

Un catálogo de intenciones legislativas*

A catalogue of legislative intentions

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz
Facultad de Derecho
Universidade de Santiago de Compostela
ORCID: 0000-0003-0969-8647

Fecha de recepción 31/12/2023 | De aceptación: 24/04/2024 | De publicación: 15/06/2024

RESUMEN

Según la doctrina subjetiva, el significado y el contenido de las disposiciones jurídicas depende de la intención legislativa que las creó. Este método es discutible por varias razones, entre ellas la dificultad de identificar las intenciones legislativas que tienen relevancia para la interpretación. Un aspecto de la dificultad es que en una disposición pueden confluír muchas intenciones diferentes. El objeto del trabajo es catalogar y discutir una serie de intenciones legislativas potenciales cuya respectiva importancia ha de determinar la doctrina subjetiva. Esta diversidad de intenciones se debe tanto a su procedencia como a su contenido y alcance. El trabajo examina de quién pueden ser las intenciones legislativas y a continuación cuáles pueden ser.

PALABRAS CLAVE

Intención legislativa; doctrina subjetiva; interpretación jurídica

ABSTRACT

The subjective doctrine holds that the meaning and content of legal provisions depend on the legislative intent that created them. This method is debatable for several reasons, among them the difficulty of identifying the legislative intentions that have relevance for interpretation. One aspect of this difficulty is that many different intentions may converge in one provision. The object of the paper is to catalogue and discuss some potential legislative intentions whose respective importance must be determined by the subjective doctrine. This diversity of intentions is due both to their source and to their content and scope. The paper examines whom legislative intentions belong to and which content they might have.

KEY WORDS

Legislative intent; subjective doctrine; legal interpretation

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

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿De quién es la intención legislativa relevante?; 2.1. Intenciones sucesivas y finales; 2.2. Intenciones originales y posteriores; 2.3. Intenciones efectivas e ideales; 2.4. Intenciones individuales y colectivas; 2.4.1. Intenciones (colectivas) agregadas e integradas; 2.4.2. Intenciones (colectivas) recurrentes y cíclicas; 2.4.3. Intenciones (colectivas) representativas y de la mayoría; 2.4.4. Intenciones (individuales) influyentes y anónimas; 2.4.5. Intenciones (individuales) positivas y negativas. 3. ¿Cuál es la intención legislativa relevante?; 3.1. Intenciones subjetivas y objetivas; 3.2. Intenciones comunicativas y teleológicas; 3.2.1. Intenciones (comunicativas) de comprensión y de precisión; 3.2.2. Intenciones (comunicativas) atributivas y referenciales; 3.2.3. Intenciones (teleológicas) jurídicas y extrajurídicas; 3.3. Intenciones formales y materiales; 3.4. Intenciones sustantivas e interpretativas; 3.5. Intenciones primarias y secundarias; 3.6. Intenciones reales y presuntas; 3.6.1. Intenciones (reales) conscientes e inconscientes; 3.6.2. Intenciones (reales) manifiestas y encubiertas; 3.6.3. Intenciones (presuntas) objetivas y subjetivas; 3.6.4. Intenciones (presuntas) intuidas y contrafácticas; 3.7. Intenciones sobre expectativas y sobre esperanzas; 3.8. Intenciones abstractas y concretas; 3.8.1. Intenciones inmediatas y ulteriores; 3.8.2. Intenciones generales y específicas; 3.8.3. Intenciones sobre fines y sobre medios. 4. Conclusiones. 5. Referencias.

1. Introducción

En la teoría de la interpretación jurídica se conoce como *doctrina subjetiva* la tesis metodológica que pone como objetivo al interpretar textos normativos determinar la intención con que se emitieron y atribuirles un significado acorde con ella. La tesis presupone que el significado y el contenido prescriptivo de tales textos dependen de la intención normativa que les dio existencia y autoridad. Los textos jurídicos aptos para tal método incluyen contratos y testamentos, pero la aplicación más polémica e interesante se refiere a las disposiciones de carácter general que forman la *ley* en sentido amplio. Según la doctrina subjetiva, interpretar estas disposiciones legales es atribuirles el significado y el contenido pretendido por sus autores y responsables, lo cual requiere reconocer esa intención legislativa. Pero la *intención legislativa* es un concepto controvertido, como también la posibilidad de reconocerla. Este artículo examina el carácter multifacético de la intención legislativa. Esta propiedad es conocida y central en las críticas de la doctrina subjetiva, pero creo útil exponerla sistemáticamente catalogando las diversas versiones de la intención legislativa disponibles para dicha doctrina. Estas versiones serán discutidas, pero en general no haré pronunciamientos a favor de una u otra, porque mi objetivo no es elegir entre ellas, sino mostrar una debilidad de la doctrina subjetiva que la pone en evidencia. En otro trabajo (Rodríguez-Toubes Muñiz 2023) ya objeté esta doctrina por su fundamento y por otros problemas.

Para tratar las intenciones legislativas habría que indagar antes qué es la intención, pero esa pregunta atrae discusiones muy complejas de filosofía de la acción y de la mente que no son el objeto de este trabajo, así que la presentación será superficial. La palabra *intención* significa básicamente «determinación de la voluntad en orden a un fin» (primera acepción del *Diccionario de la lengua*

española). En la filosofía de la acción es célebre el análisis de Anscombe, para quien las expresiones de intención y las acciones intencionales son inseparables de la expectativa de justificación, representada en la pregunta *¿por qué?*: son intencionales «las acciones a las se aplica determinado sentido de la pregunta “¿Por qué?”», aquél cuya respuesta son razones para actuar (ibid., p. 9). Para ella, «una expresión de intención es una descripción de algo futuro donde el hablante es algún tipo de agente, cuya descripción justifica (si la justifica) con razones para actuar [...], no con pruebas de que es verdad» (Anscombe, 1957, p. 6).¹ En este marco explicativo, diríamos que una ley es una expresión de intención por cuanto en ella el legislador describe explícita e implícitamente eventos que a su juicio deberían darse y para los que da o podría dar razones. Estos eventos son acciones que los destinatarios de la ley deben realizar y estados de cosas deseables que tales acciones deberían provocar. El legislador es agente de tales eventos al motivar las acciones que deberían causar los efectos deseados. El legislador describe explícitamente lo que quiere que hagan los destinatarios y muestra implícitamente lo que quiere conseguir con ello, y de ambas maneras expresa su intención de que se hagan realidad las acciones futuras descritas y los fines perseguidos con ellas. En la terminología de Searle (1975, p. 346), las leyes, como actos de habla intencionales, tienen una «dirección de ajuste» mundo-a-palabra: describen estados de cosas que deberían darse.

Anscombe (1957, p. 89) también observa que todo acto intencional es voluntario, pero lo voluntario no siempre es intencional: no lo es cuando la pregunta *¿por qué?* es improcedente (caso de los efectos no queridos pero previsibles), ni cuando la respuesta es que la acción fue irreflexiva. Según esto, el legislador tiene intenciones solo cuando actúa *para* algo y tiene sentido preguntarle por sus razones. Al indagar las intenciones de un agente son relevantes los efectos que persigue y no las causas que le hicieron actuar. Pero esta disociación es problemática, porque lo que causa la acción puede ser a la vez la razón para actuar. Así, un legislador puede actuar motivado por obediencia a su partido y a la vez por esa razón. Inversamente, cuando alguien actúa por una causa, ese objetivo es a menudo también su motivación.²

¹ Me aparto de la traducción publicada (Anscombe, 1991, pp. 47-48) y en vez de «en la cual» traduzco «donde» para mantener la ambigüedad original del pronombre relativo (*in which*), cuyo referente no es a mi juicio la descripción sino el evento futuro. La idea sería que el hablante es agente del evento futuro, no de su descripción.

² Que en español actuar *por una causa* sea actuar para lograr un efecto muestra la ambigüedad de la palabra *causa*, que en esa expresión refiere una meta futura y no un punto de partida. En las intenciones legislativas importan más las causas promovidas que las causas motoras, pero en la práctica pueden confundirse.

Las concepciones sobre la *intención legislativa* son tan diversas, como veremos, que es cuestionable que haya sobre ella un concepto compartido. Dworkin (1985, p. 39) sugiere como concepto «los propósitos y creencias que estaban en algún sentido “en la mente” de cierto grupo de personas que estuvieron de algún modo conectados con la adopción» de un precepto dado. Pero eso es una concepción, porque otras disocian las intenciones legislativas de los estados mentales, como veremos.

Lo que sigue es un catálogo de las variadas intenciones legislativas que la doctrina subjetiva puede tener en cuenta al interpretar las disposiciones, clasificadas según quién sea el sujeto cuyas intenciones le importan (§ 2) y según cuáles de tales intenciones le importan (§ 3).

2. ¿De quién es la intención legislativa relevante?

Cuando se invoca la intención legislativa como guía para interpretar una disposición jurídica se presupone que tal disposición es responsabilidad de uno o de varios agentes intencionales. Pues bien, preguntarse sobre la naturaleza del agente legislador cuyas intenciones importan en la interpretación sugiere ya criterios para catalogarlas. Esos agentes relevantes pueden ser personas físicas o no, muchos o pocos, momentáneos o no, etc. La doctrina subjetiva ha de precisar cómo ha de contribuir una persona o un grupo en la elaboración de la ley para considerarla *legislador* y tener en cuenta sus intenciones al interpretarla. Es habitual entre los defensores de la doctrina subjetiva usar expresiones impersonales para no concretar el sujeto de la intención legislativa, por ejemplo diciendo que comprender una ley requiere entender la finalidad que «se pretendía» alcanzar con ella. Esta solución es justificable como recurso para mantener los problemas bajo control y abordarlos por orden, pero identificar el sujeto de las intenciones legislativas es un problema que la doctrina subjetiva ha de tratar en algún momento.

2.1. Intenciones sucesivas y finales

Un aspecto de la pregunta por el grado de participación en el proceso legislativo que han de tener los agentes para que (según la doctrina subjetiva) haya que computar sus intenciones se refiere al momento de su participación. La duda es si cuenta solo la intervención de los agentes en algún acto final específico decisivo y las intenciones *finales* que tienen entonces o cuentan también las intenciones *sucesivas* que los agentes tienen y manifiestan a lo largo del proceso legislativo en sus intervenciones desde que se redacta el primer borrador hasta la aprobación final.

Una respuesta frecuente entre los teóricos intencionalistas es que importa sobre todo o exclusivamente quien aprueba el texto definitivo objeto de promulgación. Así, según Ekins (2012, p. 21), «son

legisladores las personas que hicieron derecho la ley y solo la acción intencional de esas personas puede constituir el acto de legislación». A su juicio, las intenciones de otras personas que influyeron en la decisión final decaen una vez tiene lugar esta, porque solo cuenta como intención legislativa la que introduce la disposición en el ordenamiento jurídico. En puridad esta restricción podría llevar a atribuir la intención legislativa al responsable de promulgar la disposición (el rey en el caso del artículo 91 CE), pero nadie lo hace. La intención de promulgar la ley por quien tiene esa competencia importa para que adquiera validez y efectos, pero no incide en su contenido y nadie le da peso al interpretarla. Ahora bien, la referencia a quienes aprobaron el texto definitivo requiere concreción en el caso de órganos colectivos, como veremos (§ 2.4).

