En efecto, como bien señala Canale, la interpretación es entendida como un medio para instanciar los valores que están detrás de considerar que las autoridades y los aplicadores del derecho juegan al Estado de derecho (Canale, 2008: 1).

Marmor está tratando de dar cuenta de cómo debería ser la práctica interpretativa, asumiendo que esta actividad debe satisfacer un objetivo: resguardar el control del legislador (real o construido mediante juicios contrafácticos) sobre el contenido del derecho. La intención del legislador es el criterio adecuado para entender e interpretar el derecho debido a que hay un conjunto de valores, vinculados a la práctica jurídica, que deben ser alcanzados.

Estos valores están en el derecho, es decir, la práctica jurídica debe ser una ejemplificación de los mismos, caso contrario, no estaríamos frente al derecho. Entender el derecho como una conversación parte de asumir ciertos valores con los que se construye, además, de la noción de autoridad

23 Cabe anotar que adoptar un punto de vista externo pragmático no implica, en general, ausencia de compromisos morales, solo dice que no está comprometido con los presupuestos del concepto que se pretende explicar (Redondo, 2018: 214).

y (por lo menos) la separación de poderes. Esto último en el sentido de que le corresponde a los parlamentos tomar las decisiones sobre qué regular y cómo regular, y a los tribunales aplicar dichas decisiones.

Si esta idea es correcta, entonces Marmor es un ejemplo de teoría que considera que el derecho es una práctica social orientada a conseguir ciertos objetivos valiosos y de forma comprometida, es decir, asumiendo el punto de vista interno pragmático.[24] En este sentido, es una propuesta que considera una dimensión valorativa, solo que son otros valores.

De acuerdo con la crítica ii), sobre si debemos adoptar el punto de vista interno pragmático, es necesario señalar tres cosas. La primera es que, asumiendo la premisa de que la práctica jurídica se explica mejor a partir de los objetivos que persigue, esta propuesta tiene dificultades de identificación acerca de qué es lo relevante. La pregunta sobre qué objeto persigue la práctica se debe abordar como una cuestión valorativa, de lo que se sigue que la respuesta sobre qué objetivo (u objetivos) es el que caracteriza la práctica está sujeta a preferencias morales. Dicho de otro modo, la identificación del objeto del derecho, desde esta aproximación, es un tema valorativo.

La pregunta pendiente de responder por quienes adoptan un modelo teórico que parta por asumir que el derecho es una práctica social orientada a conseguir ciertos objetivos valiosos es epistémica. ¿Cómo podemos conocer qué objetivo es el que caracteriza la práctica interpretativa? O, preguntándonos en clave intencionalista, ¿cómo saber que no es la intención del legislador aquello que caracteriza la práctica interpretativa?

La segunda cuestión es que, para comprender la práctica interpretativa, es necesario estar en disposición de poder clasificar a la práctica como interpretativa. Hace falta partir por realizar un análisis conceptual que nos permita clasificar el mundo, y tener una justificación para considerar que

24 En este mismo sentido, Canale (2008: 15). Reconstruyo parte de lo que este autor considera es el argumento de Marmor respecto a los valores de la práctica interpretativa:

1. La democracia y el Estado de derecho tienen valores.
2. Estos valores son instanciados por la práctica jurídica, si y solo si, el derecho para el caso fue dicho y comunicado mediante un enunciado jurídico.
1. El derecho del caso individual consiste en lo que fue dicho y comunicado al formularse un enunciado jurídico. Esto se corresponde o bien con el significado literal del enunciado (entendimiento) o con la intención comunicativa (interpretación).

nuestra clasificación sea correcta. En efecto, necesitamos de herramientas conceptuales que nos permitan calificar a una práctica como jurídica y, en específico, como práctica jurídica de interpretación. Una vez identificada, será posible realizar juicios valorativos de si es una buena práctica jurídica interpretativa o una mala práctica. Si incluimos valores u objetivos valiosos en la descripción de una práctica, entonces es posible perder la posibilidad de criticar al objeto (bajo el entendido de que el objeto, por definición, ya es valioso y deseable, y de que no hay una separación entre derecho y moral).

La tercera cuestión, insistiendo en el punto anterior, es que si consideramos que la práctica interpretativa se entiende mejor a partir de los valores que pretende alcanzar, entonces no podemos diferenciar entre el derecho como es y el derecho como debe ser. En efecto, si incluimos los criterios de evaluación de un objeto dentro de la descripción del objeto, entonces la actividad evaluadora posterior es problemática.

