

El textualismo¹

Textualism

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz
Departamento de Filosofía del Derecho
Universidade de Santiago de Compostela

Fecha de recepción 30/12/2020 | De aceptación: 16/03/2021 | De publicación: 24/06/2021

RESUMEN.

El textualismo es una teoría prescriptiva de la interpretación jurídica que defiende una metodología específica para decir el derecho en las materias legisladas. Según ella, quien interpreta debe declarar el significado público del texto legal y respetar en todo caso lo que el texto transmite, salvo cuando haya errata o error. El artículo expone la emergencia del textualismo en los Estados Unidos de América y su contraste con las teorías a las que desafía, particularmente el instrumentalismo, el intencionalismo y el finalismo. Se aborda también la asociación del textualismo con el originalismo, y se examina el reto crucial del textualismo, que es dar con una tesis semántica que vincule plausiblemente el significado del texto con el que comunica el legislador y cuenta con su misma autoridad. Se concluye que el textualismo se justifica si y solo si el legislador es una autoridad legítima.

PALABRAS CLAVE.

textualismo, interpretación jurídica, originalismo, semántica jurídica

ABSTRACT.

Textualism is a prescriptive theory of legal interpretation that advocates a specific methodology for saying the law in legislated matters. It claims that the interpreter must declare the public meaning of the legal text, deferring in any case to what the text conveys, except in case of error or mistake. The article outlines the emergence of textualism in the United States of America and its contrast with the doctrines it challenges, particularly instrumentalism, intentionalism and finalism. The article also deals with the association of textualism and originalism, and it examines the crucial challenge of textualism, namely to develop a semantic thesis that plausibly links the meaning of the text with the one that is conveyed by the legislator and has its authority. Ultimately, textualism is justified if and only if the legislator is a legitimate authority.

KEY WORDS.

textualism, legal interpretation, originalism, legal semantics

¹ Este trabajo forma parte del proyecto de investigación PID2019-105841RB-C22, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Sumario: 1. Introducción. 2. El textualismo de Antonin Scalia. 3. Confrontación del textualismo con otras doctrinas interpretativas. 3.1. Contra el particularismo y el instrumentalismo. 3.2. Contra las metodologías reconstructivas. 4. El textualismo y el originalismo. 5. La semántica textualista. 6. Conclusión. 7. Bibliografía

1. Introducción

La doctrina jurídica estadounidense conoce como «textualismo» [*textualism*] una teoría interpretativa según la cual –dicho resumidamente– el derecho en las materias legisladas es el significado público de los textos legales, entendido como el significado que les dan o darían normalmente sus destinatarios, de manera que interpretar dichos textos debe consistir primordialmente en atribuirles ese significado. Este trabajo tiene por objetivo exponer sintéticamente los rasgos principales de la teoría textualista, así como sus méritos y dificultades. Un interés especial es mostrar que el textualismo no es una doctrina unitaria, sino un conjunto de doctrinas que comparten la citada tesis. En efecto, algunos textualistas admiten excepciones en la regla para evitar resultados absurdos y otros no; para unos el significado público de las palabras es el que recogen los diccionarios, mientras que otros exigen comprenderlas en su contexto; algunos atribuyen al texto legal su significado original y otros asumen el cambio semántico, etcétera.

En EUA (usaré esta abreviatura para nombrar a los Estados Unidos de América) el textualismo es una doctrina en pleno apogeo, por lo que no es extraño que hayan proliferado sus variantes y también los estudios sobre ella, una selección de los cuales se cita en este trabajo. Como todos ellos explican en qué consiste el textualismo, este tiene múltiples descripciones, no siempre coincidentes, pero no me parece útil recopilarlas y compararlas. En vez de ello, caracterizaré el textualismo por dos vías: primero por ostensión, enseñando una manifestación paradigmática de la teoría (§ 2); y después por contraste, perfilando sus conexiones y diferencias con otras teorías interpretativas (§3). En apartados sucesivos abordaré la relación del textualismo con el originalismo (§4) y con las teorías sobre el significado (§5). Una escueta conclusión (§6) cierra el trabajo.

2. El textualismo de Antonin Scalia

El textualismo es parte de una tradición interpretativa antigua que toma como fuente del derecho legislado lo que dice la ley, y no lo que podría o debería decir.² En cuanto inserto en una tradición, el textualismo no nació de pronto ni cabe atribuir su origen a ninguna persona u ocasión específicas. Con todo, el término *textualism* está asociado a una doctrina actualmente en boga en EUA, llamada así por sus seguidores y por sus críticos. La representación más notoria del textualismo reciente la ha ejercido Antonin Scalia (1936-2016), tanto en estudios doctrinales como en sentencias del Tribunal Supremo de EUA, del que fue miembro desde 1986 hasta su muerte.³ Aunque la doctrina de Scalia no agota el textualismo, es su manifestación más paradigmática.

Scalia se dio a conocer como defensor del textualismo por su crítica⁴ del uso por los jueces de los materiales prelegislativos, llamados en EUA *legislative history* y en España *trabajos preparatorios*. La práctica habitual de indagar la intención con que se promulgaron las leyes examinando documentos del trámite de elaboración (proyectos, dictámenes, debates parlamentarios...), fue atacada por Scalia como errónea y fácil de manipular.⁵ Este recelo ante la pretensión de averiguar la intención del legislador investigando el rastro que dejó en el proceso legislativo es una de las señas de identidad de su textualismo, que reclama ceñirse al texto finalmente promulgado. Su tesis es que el propósito de la interpretación no es descubrir la intención del legislador, sino dar cuenta del derecho comunicado en el

² El textualismo es aplicable a la interpretación de cualquier fuente de derecho escrita, que abarca desde la «ley» en su acepción más amplia de disposición jurídica general, hasta los textos que documentan obligaciones jurídicas particulares, como los contratos o los testamentos. No obstante, la atención se concentra en la interpretación de las leyes formales y de la Constitución; y la presente exposición también se referirá exclusivamente a estas fuentes. Como excepción, Nou (2015) discute un textualismo para interpretar reglamentos.

³ Sus principales trabajos teóricos son su discusión sobre el rol de los jueces en el libro *A Matter of Interpretation* (Scalia 1997), y su libro *Reading Law* (Scalia y Garner 2012), una sostenida defensa del método textualista.

⁴ En una conferencia impartida en varias Facultades de Derecho en 1985, siendo juez federal (Frickey 1992: 254).

⁵ Scalia (1997: 17) sostuvo que «es incompatible con el gobierno democrático, o de hecho incluso con el gobierno justo, determinar el significado de una ley por lo que el legislador quiso decir, en vez de por lo que el legislador promulgó. [...] Es la ley lo que gobierna, no la intención del legislador». A su juicio, «la indicación objetiva de las palabras, y no la intención del legislador, es lo que constituye el derecho»; por lo que la tramitación legislativa «no debería usarse como indicación autorizada del significado de una ley» (ibíd. p. 29). Además –añade–, la indagación histórica tiende a «producir una intención legislativa falsa o artificiosa más que una genuina» (p. 32); y «ha facilitado en vez de disuadido las decisiones que están basadas en las preferencias políticas de los tribunales» (p. 35).

Esta doctrina se basa en la convicción de que un texto tiene significado propio y no solo el significado que su autor pretendía darle. Scalia (2005) lo explica gráficamente: el novio que en la boda dice ‘Sí’ queriendo que su expresión signifique ‘No’ no consigue comunicar su intención, pues lo que ha dicho *significa* que consiente el matrimonio. Igualmente, si se establece por convención que debe evacuarse el edificio cuando suene una alarma, esta «comunicará ese significado incluso si es activada por un mono».

texto legal; y el significado público de dicho texto no importa porque revela la intención legislativa, sino porque revela el derecho mismo (sobre esto, Scalia y Garner 2012: pp. 391-398).⁶

Un segundo importante presupuesto doctrinal de Scalia es la creciente importancia del derecho promulgado respecto del derecho común tradicional (*common law*), y la repercusión de este cambio en el rol que deben desempeñar los jueces y en sus métodos interpretativos. A su juicio, la función creadora de derecho del juez del *common law* no es trasladable al derecho legislado: al aplicar la Constitución y las leyes, el juez no debe plantearse qué solución sería más deseable para el caso, sino cuál recibe en ellas (Scalia 1997: 12).⁷ Rechaza la idea de que la interpretación de la ley persigue hacer justicia, y reclama que los jueces sometan su juicio sobre lo que es correcto al texto aprobado por el legislador democrático: «Como cuestión descriptiva, sin duda es cierto que los jueces a menudo se esfuerzan por evitar lo que consideran un resultado injusto. Pero declinamos elevar esa tendencia humana a un principio de interpretación aprobado» (Scalia y Garner, 2012: 348).

En tercer lugar, Scalia se opone al finalismo (traduciré así el término *purposivism*), que recomienda atender a los fines y al *espíritu* de las leyes más que a su *letra*.⁸ Para Scalia, en cambio, la ley es lo que dice su texto y no los fines que el intérprete cree o quiere ver en él; aunque acepta que para entenderla hay que percibir su propósito. Scalia (1997: 17) propone «buscar una especie de intención “objetivada” –la intención que una persona razonable extraería del texto de la ley, situada junto al resto del *corpus*

⁶ Un ejemplo ilustrativo de la posición de Scalia, entre muchos aducibles, es su voto particular en el caso *Johnson v. United States* (2001) del Tribunal Supremo de EUA (por economía, en este trabajo omitiré la referencia completa de los casos citados, que pueden verse en <https://www.loc.gov/collections/united-states-reports> o <https://supreme.justia.com>). Una ley autorizaba al tribunal que había acordado la libertad supervisada de un preso a «revocar» [*revoke*] dicha libertad cuando el preso incumplía las condiciones; y se discutía si ello incluía la autorización para imponer un periodo adicional de libertad supervisada. El Tribunal Supremo consideró que sí, aduciendo que si bien el verbo «revocar» no sugiere esa posibilidad, había razones en el texto legal para pensar que esa era la intención del legislador. Scalia disintió en solitario y reclamó interpretar «revocar» conforme a su significado común o natural, que es simplemente cancelar. Y ofreció esta pintoresca regla: «Por supuesto, la prueba de fuego de si una palabra puede recibir un determinado significado razonablemente es si se puede usar la palabra en ese sentido en un cóctel sin que la gente te mire raro».

⁷ Scalia se opone así a las doctrinas de orientación consecuencialista, cuyo valedor reciente más conocido ha sido Richard Posner, igualmente en el doble ámbito de la teoría y de su práctica como juez (ver infra §3.1).