No todos los teóricos vinculan la intención legislativa relevante con la voluntad final que aprueba el texto definitivo. Aunque la responsabilidad de la ley sea en último término de quienes la aprueban, su contenido suele ser fruto en gran parte de otras personas que contribuyeron a su redacción, incluso antes y fuera de su tramitación en el órgano legislativo. Estas intenciones *sucesivas* que inciden al conformarse la ley pueden tener más impacto en su texto que las que lo adoptan finalmente, en cuyo caso también deberían pesar más al interpretarlo. Por eso algunos autores identifican la intención legislativa con las intenciones de quienes impulsaron la disposición y redactaron su texto original. Así, preguntándose por lo que significa *el legislador*, dice Ekelöf (1958, p. 90): «Claramente no es la autoridad (por ejemplo un parlamento o un monarca) que ha adoptado o promulgado la ley, sino las personas que podrían describirse como sus redactores u “originadores”». Algunos recomiendan guiarse especialmente por la intención de los miembros más influyentes de los órganos legislativos (ver *infra* §2.4.4). Los juristas que indagan las intenciones legislativas en preámbulos y exposiciones de motivos de las leyes se guían también en cierto modo por las ideas de sus redactores originales, que el texto final suele mantener.

Para quienes la intención decisiva es la del legislador final, por otra parte, no suele ser problemático identificarlo: es la persona o el órgano que aprobó la disposición interpretada. Y cuando una disposición es contradictoria con otra, cuenta la intención legislativa subyacente a la que prevalece jurídicamente y es aplicable al caso. Pero en ocasiones surge un problema también al determinar la intención final.³

³ Un caso así se presenta en el artículo 16.c) de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que tiene dos redacciones distintas dadas respectivamente por la Ley 3/2023 y la Ley 4/2023, con fechas de publicación y entrada en vigor idénticas. Una versión del artículo considera infracción grave discriminar en el acceso al empleo por motivos de salud y la otra no menciona la salud. Cuál sea la intención legislativa en este caso es un misterio.

2.2. Intenciones originales y posteriores

Cuando los juristas hablan de intención legislativa la asocian al agente responsable del texto legal, pero con perspectiva histórica este puede entenderse de dos maneras. Puede ser el agente originalmente responsable de la disposición, digamos el órgano que la aprobó. O puede ser el agente responsable de la disposición cuando esta es interpretada (el que la mantiene en vigor pudiendo derogarla o modificarla) o uno que reguló su interpretación. Según esto, habría unas intenciones legislativas *originales*, previas a la promulgación, que son de las que normalmente habla la doctrina subjetiva, y otras *posteriores*, más próximas a la interpretación. Cuando una disposición ha estado vigente mucho tiempo, la doctrina subjetiva ha de resolver si ha de atender al legislador original o al que después la interpretó o la conserva.⁴

La doctrina subjetiva es típicamente originalista y suele postular que la legislación ha de ser interpretada tal como fue concebida, porque es su autor quien le confiere su significado y su autoridad. Se argumenta por un lado que el texto legal tiene el significado que quiso darle quien lo creó (autoridad lingüística) y por otro lado que su contenido prescriptivo lo determina quien tenía legitimidad o competencia reconocida para crearla (autoridad política y jurídica). Para Ekins (2012, p. 22), «las intenciones de los legisladores sucesivos son irrelevantes», porque sus omisiones no son actos legislativos: para que haya intención legislativa «los legisladores deben actuar conjuntamente para cambiar el derecho». En principio parece justificado negar importancia interpretativa a las intenciones sobre la ley de un legislador que no es responsable de ella ni se ha pronunciado sobre ella. Pero habría que aplicar el mismo reparo a las intenciones contrafácticas del legislador original sobre aspectos del alcance de la ley acerca de los que no se pronunció. Sin embargo, ni Ekins ni muchos otros defensores de la doctrina subjetiva se oponen a reconstruir las intenciones no explicitadas por el legislador original, como veremos.

Además hay un problema práctico cuando la intención legislativa mostrada en una ley es incongruente con la de otra ley vigente que no deroga ni modifica. Las normas jurídicas derogan las anteriores de igual o inferior rango incompatibles con ellas (si no lo impiden razones de especialidad o competencia), pero la incompatibilidad se aprecia si sus prescripciones son inconciliables, no si sus intenciones se oponen. Por ejemplo, las leyes que favorecen la producción de vino y la cultura asociada a su consumo no derogan

⁴ Lo plantea Dworkin (1986, pp. 318-319): «Una ley debe su existencia no solo a la decisión que se tomó al promulgarla sino también a la decisión posterior de otras personas de no modificarla o derogarla». Y aunque mantenerla no sea una decisión deliberada, «puede reflejar una comprensión común acerca del sentido y consecuencias detalladas de una ley que es diferente de la comprensión de los legisladores que la promulgaron».

las que gravan su venta con impuestos especiales, ni las que impulsan campañas contra el consumo de alcohol, pese a que sus intenciones divergen. Cuando se da una situación así (legislación posterior con intenciones incongruentes), no es trivial para la doctrina subjetiva resolver si deben primar las intenciones del legislador original o las que ha manifestado otro legislador más reciente.

Algunos juristas defienden interpretar la ley conforme a la voluntad del legislador contemporáneo, lo cual es una manera de actualizar su contenido al presente. Es el caso de Perelman ([1972] 2019, p. 161): «yo sugiero que el juez tiene que buscar la voluntad del legislador y tiene que entender por tal no la del legislador que votó la ley, sobre todo si se trata de una ley antigua, sino la del legislador actual». La intención legislativa actual es casi siempre inexpresa y ha de presumirse, pero en ocasiones el intérprete puede conocerla con gran certeza. Sucede así cuando hay que interpretar una ley recién modificada o a punto de serlo, en cuyo caso puede asumirse como intención legislativa actual para el conjunto de la ley la que expresa la modificación legislativa reciente.

La estrategia de actualizar el contenido de la ley invocando la intención legislativa actual no es habitual. Es más frecuente remitirse a la intención original suponiéndole a ella la voluntad de adaptar la ley a las circunstancias sobrevenidas. El resultado es una intención contrafáctica del legislador histórico, al que se le atribuye una intención sobre la interpretación futura de su disposición (ver *infra* § 3.6.4).

Otra intención legislativa posterior es la manifiesta en leyes que interpretan otras. A veces un legislador se pronuncia sobre el significado de leyes previas, asumiendo responsabilidad sobre ellas. En estos supuestos de interpretación legal o *auténtica* (como se la llama) es discutible si la intención relevante para interpretar la ley es la de su responsable original o la del legislador que la interpreta posteriormente.⁵

2.3. Intenciones efectivas e ideales

A veces la doctrina subjetiva incluye entre las intenciones legislativas pretensiones que no se corresponden con las intenciones efectivas de nadie, sino que se atribuyen a un legislador ideal. Las

⁵ Un ejemplo de esto es la interpretación del artículo 52 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, según el cual los derechos conferidos por la patente no se extienden a «los actos realizados con fines experimentales que se refieran al objeto de la invención patentada». Este artículo fue modificado en 2006 y esa excepción pasó a ser: «los actos realizados con fines experimentales que se refieran al objeto de la invención patentada, en particular los estudios y ensayos realizados para la autorización de medicamentos genéricos [...]». El cambio legal de 2006 propició la tesis de que en la ley de 1986 la excepción de fines experimentales ya incluía la de ensayos de medicamentos genéricos, como era intención del legislador de 2006. Pero el Tribunal Supremo no lo entendió así en su sentencia de 30.06.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3527]. La actual Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, separó en letras distintas de su artículo 61 las excepciones de fines experimentales y de ensayos de medicamentos, adoptando la tesis del Tribunal Supremo (como admite su Exposición de Motivos).

intenciones ideales son un tipo de las intenciones *presuntas* que trataré luego (§3.6), referidas a un legislador inexistente. Se presentan como las intenciones que tendría un legislador racional o razonable y que guían al intérprete en los casos difíciles.

2.4. Intenciones individuales y colectivas

Algunas disposiciones jurídicas (como una Orden ministerial) son responsabilidad de una única persona y en teoría pueden interpretarse teniendo en cuenta lo que esa persona pretendía con ellas. Pero otras disposiciones tienen varios responsables y es discutible que haya tras ellas una *intención legislativa* y quién pueda ser su sujeto. A veces se pone como objeción a la doctrina subjetiva que un colectivo no puede tener intenciones porque no posee una mente capaz de formarlas.⁶ Es una objeción débil, pues atribuimos intenciones a grupos constantemente sin por ello suponerles ninguna mente propia. Como observó Kay (1988, p. 245), cuando una pareja decide a quién invita a su fiesta, «parece perfectamente apropiado decir que tienen “una intención” sobre quiénes serán sus invitados». Y si atribuimos a una pareja una intención común sin presuponer que tiene una mente propia, también podemos hacerlo con un órgano legislativo colegiado.⁷ Ahora bien, no es lo mismo atribuir intenciones a una pareja o a un consejo de ministros con ideas homogéneas que a un órgano legislativo formado por cientos de personas con intereses dispares, como los parlamentos actuales.⁸ En el último caso se agudiza el reto de identificar el sujeto de las intenciones relevantes.

A veces se sugiere que para que un órgano legislativo tenga una intención común han de compartirla todos sus miembros, lo cual raramente sucede al aprobar leyes. La doctrina subjetiva responde que en realidad no pensamos así habitualmente, sino que reconocemos intenciones comunes sin exigir unidad de criterio. Solan (2005, p. 438) afirma que «podemos hablar y hablamos de intención de una unidad

⁶ Hurd (1995, p. 421) se burla de las «contorsiones» de algunos teóricos del derecho que, apoyándose en unos pocos psicólogos que atribuyen experiencias psicológicas a las masas, declaran que los grupos pueden poseer intenciones de la misma manera que los individuos; y replica que para sostenerlo «tendrían que explicar cómo los grupos pueden tener mentes distintas de las de sus miembros individuales».

⁷ Algo parecido dice Solan (2005, p. 449): «Por tanto, cuando los jueces hablan de intención legislativa y atribuyen razones al legislador como si fuese un único individuo con una mente propia, simplemente están haciendo lo que hacemos todos cuando hablamos de grupos deliberativos». También lo apunta Nourse (2016, p. 136): «Parafraseando al científico Alan Turing, preguntar si los ordenadores piensan está fuera de lugar; las máquinas no tienen mentes, ni tampoco el Parlamento. La única cuestión importante es “cómo” deciden».