Es metodológicamente relevante poder diferenciar el objeto del criterio de evaluación. En relación con si es posible identificar objetos de estudios —en nuestro caso la práctica de interpretación jurídica—, podemos emplear métodos de análisis moralizantes y no moralizantes. Por métodos moralizantes me refiero a todas aquellas propuestas que consideran que, para explicar una práctica, es necesario incluir valoraciones en las descripciones de los objetos que analizan. En cambio, por métodos de análisis no moralizantes, me refiero a quienes consideran que la tesis de la distinción entre derecho y moral es una propuesta epistemológica no comprometida. Dicho de otro modo: se puede conocer el derecho y los valores insertos en la práctica jurídica, sin tener que recurrir a estos valores (asumirlos o hacerlos propios) para comprender las propiedades del derecho.[25]

El empleo de métodos de análisis moralizantes no permite comprender el objeto sin estar valorándolo, pues no es posible o no es conveniente hacer otra cosa. En este punto, por ejemplo, Marmor ofrece una aproximación moralizada de la práctica jurídica. En específico en dos situaciones: i) predicar que el entendimiento del derecho solo puede ser comprendido

25 No es el momento para entrar a detalle sobre este punto, pero para efectos de referencia estoy pensando en propuestas como la de Julie Dickson o el método analítico-sociológico de Hart.

mediante métodos semánticos (el derecho como es equivale al significado semántico, a razón de una tesis que valora favorablemente las expectativas del legislador); y ii) requiere de valoraciones para poder identificar el contenido del derecho al momento de interpretarlo (recurrir a la moral social para poder elegir la respuesta adecuada al significado semántico-pragmático).

Este autor sostiene que, para poder dar cuenta de la práctica interpretativa, el objeto de la interpretación es poder traducir, lo mejor posible, el mensaje legislativo. Esto se debe a que su propuesta sobre la interpretación es una teoría basada en el ideal de dar el mayor grado de cumplimiento a la autoridad.

En este sentido, la segunda razón sobre la que se construye la crítica de Lifante Vidal (el intencionalismo es compatible con el constructivismo, pero más limitado), es correcta: el intencionalismo prescribe el empleo de la moral social para poder identificar la intención relevante que guía la interpretación. Como bien apunta Canale, la interpretación no es entendida como un intento de presentar el objeto a la mejor luz posible, sino a la luz que enfatice la intención de comunicación del legislador (Canale, 2008: 8).

Si esto es correcto, entonces, discrepar con el intencionalismo (asumiendo que debemos realizar interpretaciones constructivistas) es un desacuerdo respecto al objetivo de la interpretación. Lo que hace a la teoría intencionalista una propuesta adecuada/inadecuada para dar cuenta de la práctica interpretativa es el acuerdo o desacuerdo que tengamos con la elección de valores que consideramos orienta la práctica jurídica. De ser esto así, descartar el intencionalismo como tesis normativa es solo una preferencia.

BIBLIOGRAFÍA

Canale, Damiano (2008). «Legal interpretation and the objectivity of values». En SSRN recuperado de: http://ssrn.com/abstract=1116546 (10 de abril de 2019).

Chiassoni, Pierluigi (2012). *Desencantos para abogados realistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

——— (2016). «The pragmatics of Scepticism». En *Analisi e diritto*, 2016, pp. 275-303.

Dworkin, Ronald (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.

Endicott, Timothy (2006). *La vaguedad en el derecho*. Madrid: Dykinson.

González Lagier, Daniel. (2013). *Las paradojas de la acción. Una introducción a la teoría de la acción humana desde el punto de vista del derecho y de la filosofía*. Madrid: Marcial Pons.

Lifante Vidal, Isabel (2018). *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Marmor, Andrei (2000). *Interpretación y teoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.

Poggi, Francesca (2007). «Semantics, pragmatics, and interpretation. A critical Reading of some of Marmor theses», En *Analisi e diritto*, pp. 159–178

Redondo, María Cristina (2018). *Positivismo jurídico "interno"*. Liubliana: Revus.

Von Wright, Georg (1979). *Explicación y comprensión*. Madrid: Alianza Editorial.