⁸ Cuando Scalia (1997: 14) se lamenta que en los tribunales estadounidenses «no tenemos una teoría inteligible» de la interpretación jurídica, cita esa queja en el tratado de H.M. Hart y A.M. Sacks, *The Legal Process*, sugiriendo que tampoco ellos habían cubierto la carencia. Esto merece subrayarse, porque la doctrina defendida por Hart y Sacks se considera la metodología interpretativa más influyente entre los juristas de EUA de final del siglo XX. Los materiales y el enfoque del tratado de Hart y Sacks fueron muy populares desde su primera versión de 1958, que circuló como manuscrito hasta ser editado en 1994. Según Hart y Sacks toda ley tiene algún tipo de propósito y debe interpretarse «de modo que se lleve a cabo la finalidad todo lo mejor que se pueda»; y si bien los jueces deben procurar respetar el texto legal, deben dar más importancia a su finalidad. Por eso, según ellos el significado de las palabras de la ley puede restringirse «si el contexto pide la restricción» y puede ampliarse a situaciones «dentro del propósito, pero no dentro del significado aceptado de sus palabras». Cito por Eskridge y Frickey (1990: 333). Para una comparación entre el método del *legal process* y el textualismo, véase Jones (2000).

iuris». Scalia y Garner (2012) alertan sobre la manipulabilidad del finalismo, pues las leyes tienen propósitos diversos y de distinta abstracción y el finalista puede «“rellenar” o cambiar el texto según el nivel de generalidad que haya escogido» (p. 19); pero aclaran que el textualista tiene en cuenta los fines «en sus manifestaciones concretas tal como se deducen de la lectura atenta del texto» (p. 20); e insisten en que salvo que haya un obvio error de redacción, los fines «no pueden usarse para contradecir el texto o suplementarlo» (p. 57).⁹

Vemos, por tanto, que Scalia desarrolla su programa metodológico en oposición a tres populares direcciones interpretativas que priman, respectivamente, promover la voluntad del legislador, conseguir el mejor resultado y atender a los objetivos de la ley. Pero en ningún momento niega que al interpretar la ley deben tenerse en cuenta su finalidad, la intención con que se promulgó y las consecuencias de lo que se decida. Lo que sostiene es que estas consideraciones ayudan a escoger la interpretación más adecuada compatible con el texto legal, pero no justifican soslayarlo. Solo cuando la disposición tiene claramente una errata o un error puede desatenderse el texto para evitar un resultado absurdo (Scalia y Garner 2012: 234). La información extratextual no puede tratarse *sistemáticamente* como fuente del derecho superior al propio texto.¹⁰

Scalia insiste en que los preceptos de la Constitución y de las leyes han de ser interpretados dándoles sentido como parte del ordenamiento; y también en el contexto de los usos lingüísticos habituales entre sus destinatarios. Este es su principio interpretativo, contrario al literalismo: «En su contexto pleno, las palabras significan lo que transmitían a las personas razonables cuando se escribieron –en el entendido de que los términos generales pueden acoger las innovaciones tecnológicas posteriores» (Scalia y Garner 2012: 16). Y añaden: «Las palabras han de entenderse en sus significados comunes, cotidianos

⁹ Un ejemplo extremo de decisión textualista del Tribunal Supremo de EUA, en la que Scalia fue ponente, es *Coy v. Iowa* (1988), que decidió que el juicio a un hombre por abusar sexualmente de dos niñas, en el que se permitió que estas declarasen tras una pantalla que las ocultaba del acusado, infringió la VI Enmienda de la Constitución de EUA, según la cual en las causas penales el acusado tiene derecho a «que se le caree [*to be confronted*] con los testigos que depongan en su contra». Según el fallo, la cláusula daba al acusado derecho a ver «cara a cara» a los testigos. Posteriormente el Tribunal modificó ese criterio en *Maryland v. Craig* (1998), con el voto en contra de Scalia y tres magistrados más, que reprocharon la «subordinación del texto constitucional explícito a la política pública actualmente preferida». Como discutiré después (§ 5), una interpretación tan rígida de los términos legales es compatible en el seno del textualismo con otras lecturas más contextualizadas, y el propio Scalia así lo demostró.

¹⁰ «El Congreso puede promulgar leyes insensatas además de sensatas, y no les corresponde a los tribunales decidir cuál es cuál y reescribir las primeras» (Scalia 1997: 20). «Simplemente no es compatible con la teoría democrática que las leyes significan lo que deben significar, y que jueces no electos deciden qué es eso» (ibid., p. 21). «Una regla fundamental de la interpretación textual es que no se les puede dar ni a una palabra ni a una oración un significado que no pueden admitir» (Scalia y Garner 2012: 31).

–a no ser que el contexto indique que tienen un sentido técnico». ¹¹ Como *contexto* del texto legal hay que computar el fin que cumple, las pautas históricas de uso de sus palabras y el entramado sintáctico que las rodea. En todo caso, la regla básica es que el texto no puede recibir un significado que no tiene.

Otro ingrediente de la propuesta de Scalia es el originalismo [*originalism*]. Su doctrina es que los textos legales deben interpretarse como se entendían en el tiempo de su promulgación, y no como se entienden en el momento de interpretarlos. Esta doctrina es obviamente más relevante para interpretar preceptos promulgados mucho tiempo atrás, cuyo significado pudo haber cambiado, como la Constitución de EUA (aprobada en 1786 y modificada con varias enmiendas a partir de 1791). La tesis de Scalia –que se distingue del originalismo intencionalista (ver *infra* §4)– se resume en esta frase: «Lo que busco en la Constitución es precisamente lo que busco en una ley: el significado original del texto, no lo que los redactores originales pretendieron» (Scalia 1997: 38). Según esto, la Constitución y las leyes dicen lo que sus textos significaban cuando se redactaron y promulgaron, y no lo que significan hoy, ni lo que sus autores quisieron decir en ellos. Scalia se opone en esto a la teoría de la interpretación constitucional dinámica, la tesis de la *Constitución viva*. ¹²

Scalia tenía una ideología conservadora que seguramente influyó en su visión del derecho, como también en la recepción de sus ideas. Pero, como él mismo sostuvo, su textualismo no tiene

¹¹ Este es el *canon del significado común* [*ordinary meaning*] (Scalia y Garner 2012: 69). (Traduzco *ordinary* por *común* para evitar la connotación de ‘vulgar’ que tiene «ordinario»). Según Scalia y Garner (2012: 71), en contraste con otros autores, muchas palabras tienen un significado común o claro [*plain*]; y ponen abundantes ejemplos.

Es destacable del textualismo de Scalia su recepción de muchos «cánones» y reglas de uso tradicional entre los juristas de EUA para interpretar el derecho. La doctrina los divide los cánones en dos clases: los *sustantivos*, que reflejan principios jurídicos materiales (como primar la interpretación que no suscita problemas constitucionales o la que evita aplicar la norma retroactivamente); y los *textuales*, basados en usos típicos del lenguaje, sea común o jurídico (como las reglas *ejusdem generis* o *noscitur a sociis*). Aunque la utilidad de los cánones es muy discutida –se les objeta que son contradictorios entre sí y susceptibles de uso arbitrario–, su uso está muy extendido. Scalia defiende este uso, hasta el punto de que su principal libro (Scalia y Garner 2012) formula y explica con ejemplos decenas de cánones interpretativos apropiados para poner en práctica la teoría textualista. Scalia admite que los cánones pueden emplearse para respaldar interpretaciones sin base textual, pero no extiende a ellos su crítica al uso de materiales prelegislativos. Puede verse una crítica de este aspecto del textualismo en Eskridge 2013.

¹² Según Scalia (1997), un originalista puede estar en desacuerdo con otro, pero «al menos sabe lo que busca: el significado original del texto» (p. 45); en cambio, los defensores del *Constitucionalismo Vivo* carecen de guía: «*Panta rei* [todo fluye] no es un principio de la interpretación constitucional suficientemente informativo. ¿Qué debe consultar el juez para determinar cuándo, y en qué dirección, se ha producido la evolución?» (pp. 44-45). Así, la prohibición constitucional de negar la «protección de las leyes por igual», introducida en la Enmienda XIV de 1868, impide la discriminación por razón de sexo, pero no impide tener aseos separados en los edificios públicos, porque el significado de dicha cláusula en 1868 no incluía prohibirlos (p. 149, contestando a Dworkin).

intrínsecamente inclinación política.¹³ De hecho, en varias sentencias del Tribunal Supremo disintió de sus supuestos colegas ideológicos.

3. Confrontación del textualismo con otras doctrinas interpretativas

El «nuevo textualismo» representado por Scalia aparece en EUA a finales de la década de 1980 como reacción al finalismo dominante, a la práctica común de invocar la intención legislativa sugerida por el material prelegislativo como razón para no atender al texto promulgado, y a la invitación consecuencialista al activismo judicial. Por eso la aceptación que cobró no era nada previsible, sino que supuso de algún modo un cambio de paradigma.¹⁴ Hay quien sostiene que el textualismo ya ha perdido vigencia, pero a juzgar por la atención que se le presta, sigue muy vivo.¹⁵

En este apartado expondré con más detalle en qué consiste la discrepancia entre el textualismo y las teorías interpretativas rivales. El primer paso tendrá que ser distinguir las controversias y clasificar las teorías, lo cual puede hacerse de varias maneras. Una clasificación muy difundida en EUA distingue entre el *textualismo*, el *intencionalismo* y el *finalismo*.¹⁶ Este esquema simplifica el debate, que queda

¹³ Escriben Scalia y Garner (2012: 16-17): «El textualismo no está bien diseñado para conseguir fines ideológicos, al confiar del modo en que lo hace en el criterio más objetivo disponible: el significado contextual aceptado que tenían las palabras cuando la ley fue promulgada. Una lectura textualista producirá a veces resultados “conservadores”, a veces “liberales”. Si un método interpretativo merece ser etiquetado como un “dispositivo” ideológico, no es el textualismo sino las metodologías opuestas como el finalismo y el consecuencialismo, por las cuales las palabras y las implicaciones del texto son reemplazadas por “propósitos” concebidos abstractamente o “consecuencias” deseadas por el intérprete». Posner (2008: 347) discrepa: «Mi impresión es que los jueces afines políticamente suelen votar de la misma manera a pesar de sus filosofías jurídicas diferentes», y viceversa. Pero el mismo Posner (2008: 282) admite que Scalia votó contra su ideología en casos como *Texas v. Johnson* (1989), al sostener que quemar la bandera de EUA es una forma de expresión política protegida por la Constitución. También Marmor (2005: 18), Moore (2012: 455) y otros creen que tras el textualismo hay una ideología conservadora.

¹⁴ Eskridge (1990) relata el surgimiento del «nuevo textualismo» en el Tribunal Supremo (EUA) tras ser nombrado miembro Scalia, y muestra casos en que aquél «prácticamente admitió que estaba desplazando el significado claro del texto con la intención legislativa o la finalidad aparentes entresacadas de los trabajos preparatorios» (p. 628). En todo caso, el textualismo actual no surgió de la nada y es posible encontrar precedentes en cualquier época. Así, Frankfurter (1947): «Un juez no debe reescribir una ley, ni ampliarla ni contraerla» (p. 533); «Las palabras legislativas tienen presuntamente significado y por tanto debemos tratar de averiguarlo» (p. 534); «Debemos, sin duda, dar a las palabras el sentido en que las usó el Congreso. [...] Si una ley está escrita para la gente común, sería arbitrario no asumir que el Congreso quiso que sus palabras se leyesen con las mentes de hombres comunes. Si están dirigidas a especialistas, deben ser leídas por los jueces con las mentes de los especialistas» (p. 536).

¹⁵ Confróntese Molot (2006) y Manning (2006), así como la revisión de Gluck (2010) de los métodos interpretativos empleados por los tribunales estatales en EUA, que muestran la vigencia del textualismo en alguna de sus formas. Gluck (2017) y Manning (2017) presentan también un balance sobre el textualismo y el legado de Scalia.

¹⁶ Así, Eskridge y Frickey (1990: 324) califican estos tres enfoques de *fundacionales*, en tanto que identifican «una fuente de interpretación legítima primaria –por ejemplo, el texto legal o la intención legislativa– y se atienen al significado legal que sugiere esa fuente, con independencia de las circunstancias o de las consecuencias» (p. 321, n. 2). Ellos proponen, en cambio, guiar la interpretación por la “razón práctica” buscando «la justificación contextual de la mejor respuesta jurídica entre las alternativas potenciales» (p. 322 n. 3); lo cual en mi opinión aboca al casuismo. También Marmor (2014: 110) contrasta el textualismo, el intencionalismo y el finalismo como teorías judiciales prevalentes.

reducido a resolver si el derecho (escrito) es lo que dice el texto legal, lo que quiso decir quien lo aprobó o lo que debería decir para conseguir lo que se propone (o alguna combinación de estas opciones). La reducción tiene utilidad expositiva, pero deja fuera teorías influyentes¹⁷ y oculta la diferencia de fondo entre los textualistas y quienes no se conforman con declarar el derecho tal como está escrito.