⁸ Observa Tarello que la doctrina subjetiva pierde utilidad «cuando el *iter* y los procedimientos de formación de los documentos legislativos son demasiado complejos y participan demasiadas personas en demasiados sucesivos momentos»; especialmente cuando «participan portadores de diversos y conflictuales intereses, voluntades y pretensiones, arribando estos sujetos a una solución de compromiso no ya sobre la norma sino sobre la fórmula, esto es sobre el *enunciado* normativo, y precisamente gracias a su susceptibilidad de ser interpretado en sentidos diversos y conflictuales»; en estos casos «se produce en sustancia una delegación de poder normativo a los operadores de la interpretación» (Tarello, [1980] 2013, p. 329).

formada por más de una persona, aunque no todas las personas en esa unidad compartan esa intención». Apoya esta idea en argumentos y ejemplos de Gilbert: si Mario y Adela son un matrimonio que decide donde pasar sus vacaciones, tomamos su decisión como un plan conjunto de ambos aunque sepamos que fue Adela quien preparó el plan y Mario se limitó a aceptarlo, porque Mario «se comprometió, como miembro de la pareja, a los planes que hizo Adela en su nombre». Solan también se apoya en argumentos de Bratman para sostener que no es necesario que el grupo haga planes detallados, ni que tenga un propósito común, para considerar que actúa con una intención común. Por ejemplo, tal vez Mario aceptó el destino de vacaciones por sus montañas y Adela por sus anticuarios, pero decimos igual que decidieron el destino juntos. Solan también cita investigaciones de psicólogos sobre la atribución de intencionalidad a grupos, según las cuales la percepción de que el grupo delibera y actúa conjuntamente hace más probable atribuir sus acciones a la intención común. Para Solan, las asambleas legislativas son un prototipo de estos grupos: «Esto explica por qué resulta tan fácil hablar de intención legislativa» (Solan 2005, p. 444). Estas intuiciones me parecen innegables, y por eso débil la objeción escéptica.

Ekins dedica un libro a argumentar «que hay buenas razones para que el legislador forme y actúe con intenciones, y que puede hacerlo y que esas intenciones constituyan la intención legislativa»; la cual es «central en cómo se deberían interpretar las leyes que promulga el legislador» (Ekins, 2012, pp. 9, *passim*). Según él, las asambleas legislativas pueden tener intención siendo «una asociación cuyos miembros actúan por algún fin común», con un «plan común de acción adoptado por todos los miembros del grupo a ese fin», el cual «surge de las intenciones interconectadas de los miembros del grupo, pero no se reduce a la intención de uno o más miembros individuales», y puede hacerse complejo cuando el grupo «actúa con una serie de intenciones sobrepuestas en el tiempo» (*ibid.*, p. 10). No hace falta compartir su descripción optimista de la acción legislativa para admitir que una asamblea, incluso numerosa, puede trazar un plan con una intención común, sobre todo si dispone de los mecanismos institucionales adecuados.⁹

2.4.1. Intenciones (colectivas) agregadas e integradas

Al dilucidar en qué consisten las intenciones de un agente normativo pluripersonal, preguntaremos si se trata de un *agregado* de las intenciones particulares de todos o algunos de los miembros del grupo o, en

⁹ También Pettit (2002) defiende que los colectivos integrados son sujetos intencionales y que deben ser tratados como «personas institucionales».

cambio, una intención unitaria del grupo fruto de la *integración* de las intenciones de sus miembros. Como es implausible que un ente normativo actúe intencionalmente sin la intervención de seres humanos, como observa Raz (2009, p. 281), parecería que las intenciones normativas no son del ente, sino de sus miembros humanos. Para algunos autores, pues, los sujetos de las intenciones legislativas son personas individuales. Así Cross (2022) defiende una teoría de la intención legislativa «desagregada» en una colección de individuos. Pero explicar las intenciones del grupo como una suma de intenciones particulares de sus miembros no resuelve el problema de la intención legislativa colectiva, porque requiere aclarar en qué consiste actuar en grupo. Una aclaración típica es que actúa en grupo quien tiene la intención de que el grupo actúe como tal y está dispuesto a facilitararlo. Pero esta explicación es circular, como apunta Sánchez Brigido (2009, p. 307), porque precisamente queremos entender qué significa que un grupo actúe como tal. Además, para que un grupo actúe ni siquiera es necesario que sus miembros tengan intención de que lo haga: puede bastar que contribuyan por otros motivos ajenos al grupo; y los grupos actúan a veces sin que sus miembros compartan la intención de realizar la acción (*ibidem*). Esto último impide sostener que actuar en grupo involucra una base común de conocimiento o creencias.

En todo caso, la noción de actuar en grupo es intuitiva y es plausible que tenga explicación convincente. Para Sánchez Brigido (2009), la clave está en la intención de participar en un acto colectivo del modo que a cada uno le corresponda. Aplicada esta idea al derecho, sugiere que podemos hablar de la intención de instituciones porque sus miembros perciben que, debido a su pertenencia, tienen el deber de evaluar su conducta y la de otros miembros con arreglo a las normas comunes. Según Ekins (2012, p. 57 y ss.), hay un acto de grupo cuando sus miembros forman intenciones interconectadas para adoptar un plan, pero no es necesario que todos compartan las mismas intenciones sobre el plan: «El acto de grupo está constituido por el razonamiento y la acción de los miembros del grupo, pero el acto, y la intención del grupo que lo define, también están separadas de ese razonamiento» (*ibid.*, p. 62). En el caso central todos los miembros del grupo comparten su propósito definitivo, pero no es imprescindible (*ibid.*, p. 66).

2.4.2. Intenciones (colectivas) recurrentes y cíclicas

Cuando hay que interpretar una ley según las intenciones de un legislador plural que agrega preferencias individuales en una decisión común, surge la pregunta de cómo reconocer la intención legislativa colectiva. La teoría de la elección pública pone en cuestión la utilidad de interpretar las disposiciones de autoría colectiva con base en las preferencias e intenciones que se ponen de manifiesto en el texto finalmente acordado. Un argumento crítico se basa en la paradoja descrita en 1785 por el Marqués de

Condorcet, según la cual las elecciones en una sucesión de alternativas que hace un conjunto de electores con preferencias transitivas pueden tener un resultado no transitivo y cambiante dependiendo del orden de votación. Supongamos que se somete a votación si el factor principal para conceder becas de estudio debe ser la renta familiar (R), el expediente académico (E) o el origen territorial (O) de los solicitantes. Los legisladores expresan sus preferencias en tres grupos: el 1º con 100 miembros, el 2º con 90 miembros y el 3º con 50 miembros. El 1º prima R sobre E y E sobre O. El 2º prima E sobre O y O sobre R. El 3º prima O sobre R y R sobre E. En este supuesto, la asamblea prefiere mayoritariamente R a E (150 votos), E a O (190 votos) y O a R (140 votos), de modo que su preferencia colectiva no es transitiva. Esto resulta paradójico, porque si la asamblea prefiere R a E y E a O, debería preferir R a O.

En casos como el ejemplo anterior, el orden de las votaciones es decisivo para el resultado. Entonces, el resultado puede deberse más a la intención de quien dispone dicho orden de votación que a la intención de la mayoría de los votantes. Por tanto, en casos así la intención legislativa de la asamblea, expresada en una serie de votaciones, no es recurrente, estable y transitiva, sino cíclica, cambiante e intransitiva. En el ejemplo, si se decide la opción preferida por la mayoría escogiendo primero R o E y después entre la opción ganadora (R) y O, la decisión será O, pese a ser esta la primera opción de solo una minoría. Parece extraño decir en tal caso que la intención de los votantes fue que al conceder becas de estudio se dé prioridad al origen de los solicitantes.

Para afrontar esta paradoja cabe argumentar que la intención legislativa se refiere al texto legal finalmente adoptado, que hay que suponer que la mayoría acepta. Esto es, el problema de la elección colectiva con votaciones sucesivas entre alternativas se corrige en la práctica legislativa porque la decisión última no resulta sin más de la secuencia de votaciones preparatorias de la votación final, sino que se toma cuando la mayoría aprueba efectivamente el texto. En el ejemplo propuesto, para decidir por ley que el criterio preferente para conceder becas sea el origen de los solicitantes (O) no basta que resulte así de ciclos de votación en la comisión redactora, sino que es preciso que la mayoría de la asamblea apruebe el texto final con la regla. Y esto requiere la aprobación o aquiescencia de alguno de los dos grupos mayoritarios, que no la darán si su prioridad es otro criterio. Ahora bien, este argumento teórico no funciona si quienes participan en la votación final de la ley no son conscientes del texto sobre el que se pronuncian y se limitan a aceptar o rechazar la idea que se han formado de él en el proceso de elaboración (o a obedecer instrucciones). Es posible que la mayoría apruebe el texto final confiada en que el criterio elegido es el preferido por la mayoría, sin comprobarlo.

Por lo demás, el problema de los ciclos también se plantea en la toma de decisiones individuales, y sin embargo nadie duda de que los individuos tienen intenciones que afectan a sus decisiones y a cómo ellas deben ser interpretadas. En mi ejemplo, un sujeto puede pensar que para becar a estudiantes es razonable tener en cuenta a la vez su mérito individual (que ordena su preferencia $E > R > O$), sus oportunidades socioeconómicas ($R > O > E$) y su diversidad ($O > R > E$). Así las cosas, este sujeto no tiene una intención clara (o carece de ella) sobre qué criterio es razonable, porque prefiere E a R y a la vez R a E .

El escepticismo sobre la existencia de una intención colectiva legislativa susceptible de guiar la interpretación de la ley también encuentra apoyo en el teorema de Arrow, según el cual dado un grupo de personas que eligen entre alternativas sobre las que tienen preferencias individuales, no hay ningún método capaz de establecer un orden de preferencia colectivo cumpliendo ciertas condiciones razonables, como no excluir preferencias individuales, respetar la preferencias unánimes, no reducir la preferencia colectiva a la de un individuo y establecer la preferencia entre alternativas sin que unas condicionen a otras. Shepsle (1992) lo esgrime para afirmar que carece de sentido la idea de una intención colectiva mayoritaria, pues ningún procedimiento de elección colectiva puede garantizar decisiones coherentes con las preferencias de los electores. Aunque las preferencias individuales sean coherentes, las mayoritarias pueden no serlo y cambian cíclicamente en función de las alternativas sometidas a elección.¹⁰ Y si la implicación del teorema de Arrow es que no existe la intención legislativa, «entonces las discusiones sobre el tipo de fuentes relevantes para discernirla carecen de objeto» (ibid., p. 249).

2.4.3. Intenciones (colectivas) representativas y de la mayoría

Quienes defienden que la intención legislativa colectiva es una noción inteligible como agregado de intenciones particulares no se refieren siempre a las intenciones reales (psicológicas) de los legisladores individuales, sino a veces a una construcción intelectual que supuestamente recoge la sustancia de tales intenciones particulares. Dworkin (1985, p. 47) proponía distinguir en las intenciones colectivas de un grupo legislador la «intención de la mayoría» y una «intención representativa» que amalgama las intenciones individuales y es parecida a ellas, pero no se identifica con ninguna. Por ejemplo, Brink (2001, p. 30) sugiere que para entender las «intenciones corporativas» de individuos que crean derecho actuando conjuntamente importa su «propósito subyacente», lo cual no requiere indagar la psicología e

¹⁰ Shepsle (1992, p. 244) señala además que las mayorías son coyunturales y pueden deberse a factores circunstanciales. En general, es difícil «distinguir entre lo que quieren los legisladores y lo que han preordenado los diversos elementos procedimentales» (ibid., p. 248).

intenciones de tales individuos, sino la «*estructura intelectual o explicativa* de la ley», los fines y las razones que subyacen a su adopción. Brink hace una analogía oportuna: igual que explicamos la conducta de una persona por las razones y los objetivos que le suponemos a la vista de su trayectoria, y no solo por sus declaraciones, lo mismo podemos hacer con los agentes colectivos (ibid., p. 31).