El textualismo es una teoría *prescriptiva* de la interpretación jurídica que promueve una *metodología* para interpretar el derecho legislado. Discute el método para conocer este derecho y no tanto la naturaleza del derecho o la posibilidad del conocimiento jurídico.¹⁸ El textualismo depende de tesis no escépticas sobre el derecho y su conocimiento sin las cuales no sería inteligible¹⁹, pero estas tesis no son peculiares o exclusivas del textualismo, ni este hace otra cosa que aceptarlas. Asume la posibilidad del conocimiento jurídico para defender una manera de obtenerlo. No es una teoría del derecho, ni una teoría de epistemología jurídica, sino una teoría acerca de cómo se debe adscribir significado a los textos legales, y solo rivaliza con las teorías que dan soluciones distintas al mismo problema. Sus adversarios son otras teorías prescriptivas sobre la función (§3.1) y la finalidad (§3.2) de la interpretación jurídica.²⁰

3.1. *Contra el particularismo y el instrumentalismo*

En cuanto a la función que debe tener la interpretación del derecho, la principal duda es si debe servir para reconocerlo o para que produzca resultados satisfactorios. El textualismo afirma lo primero, tiene una actitud epistémica o cognoscitiva hacia la interpretación jurídica, y por eso choca con las teorías

¹⁷ Scalia y Garner (2012: 18 y ss.) consideran como doctrinas no textualistas el finalismo y el «consecuencialismo», que es como denominan ellos la tesis pragmatista. Otra teoría que no encaja bien en la clasificación tripartita es la de Dworkin (1997: 123), que antepone dar coherencia o integridad moral y jurídica a la práctica de decir el derecho (ver *infra* la nota 38 y texto acompañado). En realidad, la posibilidad de distinguir y clasificar teorías interpretativas no textualistas es inagotable. Por ejemplo, Greenberg (2014: 1291 ss.) contrasta su propia doctrina interpretativa –que llama *teoría del impacto moral* [«el derecho es el impacto moral de las acciones relevantes de instituciones jurídicas»]– «con dos enfoques más familiares»: uno según el cual hay que indagar «el contenido lingüístico del texto legal»; y otro, asociado con Dworkin, según el cual hay que indagar «el principio que da mejor encaje y justificación a la ley».

¹⁸ El textualismo tampoco es una teoría empírica sobre cómo se interpreta el derecho. En los estudios textualistas abundan las observaciones descriptivas sobre cómo deciden los jueces y tribunales, pero más que resultados de investigación suelen ser ejemplos para apoyar una tesis prescriptiva sobre cómo se debe interpretar.

¹⁹ Por lo pronto, sostener que el derecho legislado se conoce por el significado público de las leyes presupone que es cognoscible y que la interpretación jurídica puede ser una actividad cognoscitiva, lo cual excluye el escepticismo.

²⁰ A mi juicio el textualismo participa en varios debates diferentes asociados a la pregunta de para qué se interpreta el derecho, y se entiende mejor al distinguirlos. Para ello sigo aquí el esquema conceptual que presenté en Rodríguez-Toubes (2014: 323). Los dos problemas clave son qué función debe cumplir la interpretación y qué objetivo debe proponerse (qué averiguar), lo cual produce muchas variantes que simplificaré en esta exposición.

instrumentalistas como el pragmatismo o consecuencialismo. Complementariamente, es discutible si quien interpreta debe decidir la función caso por caso o más bien con un criterio general. El textualismo responde con un enfoque inequívocamente metódico, pues es precisamente una metodología para conocer el derecho, y en esto contrasta con el particularismo.

Frente al particularismo, que defiende abordar cada caso atendiendo a sus rasgos peculiares para darle la solución más adecuada, y aplicar el método interpretativo que convenga para alcanzar el resultado querido, el textualismo es una doctrina sobre el método generalmente preferible. No sostiene que su método produce siempre la mejor solución –pues justifica respuestas materialmente inaceptables cuando el derecho las da inequívocamente–, sino que su aplicación sistemática es preferible por razones de legitimidad (puesto que quien debe gobernar es la ley, no su intérprete) y de seguridad y eficacia (las soluciones textualistas son más asequibles y previsibles).²¹ Ahora bien, como los textualistas no quieren avalar respuestas jurídicas insostenibles por más que sean las explícitas en el texto legal, buscan soluciones para evitarlas. La más difundida es la excepción del absurdo: la afirmación de un principio jurídico que prescribe evitar los resultados absurdos y que impide la interpretación textual cuando los produce.²² Otra solución es simplemente suspender la convicción formalista ante el daño que causaría mantenerla y adoptar una «ética de la responsabilidad» guiada por razones de prudencia o equidad, que legitima desatender el método textualista ante un caso particular que presenta un dilema moral o incluso jurídico.²³ No obstante, la tesis general textualista es que la responsabilidad de regular las conductas es del legislador, no de los jueces; y que interpretar la ley con

²¹ Eskridge (2013) rechaza la pretensión textualista de sujetar la interpretación jurídica a reglas y defiende tener en cuenta una multiplicidad de factores. Su propuesta es pragmatista y bastante particularista. Ya Sunstein y Vermeule (2003: 924) confrontaban el enfoque interpretativo formalista del textualismo con el antiformalismo de Eskridge haciendo una analogía con la diferencia entre el utilitarismo de reglas y el de actos: el primero produce resultados fallidos, pero es una estrategia de decisión preferible cuando no es seguro que el decisor identificará la mejor respuesta. Vermeule (2000) defiende un método textualista sencillo que tenga en cuenta los condicionantes empíricos e institucionales de la decisión judicial y persiga «minimizar los costes de la decisión judicial y de la incertidumbre jurídica» (p. 79); pero Eskridge (2006) también es crítico con este «textualismo sin florituras».

²² Sobre la relación del textualismo con el principio jurídico que excluye los resultados absurdos hay mucho escrito. Algunos textualistas admiten la excepción, al menos en caso de *lapsus* legislativo (Scalia 1997: 20; Scalia y Garner 2012: 234); pero otros la rechazan para proteger el textualismo (Manning 2003). En contra, hay quien rechaza el textualismo por sus resultados absurdos (Jellum 2011). Apunto una solución diferente en Rodríguez-Toubes 2021.

²³ Solan (2010: 227) argumenta con ejemplos que muchos jueces que proclaman defender métodos formalistas no los aplican llegado el momento en que consideran inaceptables sus consecuencias. Contesta así a Siegel (2009), según el cual el textualismo experimentó una «radicalización» con tesis como la de Manning (2003), que rechaza la excepción del absurdo (ver la nota anterior). Sobre las consideraciones consecuencialistas que pesan en el razonamiento jurídico trato en Rodríguez-Toubes 2011.

su significado común incentiva al legislador a redactarla con cuidado, sin confiar en que se corregirán sus defectos.²⁴

Frente a las orientaciones instrumentalistas, que defienden el activismo proactivo al interpretar el derecho para *hacer* que este sea el mejor posible, el textualismo es una doctrina deferente y reactiva hacia el derecho legislado. Asume que la ley le viene dada al intérprete y su contenido es cognoscible (salvo en casos de indeterminación), y sostiene que interpretarla es atribuirle significado y no cambiarla (lo cual no excluye la autoridad para crear derecho en caso de laguna o indeterminación). La combinación en EUA de la cultura del *common law*, que acepta la creación judicial de derecho, con la difusión de ideas antiformalistas y sociologistas como el pragmatismo y el realismo jurídico, explican la atención recibida por los defensores del activismo judicial que, como Posner, reclaman a los jueces y tribunales que promuevan políticas útiles (o que reconozcan que ya lo hacen) en vez de la aplicación acrítica de las leyes.²⁵ El intérprete textualista rechaza esta invitación a colaborar con el legislador a su lado, corrigiéndolo y sustituyéndolo en su caso, y prefiere hacerlo como un agente leal. De todas formas, la teoría textualista no es ajena al cálculo de consecuencias, pues las considera decisivas al menos en dos momentos. Primero, para defender el método textualista, porque un argumento a su favor es que da mejores resultados a largo plazo que otros métodos alternativos.²⁶ Después, para primar la

²⁴ Escribe Vermeule (2000: 103): «Un argumento central a favor del textualismo es el efecto que tiene para forzar la democracia: el rechazo judicial a rehacer los textos promulgados fuerza al Congreso a legislar *ex ante* más responsablemente». Vermeule responde al escepticismo de Eskridge (1990: 677): «La inmensa mayoría de los casos difíciles de interpretación legal del Tribunal [Supremo de EUA] afectan a leyes cuya ambigüedad resulta o bien de la opción legislativa deliberada de dejar a la administración o a los tribunales las decisiones conflictivas, o bien de desarrollos sociales o jurídicos que ni los legisladores más visionarios podrían haber previsto».

²⁵ Según Posner (1987: 190), esta es la pregunta que deben hacerse los jueces «cuando las “órdenes” que reciben de los redactores de las leyes y de las constituciones no son claras: ¿qué hubieran querido los redactores que hagamos en este caso de comunicación fallida?». Posner declara defender el deber de interpretar y no el activismo judicial (p. 200); pero critica, por ejemplo, la decisión textualista del Tribunal Supremo de EUA en *United States v. Locke* (1985), según la cual como la ley exigía presentar cierta petición «antes del 31 de diciembre», la presentada el 31 de diciembre estaba fuera de plazo; porque –aduce Posner (p. 204)– parece probable que esa redacción fue un error. Posner (2008: 202) reprocha en general al textualismo su rigidez formalista y legalista, y no reconocer su motivación política. Con todo, conviene advertir que no todos los argumentos *pragmatistas* favorecen el activismo judicial. Así, con un enfoque afin al pragmatismo, Sunstein y Vermeule (2003) defienden una actitud posibilista hacia la interpretación, que no pregunta en abstracto cómo debe ser interpretado un texto legal sino cómo deberían interpretar determinados textos determinadas instituciones «con sus peculiares capacidades y limitaciones» (p. 886); y apuntan que los pragmatistas como Posner deben aceptar que en la práctica, y no solo en teoría, las condiciones empíricas pueden recomendar la interpretación formalista de los textos como el mejor curso de acción (p. 911); y abogan en último término por un consenso técnico entre las doctrinas interpretativas rivales (p. 917).

²⁶ Al defender el textualismo por su ventaja instrumental se desvanece su confrontación con el consecuencialismo. Cuando el instrumentalismo interpretativo es metódico y no particularista –esto es, postula guiar la interpretación por el mejor método general y no por el mejor resultado concreto–, puede plausiblemente defender el textualismo como método, por los beneficios de autonomía y de seguridad jurídica que genera la publicidad de las normas. Sin llegar a tanto, Posner (2008: 361) apunta que el derecho debe aplicarse centrándose en las consecuencias, pero no debe creerse «que las *únicas* consecuencias que merecen tenerse en cuenta son las consecuencias para las personas afectadas inmediatamente por una decisión judicial. Las consecuencias institucionales también deberían tenerse en cuenta, e incluyen el daño al proceso democrático, y a la estabilidad del derecho» que causaría una aplicación basada solo en hechos y desvinculada de la ley. Manning (2007) defiende el textualismo frente al pragmatismo de Posner valiéndose precisamente de su

interpretación preferible entre las compatibles con el texto legal y excluir las que tienen efectos inasumibles (excepción del absurdo). Porque el textualismo exige respeto al texto, pero no presume que hacerlo aboca siempre a una única respuesta correcta; y cuando hay más de una es legítimo y apropiado seleccionar la más útil socialmente.²⁷

3.2. *Contra las metodologías reconstructivas*

En lo que atañe a la finalidad que debe perseguir la interpretación, la duda es qué hay que indagar para que la interpretación del derecho cumpla su función. En este problema destacan tres debates teóricos distintos. Se discute ante todo si interpretar el derecho consiste en comprender y declarar lo que dicen sus fuentes (doctrina declarativa) o por el contrario en captar lo que quieren decir, reconstruyéndolo a partir de lo que dicen, pero sin necesidad de respetarlo (doctrina reconstructiva). Esta es la discusión en la que principalmente interviene el textualismo, para defender la tesis declarativa y rechazar las metodologías reconstructivas, si bien veremos que cuando se incorpora el enfoque lingüístico pragmático se difumina la distinción entre lo que las fuentes del derecho dicen y quieren decir. Otro debate discute si quien interpreta el derecho debe identificar qué se proponía quien lo creó en su momento, indagando en su caso la intención legislativa (doctrina subjetiva), o más bien –como sostiene el textualismo– reconocer en las fuentes del derecho su contenido público. El tercer debate, en fin, trata sobre si se debe averiguar el significado original histórico del texto interpretado (doctrina originalista) o en cambio determinar qué significa en el momento de interpretarlo (doctrina evolutiva). Se discute aquí si al promulgar el texto legal queda fijado el derecho que crea o si este puede cambiar sin necesidad de ninguna actuación legislativa expresa, de manera que al interpretarlo tiempo después hay que constatar ese cambio. En este debate el textualismo no tiene una posición unitaria (§4).