La opción de identificar la intención legislativa con la preferencia mayoritaria de los legisladores se adapta bien al diseño institucional de la elaboración y aprobación de leyes, pero no tanto a las prácticas reales de participación (MacCallum 1966, p. 778); y es rechazada por algunos intencionalistas. Escribe Ekins (2012, p. 52): «La mayoría no tiene autoridad para legislar por sí sola. Es un error basarse en la importancia del voto mayoritario durante el proceso legislativo para establecer que la mayoría tiene autoridad legislativa de manera que las intenciones compartidas entre sus miembros cuentan como la intención legislativa. Los legisladores que forman la mayoría no tienen autoridad para hacer derecho». También Duxbury (2012, p. 114): «Quienes promulgan la legislación no son las mayorías en las asambleas legislativas, sino las asambleas legislativas usando el voto de la mayoría (y otros procedimientos de decisión). El voto mayoritario determina lo que legisla la asamblea legislativa, pero esto no significa que la mayoría legisla por la asamblea legislativa».

2.4.4. Intenciones (individuales) influyentes y anónimas

También es discutido si todos los miembros que cuentan al formar la intención de una asamblea legislativa o de un órgano colegiado, sea cuales sean, contribuyen a ella por igual o unos más que otros. Hay legisladores más activos e influyentes que otros al impulsar las leyes y podría pensarse que sus ideas pesan más en las intenciones legislativas que las de quienes se limitan a emitir su voto. En este sentido, Dworkin (1985, p. 43) preguntaba si para interpretar la Constitución con base en las intenciones de sus autores eran más importantes quienes más hablaron en los debates. Algunos autores sugieren que la intención legislativa que realmente importa para interpretar una ley es la de quienes la impulsaron o contribuyeron efectivamente a redactarla, y en particular la comisión parlamentaria que la debatió y configuró. Es el caso de Solan, para quien forma parte del procedimiento legislativo formal, habitual y público que el legislador confíe a comisiones desarrollar los detalles de la legislación y «no cumple ninguna función democrática hacer que los tribunales pretendan otra cosa y pasen por alto este aspecto del procedimiento legislativo» (Solan 2005, p. 446). A su juicio es razonable reconocer como intenciones legislativas las manifestadas por quienes influyeron más al crear la norma, y quienes participan

pasivamente no pueden quejarse de ello (Solan 2005, p. 449).¹¹ También Pérez Bermejo (2023, p. 300) admite que la intención legislativa puede conocerse por las opiniones que «hayan recaudado consenso o mayoría» en las comisiones técnicas redactoras del texto inicial y en las que «ostenten una posición más elevada en el gobierno o la administración».

La cuestión de si las comisiones parlamentarias o algunas personas significativas pueden ser consideradas agentes del legislador a efectos de interpretar su intención la discute MacCallum (1966, pp. 780-784), que expone la fragilidad de ese modelo. Por lo pronto, para aceptar al agente como representante tendríamos que saber cómo identificar las intenciones del representado, lo cual deja el problema original sin resolver. Y tomar los actos y los juicios del agente como si fueran los de su representado no es menos ficticio que presumir la intención del legislador (considerando además que tanto la asamblea legislativa como sus comisiones son órganos colectivos). En cambio, MacPherson (2010, p. 18) se muestra más receptivo a tomar las intenciones de un subgrupo que legisla por encargo del cuerpo legislativo como representativas de las intenciones de este. Pero en general suele haber prevención hacia tomar las declaraciones aisladas de los legisladores como indicativas de la intención legislativa colectiva. Atribuir más peso a las intenciones de algunos legisladores no implica aceptar que sus manifestaciones de intención representan automáticamente las de todos. Según aclara Solan (2005, pp. 447-448), «lo más probable es que las observaciones aisladas de legisladores individuales no reflejen ni siquiera la intención del subgrupo y la mayoría de las veces no prueban nada». Según esta cautela, para que las muestras de intención de unos miembros prominentes del grupo cuenten como representativas de este, es preciso que «los indicios de intención estén ligados a lo que los miembros del cuerpo legislativo considerarían legítimamente constitutivo de la formación de los detalles de la ley» (Solan 2005, p. 448).

Frente a quienes conceden mayor relevancia interpretativa a las intenciones de los miembros más influyentes del grupo que a las demás, otros autores se inclinan por homogeneizarlas y ponen el foco en las intenciones anónimas del legislador medio. Es el caso de Farber y Frickey (1988, p. 436): «Si la

¹¹ Tomando el ejemplo del acuerdo entre Adela y Mario sobre su destino de vacaciones, Solan invita a suponer que la pareja se pierde de camino a su destino y Adela pregunta por un pueblo con muchos anticuarios. Para Solan, Mario tiene que aceptar que la pregunta se haga por la planificación de Adela, pues él no hizo ninguna: «Si Mario y Adela quieren llevar a cabo su intención conjunta, los detalles que faltan tendrán que venir de mirar las intenciones de quien se preocupó de desarrollar esos detalles» (Solan 2005, p. 440). Las implicaciones de esta idea no me parecen intuitivas. Pienso que si Mario aceptó el destino vacacional por sus montañas, su pasividad ante la planificación de Adela no basta para hacer que el plan conjunto principal sea visitar anticuarios, e interpretar que es así sería engañarse. El plan conjunto de la pareja es el destino y los detalles acordados por ambos, no el destino tal como lo configura en su mente el miembro más activo.

aplicación de la disposición a una situación dada es ambigua, la información acerca de las preferencias de voto puede ayudar a decidir qué intención imputar al legislador. La teoría de la elección pública sugiere que la legislación representa el resultado preferido por el legislador medio. Dadas dos interpretaciones posibles de la disposición, una puede parecer mucho más próxima que la otra a esta posición media. Un tribunal puede entonces decir con cierta confianza que si se hubiesen propuesto al voto ambas interpretaciones, habría ganado la más próxima a las ideas del legislador medio».

2.4.5 Intenciones (individuales) positivas y negativas

Cuando los miembros de un órgano legislativo colegiado toman una decisión algunos tienen y expresan una intención *positiva* hacia el acuerdo adoptado y lo apoyan, pero otros pueden tener y expresar una intención *negativa*, de rechazo. Entonces otra pregunta para la doctrina subjetiva es cómo computan al interpretar una disposición las intenciones negativas de los legisladores que la objetaron y quizá votaron en contra de aprobarla. Algunos autores excluyen de la figura del *legislador* a quienes participaron en la aprobación de la disposición oponiéndose a ella. Así, para Kay (1988, p. 248), «solo son relevantes las intenciones de quienes votaron a favor de la disposición constitucional en cuestión». En cambio, Ekins (2012) y otros creen que la aprobación por un órgano colegiado es un acto colectivo donde cuenta la intención del conjunto y no la de una porción aunque sea mayoritaria.

3. ¿Cuál es la intención legislativa relevante?

Los agentes que constituyen el *legislador* y son los sujetos de la intención legislativa pueden actuar con más de una intención e incluso con intenciones contradictorias, por lo cual la doctrina subjetiva que exige interpretar la legislación respetando la intención con que se produjo debe precisar cuál de las intenciones que pueden concurrir es la relevante para la interpretación. Este es un reto de difícil satisfacción y un escollo para la doctrina subjetiva, donde queda atascada o naufraga. En lo que sigue expondré una serie de intenciones legislativas alternativas que pueden confluir en una misma disposición y cuya relevancia interpretativa ha de calibrar la doctrina subjetiva. Por simplicidad he optado de nuevo por catalogar estas intenciones en parejas. Por supuesto, mi tipología no es exhaustiva.¹²

¹² Como observó Marmor (2005, p. 127), toda clasificación de intenciones «es necesariamente limitada y parcial, porque las posibilidades de situar las líneas divisorias son casi infinitas». Por ejemplo, MacCallum (1966, p. 756) enumera siete posibles objetos de la intención legislativa de un legislador individual: la promulgación de la disposición, la disposición promulgada, el texto de la disposición, el significado del texto, la interpretación que ha de recibir este, el objetivo general perseguido con la promulgación y el objetivo para sí mismo perseguido con dicha promulgación.

3.1. Intenciones subjetivas y objetivas

La primera distinción que quiero tratar despeja una confusión. A veces se incluye en el concepto de *intención legislativa* el propósito de la ley, los fines a cuya consecución se dirige. Otras veces se distinguen esos términos y se proponen criterios para usarlos de manera diferenciada.¹³ Pero esto es complicado, porque las palabras *intención*, *pretensión*, *finalidad*, *propósito* y otras son semánticamente muy próximas, tanto en español como en muchas traducciones, y es difícil compartimentar su uso. Algún autor llega a distinguir entre intención legislativa subjetiva y objetiva, identificando esta con la finalidad o el propósito general de la ley o del sistema jurídico.¹⁴

Creo que merece la pena hacer una distinción conceptual y terminológica entre las *intenciones* o *pretensiones* subjetivas de los legisladores y los *fines* o *propósitos* perseguidos aparentes o manifiestos de la legislación. Que normalmente los fines de una disposición son los pretendidos al aprobarla no impide distinguir la finalidad objetiva de la norma de la intención subjetiva con que se creó. Pues bien, la doctrina subjetiva vincula la interpretación de las disposiciones a las intenciones subjetivas de sus autores. Aunque cabe llamar intención objetiva de una ley a su propósito claro, creo preferible llamarlo *finalidad*, que es lo que la doctrina objetiva teleológica asocia con la interpretación. Las intenciones que trata este trabajo son las subjetivas.

3.2.1. Intenciones comunicativas y teleológicas

Una importante distinción entre las intenciones legislativas separa las relativas a los significados transmitidos, llamadas intenciones *comunicativas* (también *semánticas* o incluso *locutivas*), de las relativas a los efectos pretendidos, que llamo intenciones *teleológicas* o también *consecuencialistas*.¹⁵

¹³ Según Dickerson (1975, p. 224), «los juristas tienden a identificar la finalidad [*purpose*] legislativa inmediata con la “intención [*intent*] legislativa” y a reservar el término “finalidad legislativa” para cualquier finalidad más amplia o remota (“ulterior”)». Para Wright (2006, pp. 991-992), la intención [*intent*] legislativa es el mensaje que quien escribió el texto «espera comunicar por medio de las palabras elegidas» y la finalidad [*purpose*] es «lo que un legislador imagina o espera que cambiará en el mundo mediante la promulgación de la ley».

¹⁴ Según Barak (2005, p. 120) hay una intención *subjetiva*, que es «la intención real del autor en el momento en el que fue creado el texto», un «hecho físico-biológico-psicológico-histórico»; y una intención o finalidad *objetiva* que, «en un nivel alto de abstracción, es básicamente la misma para todos los textos legales». Este propósito objetivo «es la “intención del sistema”», sus valores y metas (ibid. p. 148).