Según el textualismo, la vía jurídica correcta para determinar el contenido del derecho promulgado es reconocer el significado público de sus preceptos, de manera que interpretarlos debe consistir en esclarecer, declarar y adscribirles ese significado. En cuanto doctrina declarativa, el textualismo rivaliza con las metodologías jurídicas que aceptan atribuir a los textos legales contenidos

admisión de la importancia de los valores sistémicos: «El juez Posner como pragmatista destaca así que los jueces no pueden atribuirse jurisdicción sobre materias que la ley no les ha autorizado a regular. Hacerlo sería contradecir la separación de poderes» (p. 1172).

²⁷ Ver Scalia y Garner (2012: 30). Pero la consideración de las consecuencias en el textualismo puede estar más motivada en la lealtad al legislador (colaborar a que sus objetivos se realicen) que en el puro pragmatismo social.

inconsistentes con su lenguaje. Estas metodologías rivales no niegan importancia al significado aparente del texto legal como punto de partida de la interpretación, pero aceptan que acabe desplazado por un sentido jurídico auténtico delineado por argumentos que el textualismo rechaza. Dado que a menudo las disposiciones comunican defectuosamente lo que prescriben, reclaman interpretarlas indagando su contenido jurídico sin detenerse en la superficie lingüística, sino profundizando lo necesario para recuperar el derecho subyacente. Tal reconstrucción del derecho que subyace a la ley tiene dos grandes modelos. Uno es dar a las leyes el significado más consistente con sus metas. Como estas pueden ser tanto las que motivaron su promulgación como las que el mismo texto da a entender como más probables, este modelo agrupa al *intencionalismo*, que defiende atribuir al texto legal el significado que quiso darle quien lo promulgó, y al *finalismo*, que defiende atribuirle el significado más acorde a los propósitos que pone de manifiesto o expresa. El segundo modelo, seguido por el *coherentismo* de Dworkin y por el iusnaturalismo, defiende interpretar las disposiciones a la luz de su justificación moral y política; y atribuirles el significado depurado que resulte de filtrar el contenido injustificable.

El textualismo se opone al intencionalismo porque considera que el legislador expresa su intención formalmente en la propia disposición que promulga, de manera que el intérprete no debe indagar dicha intención en ninguna fuente prelegislativa. Si el textualismo defiende la fidelidad al texto legal no es porque le atribuya una autoridad intrínseca, al modo de un texto sagrado, sino porque lo reconoce como producto de una autoridad y manifestación genuina de su ejercicio. El textualismo prima lo que dice el texto legal porque entiende que así respeta mejor la autoridad jurídica legítima.²⁸ Para afirmar que la fuente del derecho legislado es el texto legal y no la intención legislativa, el textualismo tiene que refutar la tesis de que los textos no tienen significado por sí mismos, sino únicamente porque (y cuando) los escribió alguien con la intención de darles un significado.²⁹ El textualismo acepta la tesis de la intención mínima, según la cual la ley tiene autoridad porque el legislador quiso promulgarla (de ahí que los errores y lapsus de redacción no cuenten como derecho), pero rechaza la tesis que vincula

²⁸ Eskridge y Frickey (1990: 340) llegan a diferenciar una variante estricta del textualismo, según la cual el texto legal es (normalmente) la única fuente interpretativa legítima, y otra según la cual el lenguaje de la ley es la mejor guía de la intención o propósito legislativo. Según Dworkin (1997: 116) el textualismo es deferente con la intención semántica de los legisladores (lo que querían decir con el texto que promulgaron), pero no con sus expectativas de las consecuencias (lo que querían conseguir).

²⁹ Fish (2005: 631) niega la posibilidad misma del textualismo: «La intención no puede separarse del significado ni concebirse en conflicto con ella. La elección no es entre lo que [el emisor] dijo y lo que quiso decir, sino entre dos especificaciones de lo que quiso decir». «Una vez se oyen las palabras asumiendo una intención, adquieren un significado, y el significado que adquieren variará con la intención que se les atribuye» (p. 632).

contenido e intención subjetiva.³⁰ El contenido de la ley es un producto intencional, pero como el intérprete no tiene acceso a su fuente psicológica –la *mens legislatoris*–, ha de presumir esta intención en el texto y de alguna manera objetivarla.³¹ Por otro lado, el textualismo es crítico con la pretensión de descubrir la voluntad subjetiva del legislador fuera del texto que promulga,³² lo cual rechaza tanto por razones conceptuales –lo que llamamos «el legislador» carece de voluntad unitaria³³– como por prestarse a engaño y manipulación.³⁴ En contrapartida, tiene que presumir que el legislador tiene

³⁰ Lo que dice la ley es ley porque el legislador así lo quiso, pero la ley es lo que dice el texto y no lo que el legislador quiso decir con él. Según Raz (2009: 288), para reconocer la legitimidad del texto legal es preciso reconocer al legislador una intención (mínima) de legislar; pero esta intención autoritativa no tiene efectos en la interpretación: «Lo que dijo el legislador es lo que significan sus palabras, dadas las circunstancias de la promulgación de la legislación, y las convenciones de interpretación prevalentes en el momento».

Ekins (2012: 187) objeta a Raz que la contribución del contexto en el significado impide explicar este como un producto de convenciones independientes de la intención con que se usan las palabras. Frente a la tesis de que el significado convencional de las palabras restringe lo que se puede querer decir con ellas, Ekins opone que las convenciones no son rígidas y que algunas podrían existir solo para ayudar a identificar la intención del emisor (p. 188). «El significado de una emisión puede basarse en parte en el significado de las palabras emitidas, pero esto no prueba que el significado de la emisión sea ese significado convencional o siquiera que pueda serlo plausiblemente» (p. 191). «Lo que define el acto comunicativo es una cierta clase de intención, a saber: la intención del hablante de transmitir algo [...]» (p. 194); y ella puede llevarse a cabo tanto con convenciones semánticas como con recursos pragmáticos. «El contenido jurídico introducido por la actuación del legislador puede a veces, quizás a menudo, ser idéntico al contenido semántico de las oraciones que emite, pero cuando sucede así la razón es que esto es lo que el legislador pretendía transmitir. No es razonable que los intérpretes estipulen, o siquiera presuman, que el legislador pretende transmitir solo este contenido semántico» (p. 212). Creo que Ekins tiene razón sobre la estipulación, pero no sobre la presunción: en la interpretación textual de la ley hay que *presumir* que su contenido jurídico lo revelan las convenciones semánticas y sintácticas que el legislador podía prever que aplicarían sus destinatarios, pues es el contenido que quiso darle el legislador y el que cuenta con su autoridad; pero hay que admitir que el legislador pudo querer transmitir contenido también por vía pragmática, valiéndose de su expectativa sobre la familiaridad de los destinatarios con los usos lingüísticos no codificados y con el contexto, en cuyo caso la interpretación también debe recobrar esa información haciendo las oportunas inferencias.

³¹ La idea de Scalia (1997: 17) sobre la intención objetivada (§ 2 *supra*) también la acoge Manning (2006: 79), quien se apoya en la teoría de Raz sobre la intención legislativa mínima (ver la nota anterior). Pero Ismay y Brown (2015) objetan a Manning que «el significado de un texto no puede existir separadamente de la intención de su autor» (p. 205); y que no puede apoyarse en la teoría de Raz porque es deferente hacia las convenciones interpretativas del momento de la legislación, las cuales suelen ser más finalistas que textualistas (p. 209). Según Nelson (2005: 349), los intencionalistas y los textualistas no se distinguen tanto por su modo de valorar y concebir la intención legislativa (subjetiva u objetivada) como por la mecánica para averiguarla, pues los segundos prefieren sujetarla a reglas.

³² El textualismo reprocha al Tribunal Supremo (EUA) que adoptase en algunas sentencias interpretaciones *contra legem*, dando así la posibilidad de invocarlas como precedente. El caso más citado al respecto es *Holy Trinity v. United States*, de 1892. Se discutía la aplicación de una ley que prohibía favorecer la inmigración de trabajadores extranjeros contratándolos «para realizar un trabajo o servicio de cualquier clase en los Estados Unidos», con ciertas excepciones (como actores, artistas y conferenciantes). Un tribunal impuso una multa a una Iglesia (Holy Trinity) que había contratado a un pastor inglés, y esta recurrió al Tribunal Supremo. Este observó que el acto encajaba en la letra de lo prohibido, pero estimó el recurso porque supuso que el legislador pretendía dirigir la ley solo al trabajo manual, y añadió: «Es una regla familiar que una cosa puede estar dentro de la letra de la ley y sin embargo no dentro de la ley, porque no está dentro de su espíritu, ni dentro de la intención de sus autores». Scalia (1997: 21) lamentaba que esa sentencia se siguiese citando esporádicamente: «No es sino una invitación a la creación judicial del derecho».

³³ Muchos textualistas son escépticos con la posibilidad de adscribir una intención específica a cuerpos legislativos compuestos por individuos con intereses y expectativas diferentes. Manning (2005: 424) contrasta el textualismo con la tendencia del intencionalismo a «antropomorfizar» al legislador: «Los textualistas, en cambio, niegan que el Congreso tenga una voluntad colectiva aparte de los resultados del complejo proceso legislativo [...]». Para Scalia y Garner (2012: 30), lo que cuenta es el *significado* objetivo, no la intención subjetiva: «Especular sobre ella –incluso en la expresión extrañamente antropomórfica *intención del documento*– invita a la confusión mental».

³⁴ Una aguda objeción textualista al intencionalismo es que presumir la intención con que se aprobó la ley a partir de información rescatada del registro de los trámites de su elaboración da a los partícipes más avisados y a grupos de presión la oportunidad de influir en las interpretaciones futuras situando anticipadamente en dicho registro las claves oportunas. Manning (1997) advertía sobre esta perversión del procedimiento legislativo y defendía el textualismo para evitar la «autodelegación» del legislador en los agentes

suficiente competencia lingüística para escribir lo que quiere comunicar, de manera que el texto promulgado dice lo que quiso decir.³⁵

El finalismo contrasta con el textualismo por cuanto defiende atribuir al texto legal un significado inadmisiblemente lingüísticamente para hacerlo consistente con el propósito que se le supone.³⁶ El textualismo promueve interpretar los textos atendiendo a los fines objetivos que aparentemente persiguen, pero rechaza darles un significado que los hablantes competentes no les darían, porque aboca a un ejercicio incontrolable de selección de posibles fines y potencialmente, de nuevo, al engaño y la manipulación. El textualismo insiste en la importancia de entender la legislación por su manifestación pública, dándole un sentido razonable pero previsible y no secreto o esotérico.³⁷ Esta misma consideración enfrenta al textualismo también con los enfoques iusnaturalistas o coherentistas que defienden prescindir de la comprensión normal del texto legal cuando no se justifica con los principios sustantivos que dan moralidad o integridad al ordenamiento jurídico, aunque sea compatible con dicho ordenamiento.³⁸ Por supuesto, el textualismo prescribe interpretar las leyes preservando la

legislativos. Más tarde, Manning (2010) observa que la «segunda generación» de textualismo ya no destaca esa crítica –que asocia a una visión cínica del proceso legislativo influida por la escuela de la elección pública y rebatida empíricamente por otros autores–, sino la tesis de que «los jueces en nuestro sistema de gobierno tienen un deber de aplicar las leyes *redactadas claramente* tal como están escritas, incluso aunque haya razones para creer que el texto podría no captar perfectamente los objetivos o fines de fondo que inspiraron su promulgación» (p. 1290). También Easterbrook (1994: 62): «Un método que ve los trabajos preparatorios como *amigos* y no como simplemente inevitables lleva a una teoría jurídica en la que las palabras de la ley se devalúan».