¹⁵ La distinción procede de Moore, que cataloga tres clases de intenciones que podría tener un alcalde al aprobar un decreto prohibiendo los vehículos en el parque municipal: la intención de aprobarlo; la intención de «conseguir determinados efectos en el mundo por aprobarlo», tales como mejorar la seguridad en el parque; y la «intención semántica» sobre sus palabras, por ejemplo sobre la definición y la extensión de la palabra «vehículo» (Moore 1985, p. 339). Según Hurd (1995, p. 411), Moore opuso intenciones «locutivas» y «perlocutivas» en un trabajo previo de 1981, pero no lo pude comprobar. Bassham (1992, p. 29) amplió la distinción al analizar las intenciones originales de los autores de la Constitución, y contrasta las *intenciones semánticas* sobre el significado de las disposiciones constitucionales con tres categorías diferentes: las creencias sobre el alcance, las implicaciones o los efectos de tales disposiciones de ser interpretadas correctamente; las creencias contrafácticas que tendrían sobre dicho alcance si hubiesen considerado el problema en cuestión; y otras intenciones sobre aspectos extratextuales con relevancia constitucional. Estas intenciones que no son semánticas las reagrupa Hurd (1995, p. 411) como «motivaciones lingüísticas», por ser otras intenciones que tiene el hablante para hacer su emisión. Y Matczak (2017), en fin, distingue entre

La distinción es importante porque las intenciones que tienen los legisladores sobre la comprensión correcta de sus enunciados normativos pueden estar muy alejadas de sus intenciones acerca de lo que deberían conseguir las normas una vez entendidas correctamente. Según Alexander y Prakash (2004, p. 994), la interpretación jurídica debe guiarse por las intenciones comunicativas, para atribuir al texto legal el significado que quiso darle su autor, corrigiendo en su caso sus errores de expresión; pero el intérprete no es responsable de que la ley consiga los efectos pretendidos por sus autores, y no tiene por qué corregir sus errores de concepción o de previsión.

Esta distinción es útil, pero no debe exagerarse. Los significados de las emisiones lingüísticas tienen mucho que ver con los efectos que se quieren conseguir con ellas, y no pueden independizarse fácilmente ni en la teoría ni en la práctica. Considérese el artículo 23.4.i) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual la jurisdicción española es competente en casos de narcotráfico «cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español». La redacción es ambigua sobre si la condición «con miras...» afecta solo a los actos del segundo tipo (constitución de un grupo) o también al primero (ejecución). Para la doctrina subjetiva, la interpretación correcta del precepto depende de cuál fuese la intención legislativa. ¿Tendría sentido diferenciar aquí su intención comunicativa de la teleológica? No lo parece, porque el significado pretendido por el legislador es simplemente el adecuado para conseguir el efecto que pretende en la jurisdicción penal española. Las preguntas por la intención legislativa acerca del significado del precepto y acerca de sus efectos tienen aquí la misma respuesta.¹⁶ Con todo, las intenciones teleológicas no se agotan en los efectos asociados con las palabras, y por eso la distinción comentada importa. En el ejemplo, el legislador quería producir efectos sobre la jurisdicción española

intención legislativa *locutiva* (sobre las palabras comunicadas), *ilocutiva* (sobre la eficacia jurídica del texto promulgado) y *perlocutiva* (sobre los efectos sobre la realidad que cabe esperar de la ley promulgada).

A mi juicio, si bien cabe analizar la legislación como un acto de habla con sus tres intenciones asociadas (locutiva, ilocutiva y perlocutiva), este análisis es reduccionista y limitado. Sin duda, junto con su intención locutiva (comunicar normas), el legislador expresa intenciones lingüísticas ilocutivas (sobre todo *prescribir*) y perlocutivas (como *guiar* y *motivar* la acción de los destinatarios). Pero las intenciones legislativas no afectan solo a los efectos lingüísticos de la promulgación de leyes, sino que conciernen a todos sus efectos sobre el mundo, y por eso las llamo *teleológicas*. Estas intenciones teleológicas hay quien las entiende como propósitos, como advertí (§ 3.1). Así Landis (1930, p. 888): «Intención es lamentablemente una palabra confusa, que porta tanto el concepto teleológico de finalidad [*purpose*] como el concepto más inmediato de significado». También Wright (2006, pp. 991-992), ya citado en la nota 13. A mi juicio, repito, es más normal y útil tratar el propósito o la finalidad como aspectos objetivos de la disposición que como estados subjetivos de su autor.

¹⁶ Para MacCallum (1966, p. 757) es una confusión creer «que siempre debemos guiar nuestra comprensión de los términos legales por una comprensión de los fines legislativos, como si no pudiéramos entender las palabras sin conocer antes los fines». Pero a menudo el significado de las palabras está ligado a los fines con que se usan. Por otra parte, ya advierte MacCallum (1966, p. 762) que el legislador puede malinterpretar las convenciones lingüísticas y confundir el significado de las palabras que usa, en cuyo caso al interpretarlas podría ser preferible «dar más importancia a sus creencias (erradas) sobre el significado de sus palabras que a su significado real».

para producir efectos posteriores sobre el narcotráfico, y estos últimos efectos no tienen ya que ver con sus intenciones comunicativas ni con la ambigüedad del texto legal.¹⁷

3.2.2. Intenciones (comunicativas) de comprensión y de precisión

Las intenciones comunicativas del legislador atañen a cómo deberían entender el mensaje sus destinatarios, pero algunos autores distinguen dos fases al procesar un texto legal: su comprensión inmediata en virtud del código lingüístico común entre emisor y receptor y su interpretación ulterior cuando hay incertidumbres. Con esta distinción en mente, cabe diferenciar entre las intenciones legislativas que podemos llamar de *comprensión*, porque sin ellas no se entiende el mensaje y son intrínsecas a la comunicación, y las intenciones *de precisión*, que concretan el significado de mensajes ambiguos, vagos o con alguna otra causa de indeterminación.

Marmor (2005, p. 131), en la línea de Grice, observa que hay intenciones que quien habla espera que su audiencia reconozca y cuyo reconocimiento es necesario para que haya comunicación, como condición previa a que eventualmente sea necesaria la interpretación. Marmor las llama «intenciones de comunicación» y atañen a lo que se transmite paradigmáticamente con el conocimiento lingüístico común. Diríamos así que disponer «Prohibidos los vehículos en el parque» tiene la intención comunicativa primordial de que la audiencia entienda que a efectos de la norma los coches particulares son «vehículos», porque están en la extensión convencional de esta palabra y así lo interpreta cualquiera que comprenda el precepto. Si el oyente confunde ese mensaje se frustrará la intención comunicativa del emisor, pero Marmor resta importancia en la interpretación de las leyes a esa rara posibilidad. Ahora bien, el legislador puede tener intenciones sobre aspectos de su emisión que carecen de una comprensión paradigmática y necesitan interpretación. Por ejemplo, puede tener intenciones sobre si deben tomarse las bicicletas como «vehículos», algo que no se percibe con solo leer el precepto. Estas son las que llamo *intenciones de precisión*. Para Marmor tales intenciones sobre la aplicación del precepto en casos difíciles ya no son «de comunicación», pero esta es una opción terminológica que no comparto. Pienso que si el

¹⁷ Chiassoni (2011, p. 95) incluye en las intenciones sobre el significado de la ley tanto la «semántica», que atañe al significado específico querido por el legislador, como la «teleológica», que atañe al significado apropiado para lograr el fin que el legislador perseguía con la disposición. En su terminología, pues, las intenciones teleológicas no atañen a los efectos pretendidos con la ley, sino a los significados adecuados para obtenerlos. Esta distinción y su terminología reducen la intención legislativa teleológica a una intención comunicativa contrafáctica: concierne al significado que el legislador querría que tuviese la ley, por ser el más eficiente para su finalidad, aunque no sea el significado que quiso darle de hecho. Siendo así, la verdadera intención sobre el *significado* de la ley no es la «semántica», sino la «teleológica» alineada con el objetivo pretendido. Esta terminología resulta más confusa que desligar la intención teleológica de la intención sobre el significado; la cual, por cierto, no es solo *semántica* sino también pragmática y por eso la llamo intención *comunicativa* o lingüística.

legislador quiere que las bicicletas sean tratadas como vehículos, tendrá la intención *comunicativa* de que la audiencia entienda que la extensión de la palabra «vehículos» incluye las bicicletas.

3.2.3. Intenciones (comunicativas) atributivas y referenciales

Las intenciones comunicativas pueden ser muy variadas y hay múltiples posibilidades de que entren en conflicto y haya que escoger entre ellas.¹⁸ Aquí consideraré solo otra que creo importante, basada en la distinción de Donnellan (1966) entre el uso atributivo y el uso referencial de las descripciones definidas. Cuando una expresión legal designa algo, los legisladores pueden haberla usado, unánimemente o no, o bien con intención *atributiva*, considerando significativas las propiedades con las que identifica lo designado, o bien con intención *referencial*, considerando significativo tan solo la identificación correcta de ese objeto. El resultado de esta opción es determinante para interpretar la disposición en clave intencionalista, de modo que la doctrina subjetiva ha de precisar también qué variante prevalece.

Tomemos el artículo 227.1 del Código Penal español: «El que dejare de pagar [...] cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, [...], será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses». La expresión «prestación económica en favor de su cónyuge» puede tener un uso atributivo, que abarca toda contribución cuantificable en dinero que beneficie al cónyuge, incluido el pago de las cuotas de un crédito con garantía hipotecaria sobre su casa, o puede tener un uso referencial y designar una clase distintiva de prestaciones, como las de tipo asistencial, en cuyo caso las cuotas de un préstamo no serían un tipo de prestación económica a efectos del artículo. Si interpretar el precepto requiere conocer la intención legislativa, es necesario saber si prevalece la intención atributiva o referencial de los legisladores.

También cuando el legislador constituyente nombró en el artículo 8 CE «el Ejército del Aire» como parte de las Fuerzas Armadas pudo tener la intención referencial de señalarlo como tal parte o la intención atributiva de darle ese nombre. La doctrina subjetiva debe resolver esa duda para decidir si es o no

¹⁸ Una ocasión de conflicto de intenciones con relevancia interpretativa es la colisión de implicaturas (mensajes que se dan a entender sin decirlos), sobre la que alerta Marmor (2008). No lo ve así Ekins (2012, p. 52), para quien Marmor se confunde al preocuparle que diferentes grupos de legisladores transmitan distintas implicaturas, ya que «ningún subgrupo de legisladores puede hacer ninguna implicatura, porque solo el legislador actúa para legislar». Para Ekins el legislador es el órgano que da la aprobación final al texto y no los individuos que lo forman y sus implicaturas particulares. Pero incluso un mismo órgano colectivo puede emitir implicaturas contradictorias.

constitucional el Real Decreto 524/2022, de 27 de junio, por el que se dispone el cambio de denominación del Ejército del Aire por la de Ejército del Aire y del Espacio.

3.3. *Intenciones (teleológicas) jurídicas y extrajurídicas*

La intención legislativa teleológica atañe tanto a los efectos jurídicos inmediatos de la ley como a los efectos ulteriores que los cambios jurídicos deberían causar. Por eso cabe dividirlos en *jurídicas*, sobre el contenido prescriptivo de la ley, y *extrajurídicas*, sobre los efectos en el mundo que la ley debería provocar. Las intenciones jurídicas se refieren al alcance y a los efectos de la ley (qué regula y qué consecuencias tienen los supuestos regulados) y están muy ligadas a las intenciones comunicativas. Las intenciones extrajurídicas se refieren a los resultados de aplicar la ley, los cuales dependen de las circunstancias fácticas y no solo de los significados. Por ejemplo, si por un cambio legal un precepto que prohibía usar datos de carácter personal objeto de tratamiento para «finalidades distintas» a aquellas para las que fueron recogidos pasa a decir «finalidades incompatibles», cabe suponer que la intención jurídica del legislador era cambiar la manera en que era aplicado el precepto, con la intención extrajurídica de ofrecer una protección diferente de los datos personales.¹⁹

Sin forzar mucho las cosas, encaja aquí la distinción de intenciones legislativas que hace Alexander (1995, p. 367) al diferenciar dos tipos de creencias de las autoridades jurídicas sobre su legislación: sus convicciones acerca de los efectos jurídicos que tiene y sus expectativas o esperanzas sobre otros cambios que provocará en el mundo (tales como comportamientos sociales). Según Alexander, lo que importa en la interpretación jurídica es qué pretendieron comunicar las autoridades acerca de lo que debe hacerse, los efectos jurídicos que determinaron para su acción; en lo cual, a su vez, pueden contribuir intenciones de diverso tipo y habrá que dar más peso a las que la autoridad querría que dominasen (ibid., p. 369).