³⁵ Dice Slocum (2015: 77): el textualismo «propone un autor hipotético (visto desde la perspectiva de un intérprete razonable) que respeta las convenciones de significado».

³⁶ El finalismo coincide con el intencionalismo en dar más importancia al propósito de la ley que a su texto, pero es su contraparte objetivada: el propósito que importa es el que se infiere de la propia ley, no el que se le podría atribuir a su autor. Para representar al finalismo citaré el estudio de Barak (2005), aunque él propone combinar elementos subjetivos (intención) con objetivos (teleología basada en lo razonable y en los valores fundamentales del sistema jurídico): «la meta de la interpretación es realizar la meta que el texto legal está destinado a realizar» (p. 88). Barak acepta que la semántica «establece los límites de la interpretación restringiendo al intérprete al significado jurídico que el texto puede admitir en su lenguaje (público o privado)» (p. 89); pero dedica varias páginas (269-285) a criticar el textualismo. Así, al argumento de que el legislador promulgó la ley y no su intención, opone que tampoco promulgó el diccionario; y que si este puede tenerse en cuenta para entender la ley, también la intención (p. 280). Y sostiene que el textualismo daña la democracia al tratar la ley como una decisión sin objetivo (p. 281). También se ocupan del debate entre textualismo y el finalismo Manning (2006) y Fallon (2014).

³⁷ Como dicen Eskridge & Frickey (1990: 339), «Los ciudadanos deben ser capaces de abrir los códigos legales y hacerse una buena idea de sus derechos y obligaciones. Cuando la ley parece decir claramente una cosa, los tribunales deberían ser reacios a alterar esa directriz». Naturalmente lo que para unos es claro puede no serlo para otros. Un caso ilustrativo es *Yates v. United States* (2015), que resolvió el recurso de Yates, capitán de un barco de pesca que, incumpliendo la instrucción de un agente federal, había ordenado arrojar por la borda la captura de talla inferior a la legal y había sido condenado por violar la prohibición legal de destruir a sabiendas «cualquier registro, documento u objeto tangible con la intención de impedir, obstruir o influir» una investigación federal. Según Yates, el término legal «objeto tangible» no era aplicable a los peces. El Tribunal Supremo (EUA) estimó el recurso por mayoría 5-4, con Scalia y otros textualistas entre los discrepantes, quienes defendieron una interpretación más convencional: «Un “objeto tangible” es un objeto que es tangible».

³⁸ Un informe de la revisión anónima de este artículo objetó que llame *coherentista* al enfoque de Dworkin, en vez de *derecho como integridad*, como el propio Dworkin lo denomina; y apunta que en su último libro (Dworkin 2011) cambia su visión con el principio de responsabilidad, porque va más allá de la verdad por coherencia. Añado esta nota explicativa por deferencia al informe, que considero

consistencia, moralidad y coherencia del ordenamiento jurídico (lo cual incluye negar validez a las leyes que contradicen principios constitucionales), pero niega al intérprete autoridad para dar a las leyes un significado que no admiten, supliendo al legislador por lealtad al derecho, porque considera que sin fidelidad al texto legal no hay fidelidad al derecho.³⁹

4. El textualismo y el originalismo

El textualismo en la versión de Scalia es originalista, pero el originalismo no es una seña de identidad textualista y no debe identificarse con él. Ni todo el originalismo es textualista, ni el textualismo es necesariamente originalista. En cuanto a lo primero, el textualismo defendido por Scalia se abrió camino como una nueva variedad del originalismo, que en su programa inicial era intencionalista; pero solo es una variedad, por más que haya triunfado y tenga influyentes apoyos.⁴⁰ En cuanto a lo segundo, el textualismo ha venido asociándose con el originalismo porque Scalia y sus seguidores los combinan y este enfoque se toma como paradigma del textualismo; pero en rigor el argumento propiamente textualista –que el derecho legislado es fundamentalmente el significado público del texto legal– no

equivocado. En primer lugar, clasificar la teoría interpretativa de Dworkin como coherentista es muy frecuente y no una ocurrencia mía. Por supuesto, también es discutido, porque «coherentismo» puede significar muchas cosas y la escritura metafórica y a menudo imprecisa de Dworkin no ayuda a identificar bien sus tesis, como han señalado Raz y otros críticos. Con todo, creo que el lema «derecho como integridad» debe entenderse como una invitación a dar coherencia a las fuentes del derecho convencionales a la luz de los principios morales y políticos que los justifican; y *coherentismo* me parece un nombre adecuado para este programa (mejor que *integrismo*, al menos), aunque Dworkin prefirió bautizar su teoría con un lema y dejó los *-ismos* para llamar las ajenas. En segundo lugar, en el último libro de Dworkin hay un cambio de foco más que de teoría. El tema de este artículo no es la teoría interpretativa de Dworkin y no debo emprender aquí una discusión sobre ella, pero ilustraré lo que quiero decir citando dicho libro. Es verdad que Dworkin (2011: 175) apunta que la teoría de la verdad como coherencia puede ser insuficiente, pero su propuesta es aplicar en cada ámbito la teoría de la verdad más apropiada; y nos dice (p. 177) que la teoría de la responsabilidad moral es apta en el ámbito de la moral, pero no así en el de la ciencia. Ahora bien, para Dworkin (2011) somos responsables moralmente cuando «nuestras diversas interpretaciones concretas consiguen una integridad global de manera que cada una apoya a las otras en una red de valor» (p. 111); lo cual exige estar alerta de cuando «la coherencia de nuestras convicciones es *solo* local» (p. 105); y «requiere que busquemos una completa coherencia de valor entre nuestras convicciones» (p. 108); pues la responsabilidad «busca coherencia e integración» (p. 113): «Podemos buscar la verdad acerca de la moral solo buscando la coherencia respaldada por la convicción» (p. 120); si bien debe tratarse de «coherencia respaldada por juicio» p. 213). Pienso que *coherentismo* etiqueta bien estas ideas.

³⁹ Para un iusnaturalista como Moore (2012: 455), a los textualistas los motiva un «temperamento conservador», que «prefiere una línea clara a una borrosa, incluso cuando la línea clara está dibujada claramente en el lugar equivocado». Moore aboga por una ponderación casuista guiada por el bien sustantivo más que por el texto claro.

⁴⁰ Recuérdese el *dictum* de O. W. Holmes (1899: 419): «No indagamos lo que quiso decir el legislador; solo preguntamos lo que significa la ley». Al discutir el originalismo en la interpretación constitucional, Kay (1988: 229-230) expone una «ambigüedad persistente» entre la idea de que los jueces deben respetar las intenciones de quienes promulgaron las disposiciones constitucionales y la idea de que deben atenerse al «*texto mismo*, con independencia de las intenciones históricas particulares de quienes lo crearon»; y cita a Holmes como ejemplo de la segunda idea, la cual desestima rápidamente para centrar su discusión en la primera. Según Kay (1988: 234), «un enfoque basado en el significado común tendrá como resultado usualmente la misma interpretación que se seguiría de aplicar las intenciones originales. Cabe esperar que los constituyentes usaron las palabras conforme a su uso común en el momento de la promulgación». Unos años después, Kay (2009: 704) «reexamina el cambio desde la intención subjetiva de los constituyentes al ‘significado público original’ de las palabras de la Constitución»; y reconoce el éxito de esta segunda forma de originalismo (la defendida por Scalia), la cual critica por generar más indeterminación. Sea o no esto así, la evolución del originalismo revela que sus versiones intencionalista y textualista son diferentes y que no deberían confundirse, sin perjuicio de que a menudo fundamenten interpretaciones idénticas, como decía Kay.

entraña ninguna preferencia por el significado original del texto. Por ello, el textualismo originalista es el tipo más prominente de textualismo, pero no necesariamente el único. Desarrollaré brevemente ambas ideas.

A la pregunta de si el derecho legislado son las normas promulgadas por el legislador o las que en cada momento resultan de la adaptación progresiva de esas normas originales a las circunstancias cambiantes, el originalismo responde lo primero. Según su versión inicial, la intencionalista, debe contar como derecho lo que quiso promulgar el legislador histórico, su voluntad original.⁴¹ La versión textualista es otra: debe contar como derecho el significado público o común del texto legal en el momento de ser promulgado, esto es, lo que en ese momento se entendía que estaba siendo promulgado.⁴² La justificación ya la conocemos: si bien la autoridad del derecho legislado se debe a la autoridad que tenga el legislador, este no la ejerce por telepatía, comunicando su voluntad de mente a mente, sino por medio del texto que promulga; de modo que las normas autorizadas solo se pueden conocer por los textos legales tal como el legislador podía esperar que los entenderían sus destinatarios.⁴³ El originalismo se justifica también por facilitar que el derecho cumpla su función garantista de regimentar la actuación de los poderes públicos. Los límites que la Constitución pone a las leyes, y éstas a los reglamentos, no se toman en serio –señala– si se permite al legislador o a los

⁴¹ Las bases de la doctrina originalista aplicada a la interpretación constitucional en EUA se atribuyen a Robert H. Bork, quien en 1971 escribía esto sobre la aplicación de la Constitución a la segregación racial en las escuelas: «Las palabras son generales, pero sin duda ello no nos permitiría eludir la intención de los redactores si fuesen claras. Si los trabajos preparatorios [*legislative history*] revelasen un consenso acerca de la segregación en la escolarización y en todas las demás relaciones de la vida, no veo cómo podría el Tribunal Supremo eludir las elecciones reveladas y sustituirlas por las suyas, incluso aunque las palabras sean generales y las condiciones hayan cambiado» (Bork 1971: 13). Esta defensa de la «comprensión original» en versión intencionalista la expande en Bork 1990, que reivindica la tesis «pasada de moda» en el derecho constitucional según la cual «un juez ha de aplicar la Constitución conforme a los principios queridos por quienes ratificaron el documento» (Bork 1990: 143).

⁴² Brest (1980) presenta y critica el textualismo como método originalista y dice que probablemente su tesis central es que «el texto de una disposición es la guía más segura de las intenciones de quienes la adoptaron» (p. 205). Según Brest, «los objetivos del constitucionalismo se sirven mejor con una aplicación no originalista que trata el texto y su historia original como importantes, pero no necesariamente autoritativos» (p. 228). Sin embargo, en EUA hay muchos constitucionalistas originalistas, como Barret y Nagle (2016), que proponen evitar la confrontación con los precedentes no originalistas ya asentados (Barret es la última incorporación al Tribunal Supremo). Otros como Treanor (2009) lo critican como método, pues a su juicio la Constitución de EUA no se aprobó con la mentalidad del textualismo (que vincula el significado al texto), sino con una idea más abierta de la interpretación.