3.4. *Intenciones formales y materiales*

Las intenciones legislativas pueden tener poca o mucha incidencia en el contenido de la legislación, y ello ofrece otro criterio para clasificarlas. Para nombrar este contraste de algún modo, llamaré intenciones legislativas *formales* a las que apenas afectan al contenido prescriptivo de las disposiciones, pues atañen solo a su prescripción misma, y *materiales* a las que afectan a lo que prescriben. La distinción se basa en

¹⁹ Cfr. los artículos 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (vigente), y 4.2 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (derogada). Cualquiera que fuese la intención jurídica del cambio legal, no ha tenido mucho impacto. Algunas resoluciones niegan que haya diferencia práctica entre las versiones del artículo, como la Sentencia de la Audiencia Nacional (cont.-adm.) de 11 de febrero de 2004.

la que trazó Raz (2009, p. 284) entre la intención de legislar, que él llama «mínima» y consiste en la voluntad de crear derecho, y la intención sobre el contenido del derecho creado. Raz argumenta que si bien legislar es una actividad intencional —«Solo los actos realizados con la intención de legislar pueden ser actos legislativos» (ibid., p. 282)—, únicamente requiere el propósito de aprobar la ley sabiendo lo que se hace: «la intención exigida es muy mínima y no incluye ninguna comprensión del contenido de la legislación» (ibid., p. 284). Por esta razón, la intención legislativa mínima no es relevante para interpretar el derecho legislado, aunque sí para considerarlo válido. En la interpretación, según Raz, hay que asumir que la intención legislativa es que la ley sea entendida conforme a las prácticas interpretativas comunes del momento: «el contenido de una intención es el que tiene cuando se interpreta por referencia las convenciones del momento para interpretar tales actos expresivos» (ibid., p. 286).

Al interpretar una disposición jurídica con la doctrina subjetiva no basta comprobar la intención formal mínima de la autoridad que decidió emitirla. Hay que conocer también las intenciones materiales de esa autoridad respecto del significado o los efectos de su articulado. Como decía Anscombe (1957, p. 9), «en general nos interesa no solo la intención de alguien *de* hacer lo que hace, sino su intención *al* hacerlo [in *doing it*], y esto a menudo puede no verse viendo lo que hace». La intención formal mínima de aprobar la ley incluye la aprobación de su contenido, pero no es la intención sobre los detalles del contenido requerida para interpretarla.²⁰ En otras palabras, la intención formal no contribuye a la metodología de la interpretación, sino que es un postulado explicativo en la teoría de la interpretación.²¹

3.5. Intenciones sustantivas e interpretativas

En las intenciones legislativas sobre una disposición cabe distinguir las que son *sustantivas*, porque atañen a su significado, contenido y efectos, y las que son *interpretativas*, porque atañen a cómo debe

²⁰ Según Lifante (1999, p. 185), la intención mínima de realizar actos institucionales con consecuencias jurídicas supone aceptar estas: «resultaría ininteligible que yo dijera que tenía la intención (en sentido mínimo) de dar mi consentimiento [matrimonial] ante el juez, pero que no tenía la intención (en ese mismo sentido) de contraer matrimonio»; sería como decir «que calenté agua hasta los 100 grados, pero que no tenía la intención de hacerla hervir». Esto llevaría a concluir que la intención de la autoridad de aprobar una ley incluye la intención de prescribir lo que la ley prescribe. Pero Lifante explica después que cuando el órgano legislativo hace los actos apropiados para aprobar la ley, esta aprobación y la atribución de la intención de aprobarla «se producirá independientemente de lo que querían o pretendían sus miembros cuando votaron a favor del proyecto, de sus propósitos o intenciones al actuar de ese modo» (ibid., p. 186). Esto último matiza lo primero y me parece correcto. Aunque aprobar una ley implica prescribir su contenido y las intenciones de ambos actos son indisolubles, la intención formal de aprobar la ley no compromete con su contenido concreto, el cual puede desconocerse o incluso reprobarse. Frente a lo que apunta Lifante, si es inteligible que se hagan intencionadamente los actos idóneos para obtener un resultado sin tener intención de obtenerlo. Quien no sabe que el agua hierve a 100 grados puede querer calentar el agua a 100 grados sin tener la intención de hervirla.

²¹ Hago esta observación alertado por un informe de la revisión anónima del artículo, que agradezco, el cual sugería suprimir de este catálogo la «intención mínima» por ser inútil metodológicamente. En mi opinión, sin embargo, la utilidad teórica de la noción justifica darle entrada, aunque efectivamente no tiene utilidad práctica en la interpretación guiada por la doctrina subjetiva.

ser interpretada. Las intenciones interpretativas no conciernen al significado de la emisión legislativa, a diferencia de las comunicativas, sino a la manera de reconocer su contenido prescriptivo y darle efecto. Son intenciones sobre el enfoque hermenéutico general aplicable a las leyes y no sobre cómo deben entenderse y aplicarse sus preceptos a los casos concretos, pero obviamente repercuten al determinar el contenido sustantivo de una ley. Cuando las intenciones interpretativas y las sustantivas son o parecen ser inconsistentes, la doctrina subjetiva tiene que decidir cuáles priorizar.

Escribe Brest (1980, p. 215): «La primera tarea del intérprete intencionalista debe ser determinar las intenciones interpretativas de quienes adoptaron la disposición que tiene ante sí —esto es, los cánones por los que los adoptantes querían que se interpretase su disposición». Pero Dworkin (1985, p. 52) se pregunta por qué habría de ser así y plantea el dilema de que la intención interpretativa del legislador sea que se dé más importancia a las intenciones concretas que a las abstractas, pero en cambio el intérprete considere más importantes las intenciones abstractas.

Como vimos, según Raz (2009, p. 288) en todos los ordenamientos jurídicos rige un criterio interpretativo por defecto por el cual la legislación debe entenderse conforme a «las convenciones de interpretación prevalentes en el momento». El legislador puede cambiar este criterio disponiendo otro, pero la interpretación de su disposición está sometida al criterio general.

3.6. Intenciones primarias y secundarias

Las intenciones se distinguen también por su diversa fuerza o influencia y, entre otras posibles, cabe hacer una distinción elemental entre intenciones legislativas *primarias*, que motivan y explican por sí solas el contenido y la aprobación de la ley, e intenciones *secundarias*, que influyen al crear la ley y darle contenido sin ser indispensables. La literatura sobre la interpretación intencionalista presenta distinciones de este tipo para plantear la misma pregunta: ¿importan todas las intenciones y todas por igual? Así, Dworkin (1985, p. 50) distingue entre intenciones *dominantes* o determinantes para tomar la decisión, y sin las cuales no se tomaría, y *derivativas* que no condicionan directamente la decisión. Su ejemplo es alguien que vota por una regla procesal creyendo que impide el testimonio en juicio de los psiquiatras, porque los odia: tal vez no apoyaría la regla si no creyese que tiene esa consecuencia, porque su intención dominante era producirla.

3.9. Intenciones reales y presuntas

Cuando la doctrina subjetiva habla de la intención o la voluntad del legislador algunas veces se refiere a actitudes psicológicas de personas físicas y otras a una noción figurada.²² Esta variedad refleja concepciones diferenciadas de la intención legislativa, pero también sirve para distinguir dos tipos compatibles de intención legislativa: la *real* o empírica que se halla en la psicología de individuos concretos; y la actitud supuesta que se le atribuye a un legislador existente o imaginario como su intención *presunta* o hipotética, que en el caso de un legislador existente puede ser su intención aparente, y en el caso de uno imaginario es una intención puramente ficticia. Como explica Barak (2005, p. 121), hay tres clases de intención hipotética: la que supone una intención real desconocida, la que atribuye una intención que el agente no tuvo pero pudo haber tenido, y la que postula la intención que el agente hubiese tenido si fuera una persona razonable.

3.6.1. Intenciones (reales) conscientes e inconscientes

Algunos defensores de la doctrina subjetiva afirman sin complejos que el objetivo de la interpretación debe ser reconocer y dar efecto a la intención psicológica del legislador. Por ejemplo Alexander y Sherwin (2008, p. 141): «Asumimos que el intérprete busca el estado mental del legislador en el momento de la promulgación [...]». Ahora bien, lo que estos autores entienden por estado mental del legislador no es lo que cabría suponer. Porque también afirman que «el significado pretendido por un legislador puede extenderse a cosas que no vislumbró en el momento de la promulgación» (ibid., pp. 142-143); y que «la intención relevante debe ser algo más que la intención de regular los casos concretos que tuvo en cuenta quien hizo la norma» (ibid., p. 151). Con esta concepción extensiva, el estado mental del legislador incluye lo que nunca estuvo en su mente y quiebra la distinción entre las intenciones reales y las presuntas. Pero los autores citados niegan expresamente que su enfoque implique aceptar intenciones contrafácticas, porque «la intención de la autoridad respecto a un asunto que no tuvo en cuenta, y sobre el cual podría haber estado mal informada o desconocer, puede estar bien determinada y no requiere contestar contrafácticos tales como cuál habría sido la intención de la autoridad de haberse dado cuenta

²² Cfr. Pérez Bermejo, para quien la interpretación subjetiva persigue investigar históricamente y dar efecto a la voluntad real del legislador: «el objetivo de la investigación es constatar o acreditar un hecho relativo a la psicología del legislador: que este abriga una determinada voluntad o intención acerca de cómo resolver un determinado problema social. La aspiración es realizar un informe psicológico de la voluntad o intenciones del legislador [...]» (Pérez Bermejo, 2023, p. 286). Desde luego, una parte de la doctrina concibe así la interpretación subjetiva; como Larenz (1980, p. 312), para quien «la teoría subjetiva o “teoría de la voluntad”, considera meta de la interpretación la indagación de la voluntad histórico-psicológica del legislador». Pero tal caracterización excluye las hipótesis contrafácticas sobre intenciones legislativas no concretadas y las especulaciones sobre la voluntad racional de un legislador ideal, que algunos de los defensores método subjetivo tienen en cuenta, como veremos.

de esta situación o de haber estado mejor informada sobre ella» (Alexander y Sherwin, 2008, p. 140, n. 42). Según ellos, «hay intenciones reales, no hipotéticas, acerca de asuntos que no se tuvieron en cuenta específicamente» (ibid., p. 165). Puede que tengan razón, pero estas sutilezas complican la doctrina subjetiva y oscurecen su relación con las intenciones reales. Como se pregunta Hurd (2015, p. 60), «¿Dónde yacen las intenciones *reales* acerca de un asunto que el hablante no tuvo en cuenta?».

Las intenciones con que actúa un agente no son necesariamente lo mismo que los motivos por los que actúa, pero a menudo intenciones y motivos coinciden y por eso es difícil distinguirlos. Marmor (2005, p. 128) observa que el legislador puede tener motivos para actuar sobre los que no es del todo consciente y que no forman parte de sus intenciones. Según él, sería «extraordinario considerar que el intencionalismo se extiende también a tales motivos ocultos» y lo descarta.

Como vimos, en algunas presentaciones las intenciones legislativas psicológicas incluyen actitudes inconscientes del legislador, que tenía sin darse cuenta de ellas. Alexander y Sherwin explican que quien impuso una prohibición general puede afirmar después, ante un caso excepcional, que tenía intención de aprobar la prohibición pero no para ese caso: «El legislador puede perfectamente decir, correctamente: “No era mi intención que mi prohibición se aplicase a *ese* caso, y sería absurdo que alguien imaginase que lo era”. Se sigue que ese caso no está cubierto por la norma» (Alexander y Sherwin, 2008, pp. 143-144). Esta concesión es muy peculiar y socava la doctrina subjetiva, porque es imposible para el intérprete convencerse de que conoce las intenciones inconscientes que tenía el legislador. Además, como observa Hurd (2015, p. 66), el enfoque expuesto se apoya en un equívoco entre la negación interna y externa. Cuando surge un caso extraño a la razón de ser de la prohibición general, es verosímil sostener que el legislador *no tenía intención de prohibirlo*, pero es menos plausible sostener que sin saberlo *tenía intención de no prohibirlo*. Una cosa es suponer lagunas en las intenciones legislativas y otra más atrevida es suponer intenciones positivas inconscientes.

La doctrina subjetiva no tiene por qué ser simple y es apropiado distinguir entre intenciones hipotéticas más o menos plausibles según su fundamento psicológico, pero veo inevitable concluir que alguien solo tiene intenciones reales sobre aquello en lo que piensa, y que otras intenciones son contrafácticas y presuntas. La doctrina subjetiva es más consecuente y sólida cuando se refiere a intenciones legislativas psicológicas reales, pero esta solidez tiene un precio, porque hay inconvenientes prácticos y teóricos. Requiere contestar de quién(es) y acerca de qué son los estados mentales relevantes y cómo conocerlos.

E implica que la ley solo prescribe lo que el legislador reguló conscientemente y no da respuesta a otros casos que no tuvo en cuenta.

En el planteamiento psicologista, la ley no regula todo lo que parece sino solo lo que el legislador en su momento pensó regular, con lo cual tiene un contenido reducido y deja mucho espacio a las lagunas. Supongamos un precepto así: «Está prohibido fumar en los centros docentes». Según la doctrina subjetiva de los estados mentales, hay que interpretar que prohíbe fumar en aquellos lugares que el legislador consideraba centros docentes, pero no en otros centros docentes que el legislador no imaginó. Entonces, la respuesta a si el precepto prohíbe fumar a quienes imparten o reciben clase telemáticamente en sus casas dependerá exclusivamente de si el legislador pensó en la docencia telemática al concebir su idea de «centros docentes». No importa si una casa particular es o no un «centro docente» en el lenguaje común, ni tampoco la supuesta finalidad de la norma (tal vez disminuir el consumo de tabaco y no solo evitar molestias a quien no fuma). Podría ser tentador para la doctrina subjetiva suponer que el legislador tenía intenciones respecto de todo lo que en cada momento refieran los términos que emplea, de modo que si prohibió fumar en «centros docentes» su intención abarcaba también los centros docentes que nunca imaginó. Pero tal concepción de las intenciones legislativas es implausible y hace colapsar la doctrina subjetiva en una doctrina objetiva del significado.

Otros defensores de la doctrina subjetiva encuentran otras maneras de matizar o diluir el psicologismo. Dice Fish (2008, p. 1131): «Como intérprete, lo que te interesa no es lo que ocurre psicológica o fisiológicamente en la mente del agente intencional [...], sino lo que *tenía* en mente dado el rango bastante limitado de fines que podrían tener las personas involucradas en esta o aquella área de actividad [*performance*] jurídica». En su opinión, «el intencionalismo no tiene que ver con la psicología», porque le importan las intenciones «institucionales», que tienen en cuenta «la historia jurídica del asunto y su lugar en el sistema». Su idea de autor *real* «es el autor-como-actor-institucional, al menos a efectos del derecho» (ibidem). No se le pide al intérprete que entre en las mentes de legisladores: «El intencionalismo solo necesita postular alguien que ha aceptado un rol institucional y cuyas acciones pueden ser comprendidas racionalmente en relación con ese rol» (ibid., n. 80).

3.6.2. Intenciones (reales) manifiestas y encubiertas

La intención real de los legisladores suele ser una mezcla de diversos factores. Una clasificación simple distingue: (a) intenciones *manifiestas* en el texto legal, ya sea explícitamente (en el articulado o fuera de

él) o implícitamente por ser claramente detectables (por ejemplo, un impuesto implica una intención recaudatoria); y (b) intenciones *encubiertas*, ya sea por incertidumbre o por ocultación.

Las intenciones manifiestas son naturalmente la mejor guía para el intérprete según la doctrina subjetiva.²³ Normalmente las intenciones legislativas se hacen aparentes en el texto legal y los juristas no cuestionan que deben ser atendidas al interpretarlo. El problema surge cuando el texto legal no pone de manifiesto las intenciones o cuando las manifiestas son diversas y en conflicto y hay que graduar su respectiva relevancia. Algunos autores insisten en la necesidad de persistir;²⁴ pero puede ser en vano.²⁵ Además, el legislador puede manifestar sus intenciones de manera institucional y pública o por vías más informales, lo cual suscita las preguntas de Dworkin (1985, p. 45): ¿son relevantes las intenciones reveladas privadamente? ¿importan todas o solo las expresadas institucionalmente?

Otro problema surge cuando la interpretación detecta intenciones no codificadas en el texto que contradicen las codificadas. De hecho, plantea ya un problema la misma posibilidad de investigar intenciones no codificadas. Hay una tensión potencial entre las intenciones legislativas aparentes y las subyacentes, y es cuestionable que haya que leer los textos legales entre líneas. Kay (1988, p. 235) rechaza la versión del intencionalismo que atiende a las creencias y valores generales de los legisladores (constituyentes, en su estudio) estén o no reflejadas en el texto que aprobaron. Su propuesta es tener en cuenta solo las intenciones codificadas. Para Ekins solo importan las intenciones manifiestas: «el acto de legislar es un acto público, en el cual las intenciones del legislador son determinantes, pero solo las intenciones que constituyen un fundamento y una justificación públicas suficientes para los preceptos específicos de lo promulgado. Las intenciones privadas del legislador, así como sus esperanzas y expectativas, son relevantes para los historiadores que buscan comprenderlo, pero no para los miembros de la comunidad que buscan establecer cómo les ha prescrito que actúen» (Ekins, 2012, p. 138).

²³ La Escuela de la Exégesis se preguntaba, por Laurent ([1869] 2020): «¿Cómo podría uno llegar a descubrir la voluntad de aquel que hizo la ley? Ella se encuentra escrita en un texto, y es por lo mismo necesario ante todo estudiar este texto y meditarlo; porque el texto es el que nos revela la intención del legislador, puesto que es la expresión de ella» (p. 210). Y sigue un lamento: «¡Cuántas veces se da tortura al sentido literal para hacer decir al legislador lo contrario de lo que dijo, bajo el pretexto de que no quiso decir lo que realmente ha dicho! En definitiva, se encontraría la voluntad del legislador aparentando respetarla, y se viola la ley bajo el pretexto de interpretarla» (p. 211).

²⁴ Para Gény ([1899] 2000, p. 23), hay que indagar la intención del legislador «por todos los medios y a todo trance» precisamente cuando la ley no es clara, porque en otro caso basta con aplicarla según su texto.

²⁵ Recuérdese el artículo 16.c) de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, comentado en § 3.1. Sin duda ese es un caso especial, pero no es raro que un texto legal exprese intenciones enfrentadas difíciles de congeniar.

Según Raz (2009, p. 292), a los legisladores se les confía autoridad para establecer normas que creen correctas por buenas razones, lo cual crea un problema interpretativo cuando está claro que atribuir a la disposición su significado normal suponiendo la intención legislativa estándar (el que resulta de las convenciones jurídicas del momento de promulgación) no tendrá un resultado acorde a las intenciones legislativas posteriores alineadas con las razones para legislar. Raz sostiene que en esos casos de incongruencia las intenciones y razones posteriores tienen en principio preferencia en la interpretación sobre las intenciones y el significado estándar, con ciertas cautelas (pues las intenciones posteriores pueden ser dudosas, la ley puede frustrar unas pero satisfacer otras, y dejar que los tribunales las determinen puede ser inapropiado constitucionalmente o desaconsejable). Sin embargo la respuesta última de Raz al problema interpretativo causado por la incongruencia entre las intenciones estándar (codificadas) y las posteriores (profundas) es que su tesis no exige dar preferencia a estas últimas (ibid., p. 294). Y ello porque los tribunales no pueden estar seguros de que los medios que adoptan para dar efecto a las intenciones posteriores del legislador los hubiera adoptado este, ya que pudieran ser contrarios a otras intenciones suyas: «No tienen razón para creer que la autoridad habría adoptado una ley diferente que la que adoptó de hecho aun estando convencida de que era necesaria para lograr el resultado que quería asegurar mediante la ley que sí adoptó» (ibid. p. 293). En definitiva, la tesis de Raz deja el problema interpretativo sin resolver; o mejor dicho, lo resuelve dejando libertad al intérprete para respetar la intención codificada en el texto legal o desatenderlo para atender a sus intenciones profundas.

Cuestión aparte es el peso que la doctrina subjetiva asigna a las intenciones legislativas encubiertas espurias, aquellas que restan valor a la legislación y que el legislador preferiría mantener en secreto. No hace falta ser cínico para reconocer que los legisladores a veces tienen motivos e intenciones para actuar que no publicitan porque consideran inconfesables, como mantener su puesto, obtener un beneficio personal, perjudicar a un rival o confundir a la opinión pública. Por ejemplo, MacCallum (1966, p. 756) alude a la intención del legislador respecto del impacto de la promulgación «en términos de su propia carrera» y Hasen (2006) discute la «mala intención» en la legislación electoral, donde los legisladores actúan con el pretexto de proteger el interés público pero motivados en realidad por intereses partidistas.

3.6.3. Intenciones (presuntas) objetivas y subjetivas

Algunos autores tratan las intenciones legislativas despreocupándose de los estados mentales de los legisladores e interesándose únicamente por los propósitos que ponen de manifiesto al aprobar la ley. A mi juicio este planteamiento simplemente prescinde de la doctrina subjetiva y defiende una doctrina

objetiva finalista, como ya he dicho (§ 3.1). El debate entre las doctrinas subjetiva y objetiva de la interpretación jurídica no se resuelve ni disuelve identificando la intención legislativa con el propósito objetivo de la ley, porque deja la incógnita de cómo interpretar una ley cuyo significado y finalidad aparentes no son los que pretendían los responsables de aprobarla según los indicios. Cuando la voluntad subjetiva de los responsables de la ley se conoce solo por lo que su texto dice y da a entender, no hay inconveniente en llamar intención legislativa a la finalidad objetiva. Pero no ocurre igual cuando al intérprete le consta que el legislador no quería lo que su disposición parece procurar, porque entonces ha de saber si debe dar más peso a la intención legislativa real o a la aparente.²⁶ El dilema es real y no se disuelve identificando la intención legislativa con los fines razonables que el intérprete supone a la ley. Porque a eso cabe oponer que la ley solo prescribe lo que el legislador quiso prescribir y que su contenido debe descubrirse y no suponerse, y tal argumento no es otro que la doctrina subjetiva.