⁴³ No obstante, como el legislador no puede prever qué significarán en el futuro las palabras que usa, el textualismo recomienda interpretar los textos históricos dando un significado acorde con los tiempos a los términos que refieren realidades muy dinámicas, como la tecnología, por entender que ese es su significado propio (y no ya el que su autor preferiría que recibiese). Scalia y Garner (2012: 85) alertan contra «la caricatura del originalismo como una doctrina que haría imposible aplicar un texto legal a tecnologías que no existían cuando el texto fue creado»; y admiten que los términos legales cambien de significado: así, los «electores» que forman los jurados según una ley de 1887 incluyen ahora a las mujeres pese a que en 1887 no tenían derecho de voto (p. 89).

jueces darles un nuevo significado, en vez de entenderlos como los dispuso el propio poder constituyente o legislativo.⁴⁴

Ahora bien, la respuesta originalista a la pregunta formulada antes es discutible, porque el derecho no cumple bien su función de ordenación social si permanece estático mientras la sociedad cambia. Las normas perderían la autoridad que reciben del legislador si no se adaptasen a las situaciones nuevas que este no pudo prever. Por eso hay teorías de la interpretación jurídica dinámicas o evolutivas; y nada impide al textualismo ser una de ellas.⁴⁵ La tesis del textualismo evolutivo podría ser que el derecho legislado es el significado público de los textos legales en cada ocasión en que se interpreta, en tanto que confirmados tácitamente por el legislador del momento. Esta tesis asume una concepción dinámica del legislador y de su autoridad: el derecho vigente vale porque lo autoriza el legislador presente. Opera la ficción de que el legislador actual es la fuente de toda la legislación en vigor, sea cual fuere el momento de su redacción, pues la respalda y le extiende su autoridad mientras no la derogue o modifique. Siendo así, en esta (inusual) versión del textualismo el significado de los textos legales que debe tomarse como derecho es el que tienen públicamente en el momento en que son aplicables.⁴⁶

5. La semántica textualista

La idea expuesta de que el textualismo defiende interpretar los preceptos legales conforme a su significado público es una simplificación.⁴⁷ Por lo pronto, la noción de «significado público» cabe

⁴⁴ Scalia (1997: 43): «los Padres Fundadores tenían razón cuando pensaron que algunas generaciones futuras (en su visión erradas) podrán querer abandonar las libertades que ellos consideraban esenciales, y por tanto trataron de proteger esas libertades en una Declaración de Derechos». Este argumento de paternalismo constitucional es para Posner (2008: 345) «pragmático» (en el sentido de utilitarista o pragmatista).

⁴⁵ Brest (1980: 208) admite la posibilidad de una versión del textualismo que incorpore «cambios *evolutivos* en el significado de una disposición», y añade «que un intérprete *originalista* rechazaría» tales cambios. Desde luego, un textualismo receptivo al cambio semántico no sería originalista, pero nada le exige serlo. Dworkin (1997: 119) propone su distinción entre intención semántica y de expectativas (ver la nota 28 *supra*) como estrategia originalista para actualizar el derecho: el objetivo no es obtener los resultados que el legislador esperaba, sino respetar lo que dijo. Por ejemplo, el constituyente de EUA tal vez esperaba que se mantuviese la segregación racial en las escuelas, pero hay que entender que al hablar en la Constitución de «protección de las leyes por igual» estableció «un principio general de moralidad política que (hacia 1954 ya estaba claro) condena la segregación racial».

⁴⁶ Es decir, según el textualismo no originalista, la ley debe interpretarse con el significado público que tenía cuando sucedieron los hechos a los que se aplica, no con el que tiene al interpretarla (para no darle contenido retroactivo), ni con el que tenía al promulgarla (para no darle contenido obsoleto). Pero si la versión originalista admite cierta evolución semántica para adaptar el derecho a los cambios tecnológicos, la versión dinámica también necesita algún ajuste para evitar aplicaciones del derecho anacrónicas, dado que la ficción de que el legislador autoriza en todo momento la legislación vigente, con su significado actual, es al fin y al cabo solo una ficción. No obstante, según Collins (2011), el debate originalismo/evolución en el seno del textualismo se funda en un error semántico, porque el significado del texto legal no puede ser otro que el que determinan las prácticas actuales.

⁴⁷ Perry (2011: 108) advierte que algunos textualistas confunden el textualismo de significado y el de concepción. Según el primero (plausible, a su juicio), el contenido de la disposición lo determina el significado que tenían sus palabras cuando se promulgó o ratificó,

entenderla de varias maneras. En la medida en que los textualistas discrepan entre sí sobre cuál es el significado relevante para declarar el contenido de una disposición, hay variantes del textualismo también por este motivo. Con todo, la tesis nuclear viene a ser la misma: hay que atribuir a los textos legales el significado que les dan o darían normalmente los destinatarios conocedores de la lengua en la que están redactados. Este significado es al que se llama *público*, porque es producto de la comunidad lingüística y accesible a cualquier observador atento. Se conoce también como *significado común* [*ordinary meaning*] o *normal*, por ser el más extendido y previsible. Algunos lo llaman el *significado claro* [*plain meaning*], pero la connotación de que es un significado transparente y no problemático es inoportuna, porque a menudo es discutible –y fuente de pleitos– cuál es el significado normal.⁴⁸ Se le llama también significado *convencional*, en cuanto que es una creación social que surge de una práctica y depende de ella (es contingente); pero no porque esté vinculado rígidamente a una convención de coordinación.⁴⁹ Pero la idea de *significado normal según los destinatarios competentes* es todavía muy rudimentaria. Requiere al menos precisar quiénes son los destinatarios cuyo criterio lingüístico es determinante y cómo se distingue qué significados son normales o comunes para ellos.

La comunidad lingüística relevante son los destinatarios de la norma competentes en el idioma en que se formula. El supuesto de base es que las normas jurídicas se dirigen a todos los que deben ajustar su conducta a ellas, y que el uso lingüístico que comparten en general estos destinatarios es el que importa para interpretarlas y darles contenido. Pero esa regla básica se supedita a otra especial, según la cual las normas técnicas se dirigen a los juristas y a otros expertos que manejan lenguajes técnicos, y son estos expertos y sus códigos lingüísticos propios los que determinan el significado jurídico de las disposiciones en tales casos. Ambos tipos de lenguaje, el generalizado y el de especialidad, son públicos y comunes en la acepción que da el textualismo a estas nociones; pero son distintos y pueden fundamentar respuestas diferentes.⁵⁰

con la acepción –en caso de ambigüedad– que querían darle quienes la promulgaron y que asumieron quienes la ratificaron. Según el segundo (inviabile), su contenido lo determinan las concepciones que quienes promulgaron el texto tenían acerca los fenómenos y los estados que refiere, entendido como se entiende comúnmente (por ejemplo, las concepciones sobre qué tipo de castigo es *cruel*).

⁴⁸ Hay textualistas como Easterbrook (1994: 67) para quienes la noción de «significado claro» es «tonta» [*silly*].

⁴⁹ Manning (2003: 2392-93): resume que el textualista moderno «pregunta cómo leería el texto en su contexto una persona razonable familiarizada con las convenciones sociales y lingüísticas relevantes». Según Fish (2007: 1110), «en el fondo, el textualismo originalista del tipo de Scalia identifica el significado con la convención».

⁵⁰ El textualismo no finge que su método da soluciones unívocas, y la discrecionalidad del intérprete para decidir si el lenguaje de un precepto es o no técnico es una de las causas de indeterminación que ha de admitir.

En cuanto a lo que ha de considerarse significado normal o anormal, el textualismo los discrimina típicamente guiándose por el juicio de los expertos en el lenguaje acerca de cuál es el uso lingüístico habitual. En lo que atañe al lenguaje cotidiano, la autoridad experta de referencia suelen ser los lexicógrafos y la fuente principal de información los diccionarios,⁵¹ aunque últimamente se abre paso también recurrir a corpus de léxico y otros métodos empíricos que documentan la frecuencia de uso.⁵² También operan las intuiciones del intérprete sobre qué significados son admisibles y comunes, pues quien es competente en una lengua suele creerse suficientemente experto en ella para hacer esos juicios (una creencia muchas veces errada).⁵³ En lo que atañe al lenguaje técnico, la autoridad experta es con frecuencia el propio intérprete, máxime cuando los juristas interpretan leyes de su propia área de especialidad; pero también pueden serlo peritos en la materia a cuyo criterio el intérprete decide deferir el suyo.

Con todo, la cuestión semántica más interesante en el seno del textualismo es dar el peso adecuado a los aspectos pragmáticos y contextuales del significado. Quizás el textualismo original tenía una confianza ingenua en la competencia general para reconocer en los textos significados claros derivados de las convenciones lingüísticas. Se postulaba un tipo de interpretación que en la doctrina española se

⁵¹ Slocum (2015) insiste en que la competencia para identificar el significado común no la tiene el hablante común cuyos usos lingüísticos crean ese significado, sino hablantes expertos; y vincula dicha tesis al textualismo: «Como sugiere la descripción de Scalia y Garner, el intérprete idealizado es claramente más sofisticado lingüísticamente que la persona común cuyo juicio se mide» (p. 105); «el proceso de interpretación jurídica en su mayor parte tiene poco que ver con las tesis de la persona común, incluso cuando la determinación del significado común que hace el intérprete es consistente con lo que pensaría una persona común» (p. 106). Slocum (2019: 23) repite lo mismo. Slocum (2015: 215, *passim*) reprocha al textualismo su confianza excesiva en las definiciones de diccionario, que recogen significados posibles más que comunes y no captan fuentes del significado común que son pragmáticas. Eskridge (2013: 534) advierte que los diccionarios a menudo permiten escoger entre interpretaciones. Con una perspectiva más favorable al textualismo, también Solan (1997) reclamaba basar la interpretación menos en los diccionarios y más «en nuestro conocimiento cotidiano de cómo se usan las palabras» (p. 237). Solan (2005) insiste en recomendar al textualismo un enfoque «enriquecido» que tenga en cuenta la influencia del contexto para comprender el lenguaje, sin por ello ceder en su defensa de un proceso de decisión judicial reglado (p. 2029).

⁵² Slocum (2015: 234) relata experimentos que revelan la inconsistencia de las clasificaciones lingüísticas cuando no se pregunta por ejemplares prototípicos (por ejemplo, al clasificar las alfombras o los cuadros como “muebles”), y advierte que no hay razón para fiarse de la intuición judicial para determinar cuáles son las más comunes. Por eso recomienda (p. 243) que los jueces consulten en un corpus de léxico en lugar de confiar en su “sentido común”. También Macleod (2019) presenta ejemplos de estudios experimentales para determinar el significado común de expresiones legales causales como «debido a» o «como resultado de» y defiende su utilidad para interpretarlas. Con una perspectiva diferente, sin embargo, Vermeule (2005) alerta contra una estrategia textualista maximalista que no pone límites a la investigación del significado común, y recomienda en su lugar estrategias de optimización o de satisfacción más comedidas, que limiten esa pesquisa con un sentido práctico.

⁵³ Sunstein (2020) argumenta que en los textos jurídicos –pone varios ejemplos– hay casos de ambigüedad sin un significado público único susceptible de una interpretación textualista pacífica; y que, así como podemos ver tanto un conejo como un pato en la famosa “ilusión” de la figura ambigua, en algunos textos legales los jueces pueden leer cosas diferentes, por lo que es engañoso afirmar que perciben *que* son una cierta cosa cuando simplemente los percibimos *como* esa cosa. Efectivamente, pero también hay recursos objetivos para atribuir significados. La discrecionalidad al identificar los significados comunes ciertamente existe, pero la tesis textualista es que la semántica de los lenguajes es más restrictiva y menos manipulable que los criterios de intención, finalidad, justificación o utilidad que otras teorías interpretativas proponen como guía para conocer el derecho escrito.

llama *literal*, estrechamente vinculada a los diccionarios, que presuponía que los significados están codificados y se repiten –sin por ello desconocer la polisemia y el cambio semántico– y cualquiera puede captarlos en un texto tal como los captó su autor. Esta idea, quizá más atribuida que sostenida, desacreditó con razón la tesis proto-textualista, porque es sabido que los significados de las oraciones dependen del contexto en que se usan, de modo que para interpretar un texto no basta con aplicar convenciones. Pero el textualismo actual acepta que atribuir significado requiere procesar información que no recogen los diccionarios ni las gramáticas, porque la aportan las circunstancias concretas en que se redactan e interpretan los textos y depende de los conocimientos y las expectativas de quienes intervienen en esos procesos lingüísticos.

Ahora bien, aceptado esto, el textualismo todavía debate qué peso que debe dar a esa información contextual para declarar el significado jurídico, y en qué medida el contexto puede alterar el significado codificado que producen las convenciones y se refleja en los diccionarios. En este punto, el llamado «nuevo textualismo» abrió la vía para reconocer a los factores contextuales o pragmáticos una contribución decisiva, y no meramente complementaria o arbitral, para configurar el significado. Sin embargo todavía hay textualistas reticentes a reemplazar la información del diccionario por consideraciones pragmáticas, que suelen ser mucho más especulativas y susceptibles de ser malinterpretadas. De ahí la variedad en las tesis semánticas textualistas, que van desde entender la ley por su contenido explícito, limitando el rol del contexto a resolver ambigüedades e identificar las referencias, hasta incluir en lo que *dice* la ley las inferencias lingüísticas que sus intérpretes pueden hacer justificadamente dados sus conocimientos del lenguaje y del mundo.⁵⁴

⁵⁴ La división del textualismo al computar la pragmática como factor del significado público la exhibió bien el Tribunal Supremo (EUA) en el asunto *Smith v. United States* (1993), habitualmente esgrimido por el *nuevo textualismo* para ilustrar las diferencias entre dar sentido cabal al texto y hacer una lectura literal mecánica y antinatural. El caso trató sobre un precepto que imponía una pena de prisión añadida a quien «durante o en relación con» un delito de violencia o de tráfico de drogas «use o porte un arma de fuego [*uses or carries a firearm*]». El recurrente había sido condenado con dicha agravante por ofrecer un subfusil MAC-10 a cambio de cocaína a un policía encubierto; y alegaba que esa ley solo era aplicable en casos de uso *como arma*. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, en una votación 6-3. Scalia redactó la opinión de la minoría, que incluía esta observación: «Cuando alguien pregunta “¿Usas bastón?” no está preguntando si tienes el bastón de puño de plata de tu abuelo exhibido en el vestíbulo; quiere saber si *caminas* con un bastón. De manera similar, hablar de “usar un arma de fuego” es hablar de usarla para su finalidad distintiva, esto es, como un arma». La mayoría, en cambio, consideró que la ley no excluía usos de armas distintos del más propio de ellas, como también se puede usar un bastón para golpear. Por lo que conozco, los filósofos y lingüistas familiarizados con la pragmática tienden a estar más de acuerdo con Scalia. Por ejemplo, Neale (2007) observa que, así como “Está lloviendo” incluye en su significado un constituyente inarticulado de localización, porque no llueve en abstracto, sino en algún lugar (Reikiavik, en su caso), análogamente «use un arma de fuego» incluye en su significado algún uso, pues un arma de fuego no puede usarse en abstracto, sino únicamente para algo o como algo. Y Soames (2010: 413 ss.) señala que si bien «use un arma de fuego» tiene en la ley su significado común, que no excluye usos distintos de como un arma, ese no es el contenido de la ley, y el tribunal debió «inferir *qué enunció el Congreso* a partir del contenido semántico incompleto» que ella proporcionaba. Según Soames, todo el tribunal

El principal reto del textualismo es contar con una teoría semántica que permita confiar en que el intérprete del texto legal declara lo que este dice. Sobre esto habría mucho que discutir, pero no hay ya lugar para hacerlo aquí.⁵⁵ El textualismo sintoniza bien con una tesis semántica convencionalista, que entiende los significados lingüísticos como ideas generadas en una práctica social y compartidas con mayor o menor precisión por los miembros de una comunidad. Hay significados públicos y comunes justamente porque resultan de prácticas seguidas. La comunidad semántica es tenue y el significado de muchos términos y expresiones se comparte tan solo en acepciones paradigmáticas, pero la comunicación lingüística es un hecho que solo se explica porque hay códigos semánticos respetados generalmente y transmisibles.⁵⁶ Y estos códigos, a su vez, son la base a la que se añaden, ya sea por enriquecimiento inconsciente o por inferencia consciente, nuevas capas de significados provenientes del conocimiento previo de quienes participan en el diálogo y del contexto en que este se produce. La dificultad de desentrañar estas capas de significado y determinar cuál es la jurídicamente relevante es, en definitiva, la principal dificultad del textualismo.⁵⁷

Un caso reciente del Tribunal Supremo de EUA ha puesto de manifiesto la tensión interna del textualismo y recordarlo me parece una buena manera de ir acabando este artículo. En *Bostock v. Clayton County* (2020) se discutió si la Ley de derechos civiles de 1964 –que hizo ilegal que un

confundió los significados común y jurídico, pero al determinar este con «contenido suplido pragmáticamente» hay que dar la razón a Scalia y entender que el Congreso enunciaba que se añadiese una pena a los delitos en los que fuese usada un arma de fuego como arma.

⁵⁵ Slocum (2015) hace un detallado repaso de las dificultades y estrategias para determinar el significado común de los textos legales, como fuente por defecto de su contenido jurídico. Aunque no aboga por el textualismo como tal, su estudio presenta una base teórica plausible para sostenerlo.

⁵⁶ Sin embargo, nada impide fundamentar el textualismo en una teoría semántica diferente, que explica los significados de las palabras por las realidades que refieren y no por las ideas que evocan convencionalmente. Esta alternativa, entonces, es una nueva causa potencial de tensión y de variantes en el seno del textualismo, si bien parece que el enfoque más asentado es el convencionalista. Sobre esta cuestión trata Marmor (2013), que es escéptico sobre la posibilidad de aplicar en la interpretación constitucional la semántica referencialista defendida por Putnam para las clases naturales. Marmor y muchos otros discuten el caso *Nix v. Hedden*, de 1893, donde el Tribunal Supremo decidió aplicar a los tomates una tasa sobre las hortalizas [*vegetables*], porque lo son «en el lenguaje común de la gente», pese a que botánicamente son frutas. Soames (2010: 408) defiende la decisión porque el contenido del derecho es lo que el texto legal transmite.

⁵⁷ Un claro ejemplo de esta dificultad lo ofrece el caso *Ali v. Federal Bureau of Prisons* (2008), del Tribunal Supremo de EUA, relativo a una ley que exceptuaba de responsabilidad civil la retención de bienes realizada por «cualquier agente de aduanas o impuestos especiales o cualquier otro agente de la ley» [*any officer of customs or excise or any other law enforcement officer*]. Se cuestionaba si esta excepción era aplicable a un funcionario de prisiones o si el contexto lleva a entender que «cualquier otro agente de la ley» refiere únicamente a agentes relacionados con aduanas. Aunque prevaleció la primera opción con el voto de textualistas como Scalia, la segunda lectura también es defendible por un textualismo basado en el uso lingüístico común (ver Slocum 2015: 164). Al fin y al cabo, «cualquier» se usa a menudo con un significado implícitamente más restringido que el que tiene la palabra en el diccionario. Por ejemplo, el propio Tribunal Supremo de EUA en *Small v. United States* (2005) decidió que la prohibición legal de poseer armas de fuego a «cualquier persona [...] condenada en cualquier tribunal [...] por un delito castigado con pena de prisión superior a un año» no era aplicable a un condenado por un tribunal japonés. En este caso, la mayoría (contra la opinión de Scalia y otros) estimó que «cualquier» no es *cualquiera*.

empleador despida o discrimine a un individuo «por [*because of*] la raza, el color, la religión, el sexo o el origen nacional de dicho individuo»—, prohibía despedir a un trabajador por ser homosexual o transgénero. El Tribunal decidió afirmativamente con una mayoría de seis miembros; y lo interesante aquí es que tanto en ella como en los tres votos discrepantes pesaron los argumentos textualistas.⁵⁸ El Tribunal declara que interpreta las leyes «conforme al significado público común de sus términos en el momento de su promulgación», y aplica este criterio para indagar los significados que tenían en 1964 los términos legales dudosos. Entiende que discriminar por el sexo es diferenciar en el trato con base en la distinción biológica masculino/femenino, con independencia de que el empleador tenga o alegue otros motivos; y concluye: «Cuando un empleador despide a un empleado por ser homosexual o transgénero, necesariamente discrimina intencionadamente contra ese individuo en parte debido al sexo». Su razonamiento es que ese empleador aplica «reglas basadas en el sexo»: pretende penalizar a los empleados por estar atraídos por personas de su mismo sexo, incluso aunque ignore o no le importe el sexo al que pertenecen. Según los votos particulares, en cambio, no se justifica aplicar la Ley de 1964 a una discriminación por causa de orientación sexual o identidad de género, porque esta se entendía entonces como un concepto distinto de la discriminación por sexo, como también ahora; y consideran que el fallo del Tribunal en realidad legisla (y que la nueva norma tiene implicaciones problemáticas en el deporte o los vestuarios).

Habrà quien piense que el debate expuesto no es semántico, sino ideológico; pero no creo que desmerecer la importancia del problema semántico sea de ayuda. Cualquiera que sea el fundamento del textualismo como método de interpretación jurídica, para ser útil necesita ofrecer una estrategia transparente para determinar el significado público de las disposiciones legales, y no un conjunto de estrategias dispares y contradictorias. El enfrentamiento textualista en *Bostock v. Clayton County* no llega a desacreditar esa doctrina, pero enseña su punto más débil y llama la atención sobre la urgencia

⁵⁸ Grove (2020) discute detalladamente la diversidad metodológica del textualismo tal como se puso de manifiesto en *Bostock v. Clayton County*. Según su análisis, el «textualismo formalista» representado por el fallo del Tribunal, centrado en el «contexto semántico», es preferible al «textualismo flexible» de los votos particulares, más dispuesto a dar sentido al texto con consideraciones del «contexto social» (p. 267; pp. 279 y ss.). A su juicio, el textualismo que acepta tener en cuenta el trasfondo del texto se asemeja al finalismo y pierde sus virtudes originales.

de reforzar su filosofía del lenguaje y sus bases semánticas y pragmáticas si quiere mantener su influencia.⁵⁹

6. Conclusión

El textualismo es una metodología de conocimiento del derecho mediante sus fuentes escritas, y una teoría de la interpretación de estas, basada al menos en estas premisas: *a*) el derecho que la autoridad jurídica comunica en textos es fundamentalmente el contenido normativo de esos textos (y no la motivación, razón o finalidad por las que se crearon) y se conoce por ellos; y *b*) el contenido de tales textos es su significado público, es decir, lo que sería común entender por ellos en el contexto apropiado (incluido el técnico-jurídico), reconocido por expertos. De la solidez de esas premisas, entonces, depende la justificación del textualismo como método. Pienso que lo dicho enseña que esas premisas son fundadas, y que el textualismo es un buen método interpretativo, siempre que (*a*) la autoridad normativa (el legislador, el testador...) tenga suficiente competencia lingüística para comunicar su voluntad por escrito; y (*b*) el intérprete aplique una teoría semántica solvente. Otra cosa distinta es que sea un método justificado moralmente y pueda satisfacer la responsabilidad del intérprete. Para ello es preciso también que la autoridad normativa sea legítima y que el derecho que crea merezca ser obedecido y aplicado. Por eso el textualismo solo es una metodología de interpretación adecuada para un derecho legislado legítimo.

⁵⁹ Es incierto qué posición hubiese adoptado Scalia en *Bostock v. Clayton County*, pero sospecho que discreparía junto con la minoría. Scalia rechazó el formalismo y el literalismo estricto en la interpretación textual, y en alguna sentencia defendió entender las palabras por su uso habitual en el contexto (ver nota 54 *supra*); pero en otras ocasiones prefirió tomar las palabras por su significado primario, descontextualizado (ver nota 57 *supra*). Considérese *Bond v. United States* (2014), donde el Tribunal Supremo de EUA falló que la prohibición legal de poseer o usar «cualquier arma química», promulgada para implementar la convención internacional sobre armas químicas, no era aplicable a una mujer que había espolvoreado una sustancia química tóxica en el coche, el buzón y el pomo de la puerta de la vivienda de otra mujer para provocarle picaduras molestas, pese a que la sustancia encajaba formalmente en la definición legal de «arma química» (en síntesis: un producto químico tóxico no destinado a propósitos pacíficos permitidos). El Tribunal adujo que un hablante normal no describiría el episodio como uso de «arma química». Scalia y otros dos magistrados rechazaron este argumento (aunque aprobaron el fallo por razones de inconstitucionalidad de la ley), porque según ellos el encaje lingüístico era claro.

Grove (2020: 290) reprocha la interpretación «flexible» adoptada por la mayoría en *Bond v. United States*, por atender a consideraciones sociales y políticas (ver la nota anterior); pero a mi juicio la mayoría simplemente tuvo en cuenta el significado público de la noción legal de «arma química», cuya extensión es mucho más reducida que lo que tolera su significado literal. El textualismo no necesita recurrir a criterios sociales o políticos para dar al concepto legal de «arma química» el significado que todo el mundo le da. Y el hecho de que los dos magistrados que compartieron con Scalia la interpretación literal en *Bond v. United States* fuesen en *Bostock v. Clayton County* parte de la minoría que insistió en dar a *discriminación por sexo* su significado normal no literal en la época, aparte de sugerir qué opinaría Scalia en este último caso, indica que la división de Grove entre los textualismos «formalista» y «flexible» no es ni nítida ni predictiva; y que la resolución del conflicto entre ellos no puede confiarse a argumentos ideológicos, sino que ha de buscarse en la filosofía del lenguaje y la lingüística.

Dicho de otro modo, cuando se asume o no se pone en cuestión la legitimidad y la autoridad del derecho legislado, el método textualista para declarar ese derecho es defendible siempre y cuando su fundamento teórico semántico permita confiar en que su adscripción de significado a los textos legales es en efecto, y no ya en la teoría, el significado que les atribuyen normalmente sus destinatarios. La certeza y la publicidad del derecho, que son los méritos exhibidos por el textualismo en su debate con otras teorías interpretativas, dependen de que haya adscripciones semánticas pacíficas. Para ser más relevante, el textualismo deberá resolver su tensión interna entre quienes entienden por significado público de la ley el que se reconoce aplicando las convenciones lingüísticas más generalizadas, y en particular las que reflejan los diccionarios, y quienes admiten que también puede ser público el significado enriquecido o modulado pragmáticamente.

7. Bibliografía

- BARAK, A.; *Purposive interpretation in law* (trad. de S. Bashi), Princeton, Princeton University Press, 2005.
- BARRET, A. y NAGLE, J. C.; “Congressional Originalism”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 19, 2016, pp. 1-44.
- BASSHAM, G. y OAKLEY, I.; “New Textualism: The Potholes Ahead”, *Ratio Juris*, 28(1), 2015, pp. 127-148.
- BORK, R. H.; “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, *Indiana Law Journal*, 47(1), 1971, pp. 1-35.
- BORK, R. H.; *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York: Macmillan, 1990.
- BREST, P.; “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, *Boston University Law Review*, 60(2), 1980, pp. 204-238.
- COLLINS, J. M.; “Why the Debate Between Originalists and Evolutionists Rests on a Semantic Mistake”, *Law and Philosophy*, 30(6), 2011, pp. 645-684.
- DWORKIN, R.; “Comment”, en A. SCALIA et. al., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997, pp. 115-127.
- DWORKIN, R.; *Justice for hedgehogs*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011. Hay trad. de H. Pons: *Justicia para erizos*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- EASTERBROOK, F. H.; “Textualism and the Dead Hand”, *George Washington Law Review*, 66(5-6), 1998, pp. 1119-1126.
- EKINS, R.; *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- ESKRIDGE, W. N., Jr. y FRICKEY, P. P.; “Statutory Interpretation as Practical Reasoning”, *Stanford Law Review*, 42(2), 1989-1990, pp. 321-384.
- ESKRIDGE, W. N., Jr.; “The New Textualism”, *UCLA Law Review*, 37(4), 1990, pp. 621-692.
- ESKRIDGE, W. N., Jr.; “No Frills Textualism”, *Harvard Law Review* 119(7), 2006, pp. 2041-2075.
- ESKRIDGE, W. N., Jr.; “The New Textualism and Normative Canons”, *Columbia Law Review*, 113, 2013, pp. 531-592.
- FALLON, R. H.; “Three Symmetries Between Textualist and Purposivist Theories of Statutory Interpretation”, *Cornell Law Review*, 99, 2014, pp. 685-734.
- FISH, S.; “There is no Textualist Position”, *San Diego Law Review*, 42, 2005, 629-650.
- FRANKFURTER, F.; “Some Reflections on the Reading of Statutes”, *Columbia Law Review*, 47, 1947, pp. 527-546.
- FRICKEY, P. P.; “From the Big Sleep to the Big Heat: The Revival of Theory in Statutory Interpretation”, *Minnesota Law Review*, 77, 1992, pp. 241-267.
- GLUCK, A. R.; “The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism”, *Yale Law Journal*, 119(8), 2010, pp. 1750-1862.
- GLUCK, A. R.; “Justice Scalia’s Unfinished Business in Statutory Interpretation: Where Textualism’s Formalism Gave Up”, *Notre Dame Law Review*, 92(5), 2017, pp. 2053-2076.
- GROVE, T. L.; “Which Textualism?”, *Harvard Law Review*, 134, 2020, pp. 265-307.
- HOLMES, O. W.; “The Theory of Legal Interpretation”, *Harvard Law Review*, 12(6), 1899, pp. 417-420.
- ISMAY, D. y BROWN, M. A.; “The Not so New Textualism: A Critique of John Manning’s Second Generation Textualism”, *Journal of Law and Politics*, 31(2), 2015, pp. 187-235.

- JELLUM, L. D.; “But That Is Absurd! Why Specific Absurdity Undermines Textualism”, *Brooklyn Law Review*, 73(3), 2011, pp. 917-939.
- JONES, T. W.; “Textualism and Legal Process Theory: Alternative Approaches to Statutory Interpretation”, *Notre Dame Journal of Legislation*, 26(1), 2000, pp. 45-69.
- KAY, R. S.; “Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses”, *Northwestern University Law Review*, 82(2), 1988, pp. 226-292.
- KAY, R. S.; “Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation”, *Northwestern University Law Review*, 103(2), 2009, pp. 703-726.
- MACLEOD, J.; “Ordinary Causation: A Study in Experimental Statutory Interpretation”, *Indiana Law Journal*, 94 (2019), pp. 957-1029.
- MALOT, J. T., “The Rise and Fall of Textualism”, *Columbia Law Review*, 106(1), 2006, pp. 1-69.
- MANNING, J. F.; “Textualism as a Nondelegation Doctrine”, *Columbia Law Review*, 97, 1997, pp. 673-739.
- MANNING, J. F.; “The Absurdity Doctrine”, *Harvard Law Review*, 116(8), 2003, pp. 3387-2486.
- MANNING, J. F.; “Textualism and Legislative Intent”, *Virginia Law Review*, 91(2), 2005, pp. 419-450.
- MANNING, J. F.; “What Divides Textualists from Purposivists?”, *Columbia Law Review*, 106(1), 2006, pp. 70-111.
- MANNING, J. F.; “Statutory Pragmatism and Constitutional Structure”, *Harvard Law Review*, 120(5), 2007, pp. 1161-1174.
- MANNING, J. F.; “Second Generation Textualism”, *California Law Review*, 99, 2010, pp. 1287-1318.
- MANNING, J. F.; “Justice Scalia and the Idea of Judicial Restraint”, *Michigan Law Review*, 115, 2017, pp. 747-782.
- MARMOR, A.; “The Immorality of Textualism”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 38, 2005, pp. 2063-2079.
- MARMOR, A.; “Meaning and Belief in Constitutional Interpretation”, *Fordham Law Review*, 82(2), 2013, pp. 577-596.
- MARMOR, A.; *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- MOORE, M. S.; “The Various Relations between Law and Morality in Contemporary Legal Philosophy”, *Ratio Juris*, 25(4), 2012, pp. 435-471.
- MOLOT, J. T.; “The Rise and Fall of Textualism”, *Columbia Law Review*, 106(1), 2006, pp. 1-69.
- NEALE, S.; “On Location”, en M. O’ROURKE y C. WASHINGTON (eds.), *Situating Semantics*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 2007, pp. 251-393.
- NELSON, C.; “What is Textualism?”, *Virginia Law Review*, 91, 2005, pp. 347-418.
- NOU, J.; “Regulatory Textualism”, *Duke Law Journal*, 65, 2015, pp. 81-150.
- PERRY, J.; “Textualism and the Discovery of Rights”, en A. MARMOR y S. SOAMES (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 105-129.
- POSNER, R. A.; “Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution”, *Case Western Reserve Law Review*, 37(2), 1986-87, pp. 179-217.
- POSNER, R. A.; *How Judges Think*, Cambridge (Mass.) y Londres, Harvard University Press, 2008. Hay trad. de V. Roca: *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- RAZ, J.; *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

- RODRÍGUEZ-TOUBES, J.; “Pasado y futuro en la argumentación jurídica”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 23, 2011, pp. 523-535.
- RODRÍGUEZ-TOUBES, J.; “Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 30, 2014, pp. 309-339.
- RODRÍGUEZ-TOUBES, J.; “La excepción del absurdo en la interpretación de la ley”, en J. A. GARCÍA AMADO y J.A. SENDÍN MATEOS (dirs.), *Argumentación jurídica y conflictos de derechos*, Valencia, Tirant lo blanch y Universidad de Salamanca, 2021, pp. 289-317.
- SCALIA, A.; “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws” y “Response”, en A. GUTTMANN (ed.), *A Matter of Interpretation : Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press, 1997, pp. 3-47 y 129-148.
- SCALIA, A.; “Law & Language”, *First Things*, nov. 2005.
- SCALIA, A. y GARNER, B.A.; *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul (Minn.): Thomson/West, 2012.
- SIEGEL, J. R.; “The Inexorable Radicalization of Textualism”, *University of Pennsylvania Law Review*, 158, 2009, pp. 117-178.
- SLOCUM, B. G.; *Ordinary Meaning: A Theory of the Most Fundamental Principle of Legal Interpretation*, Chicago, University of Chicago Press, 2015.
- SLOCUM, B. G.; “Ordinary Meaning and Empiricism”, *Statute Law Review*, 40(1), 2019, pp. 13-24.
- SOAMES, S.; *Philosophical Essays*, vol. 1. *Natural Language : What it Means and How We Use it*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2010.
- SOLAN, L. M.; “Learning Our Limits: The Decline of Textualism in Statutory Cases”, *Wisconsin Law Review*, 1997, pp. 235-283.
- SOLAN, L. M.; “The New Textualists’ New Text”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 38, 2005, pp. 2027-2062.
- SOLAN, L. M.; “Opportunistic Textualism”, *University of Pennsylvania. Law Review*, 158, 2010, pp. 225-234.
- SUNSTEIN, C.; “Textualism and the Duck-Rabbit Illusion”, *California Law Review*, 11, 2020, pp. 463-478.
- SUNSTEIN, C. y VERMEULE, A.; “Interpretation and Institutions”, *Michigan Law Review*, 101(4), 2003, pp. 885-951.
- TREANOR, W. M.; “Against Textualism”, *Northwestern University Law Review*, 103(2), 2009, pp. 983-1006.
- VERMEULE, A.; “Interpretive Choice”, *New York University Law Review*, 75, 2000, pp. 74-149.
- VERMEULE, A.; “Three Strategies of Interpretation”, *San Diego Law Review*, 42, 2005, pp. 607-628.