Ahora bien, la noción de intención psicológica presunta tampoco es de gran ayuda para la interpretación jurídica. La doctrina subjetiva tiene un firme fundamento intuitivo cuando su meta es respetar la intención legislativa real, pero no es el caso cuando la intención legislativa es solo una ficción. Por eso hay escepticismo sobre la utilidad de la intención presunta. Según Raz, hablar de intenciones hipotéticas de gente ficticia apenas tiene relevancia y aunque sea inofensivo no suele mejorar la comprensión y a menudo ofusca (Raz, 2009, pp. 272-273 y 279).²⁷

3.6.4 Intenciones (presuntas) intuitivas y contrafácticas

Como ya dije, el reconocimiento de intenciones legislativas hipotéticas puede referirse a una intención real que se desconoce, lo cual obtiene una intención presunta *intuitiva*, o bien a una intención ficticia de una autoridad real o de una autoridad ficticia (racional y razonable), en cuyo caso obtendría una intención presunta *contrafáctica*.

²⁶ Piénsese en la polémica causada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que modificó diversos preceptos del Código Penal. Según la interpretación judicial mayoritaria, esa reforma rebajó las penas de algunos actos de violencia sexual, lo cual produjo reducciones de condena por aplicación de la ley penal más favorable. Pero declaraciones reiteradas de importantes proponentes e impulsores de la ley revelaron que no tenían ninguna intención de rebajar las penas existentes ni habían previsto las revisiones, y ciertamente la Exposición de Motivos de la ley no habla de rebaja de penas. Así las cosas, ¿debe el intérprete de esta reforma del Código Penal entenderla por lo que hace y parece pretender (rebajar penas, según la lectura judicial generalizada) o por la intención real explicitada por sus responsables (mantener las penas anteriores)? Si bien los defensores de la doctrina subjetiva probablemente querrán limitar su impacto sobre preceptos penales explícitos, su tesis reclama una interpretación correctora del texto legal, e incluso de su finalidad manifiesta, cuando es necesario para hacer valer la verdadera intención legislativa, revelada por la información disponible.

²⁷ Cfr. Stoljar (2001) en defensa de una interpretación basada en intenciones hipotéticas.

Las intenciones *intuidas* tras una disposición jurídica son hipótesis más o menos verosímiles sobre las actitudes y las preferencias psicológicas de sus responsables hacia los asuntos que ella regula. Las intenciones legislativas han sido caracterizadas de manera plausible como un combinado de ideas producto del conocimiento y la experiencia personal, de la representación de convenciones públicas y de la expectativa de resultados.²⁸ Según esto, interpretar una disposición conforme a la intención legislativa requiere figurarse qué preconcepciones y expectativas tenía el legislador sobre la materia regulada.

Pero las intenciones legislativas pueden afectar a hechos y situaciones que no fueron consideradas ni reguladas por el legislador, porque son novedosas e imprevistas o le eran desconocidas por cualquier razón. Cuando al interpretar una ley preguntamos por la intención legislativa sobre una implicación semántica o fáctica que sus autores no se plantearon, queremos saber qué hubiesen hecho de habérsela planteado o qué habrían hecho si fuesen legisladores ideales.²⁹ Estas intenciones *contrafácticas* son más obviamente presuntas y su utilidad como guía de la interpretación es todavía más cuestionable. Si las intenciones legislativas contrafácticas no son fiables (¿y cómo fiarse?) carecen de la autoridad que pudieran tener las intenciones reales. Esto ha llevado a acusarlas de inutilidad, porque normalmente son reconstrucciones artificiales que no pueden invocarse como fuente auténtica del significado de la disposición.

La doctrina subjetiva reconoce mayor impacto a las intenciones intuidas que a las contrafácticas. Si consta que el legislador no tuvo presente el caso en cuestión o no consta cómo lo concibió, la solución que presuntamente le hubiese dado al caso si lo hubiese considerado será para esa doctrina la mejor interpretación, pero no ya la única interpretación posible. A veces la intención contrafáctica se percibe como un recurso argumental capaz de justificar soluciones equitativas y expuesto a la manipulación.³⁰

²⁸ Brest (1980, p. 210) propone imaginar un alcalde que a raíz de un atropello en el parque prohíbe el acceso de vehículos, y a quien le preguntan por su intención para saber si la regla se aplica a ciclomotores. Las fuentes del alcalde serían los ejemplos que pasaron por su mente al adoptar la regla, los casos a los que las palabras usadas se aplican convencionalmente y las consecuencias indeseables que esperaba evitar. A juicio de Brest, combinar estas tres fuentes a menudo dará un resultado, pero habrá casos en que la intención será indeterminada.

²⁹ Bassham (1992, p. 29) clasifica entre las intenciones legislativas que algunos originalistas (no los más estrictos) consideran vinculantes, las «creencias contrafácticas sobre el alcance» de la disposición. Por ejemplo, sobre si secuestrar aviones es un delito *infame* [*infamous*] a efectos de la Quinta Enmienda de la Constitución de los EE.UU. Para Kay (1988) no importa que el asunto sobre el que indagamos la intención legislativa no haya sido considerado de hecho por el legislador: «No se sigue, sin embargo, que como los legisladores no conocían la existencia de un acto o práctica específica, por tanto no tenían ninguna intención al respecto al crear la disposición constitucional. Esas intenciones atañen a menudo a categorías de acción más que a personas o conductas particulares».

³⁰ Para Goldsworthy (1999, p. 252), «en muchos casos, lo que los jueces describen como la intención implícita del Parlamento es una intención contrafáctica y no real, es la intención que hubiera tenido el Parlamento si hubiese anticipado el problema. En estos casos los tribunales ejercen una suerte de facultad de equidad, para evitar una dureza involuntaria al aplicar las leyes, delegada implícitamente en

En efecto, invocar la intención legislativa presunta puede ser una manera de disfrazar soluciones jurídicas creativas (guiadas típicamente por concepciones y expectativas de justicia material), que se presentan y arrojan como si hubiesen sido queridas por el legislador cuando este en realidad no las concibió, a veces ni por asomo.

La reconstrucción de intenciones contrafácticas es controvertida y como vimos hay quien la considera ajena a la doctrina subjetiva.³¹ En todo caso, es un ejercicio difícil de precisar por sus defensores. Alexander (1995, p. 371 y ss.) rechaza la sugerencia de que interpretar el texto legal para reconocer la intención de la autoridad respecto de un caso que no previó es como traducir el texto fielmente, y que para ello el intérprete debe distinguir los presupuestos fácticos y jurídicos de la autoridad que son falsos (los cuales puede corregir) de los presupuestos valorativos con los que discrepa (que debe respetar). Alexander objeta este enfoque porque según él tampoco está justificado corregir los presupuestos fácticos y jurídicos errados, pues la autoridad también es responsable de ellos y forman parte de su intención legislativa, sin perjuicio de que una norma puede ser declarada inválida por error fáctico o jurídico.

Las intenciones contrafácticas pueden reconstruirse de manera más o menos realista y tomar como referencia un legislador más o menos actual, por lo que hay varios tipos. En síntesis, la intención legislativa presunta respecto de un supuesto no regulado puede ser: (a) la voluntad probable o verosímil que se infiere de la voluntad efectiva en supuestos análogos (a_1) del legislador actual o (a_2) del legislador de una norma vigente que reguló en el pasado la materia del supuesto en cuestión; o (b) la voluntad razonable que proyectan el contenido y el propósito aparentes (b_1) de la legislación actual o (b_2) de una norma vigente que reguló en el pasado la materia del supuesto en cuestión. Típicamente, cuando se interpreta si una ley es aplicable o no a un caso que no prevé, se reconstruye la intención contrafáctica a partir de lo que esa ley regula. Pero la doctrina subjetiva estará ante un caso difícil cuando la intención contrafáctica presunta contradice una regulación clara y por tanto la intención aparente. Entonces tendrá que decidir una vez más qué intención seguir.

ellos por el Parlamento o por lo menos consentida tácitamente». Y «en otros casos la afirmación de los jueces de que son fieles a la intención implícita del Parlamento ha sido una *mentira piadosa*, empleada para ocultar la desobediencia judicial».

³¹ Así Pérez Bermejo (2023, p. 286), que sigue aquí a Ekelöf (1958).

Es especialmente discutible la posibilidad de ampliar la doctrina subjetiva hasta acoger una intención contrafáctica de un legislador racional o ideal.³² Lo ilustra Fish (2008, p. 1133) objetando la idea de guiar la interpretación del testamento obviando la intención del testador real y atendiendo a la intención de un «testador razonable» (Barak 2005): «La diferencia está entre imaginar cuál podría ser razonablemente su intención e imaginar cuál podría ser la intención de una persona razonable imaginaria». No se ve por qué «tener en cuenta la intención de un testador razonable, en vez de la intención del testador real cuyo testamento es el objeto de interpretación» (ibidem). Esto se proyecta fácilmente a la legislación: no hay razón para tener en cuenta la intención del legislador razonable en vez de la del legislador real cuya ley se interpreta.

3.7. Intenciones sobre expectativas y sobre esperanzas

Otra fuente de diversidad en las intenciones legislativas la capta la distinción que hizo Dworkin (1985, pp. 44-45) entre las *expectativas* del legislador sobre cómo se entenderán sus palabras (qué quiso decir asumiendo que sus destinatarios captarían el mensaje) y sus *esperanzas* acerca de cómo se le entenderá y las consecuencias que ello tendrá. En el ejemplo que comenta Dworkin, un alcalde al prohibir que entren vehículos en el parque puede esperar (suponer) que se entenderá prohibido que se introduzcan con un helicóptero, pero esperar (desear) que la prohibición no se aplique a un evento publicitario donde un helicóptero lleva un coche al parque.

Dworkin presenta las expectativas como una cuestión lingüística, lo cual identificaría esta distinción con la que diferencia la intención comunicativa y la teleológica (§3.2), pero a mi juicio son clasificaciones complementarias. El legislador puede tener expectativas y esperanzas contradictorias tanto sobre cómo será entendida la ley como sobre los efectos que tendrá su entrada en vigor. Considérese esta infracción legal relativa a animales de compañía: «Mantenerlos atados o deambulando por espacios públicos sin la supervisión presencial por parte de la persona responsable de su cuidado y comportamiento».³³ Cabe

³² El postulado del legislador racional tomó cuerpo en la dogmática jurídica decimonónica y puede rastrearse como idealización incluso en Savigny ([1840] 1878), que describió la interpretación como «la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley» (p. 150), donde tal reconstrucción no es una indagación psicológica empírica, sino un juicio lógico del intérprete: «debemos reproducir en nosotros mismos la operación intelectual en virtud de la cual se determinó el pensamiento de la ley», «la interpretación tiene por objeto darnos la conciencia de la ley» (p. 151). Una defensa más reciente del postulado del legislador racional como guía de la interpretación la presentaron Dascal y Wróblewski (1991).

³³ Artículo 27.d) de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales. La ley considera la acción descrita una infracción leve (artículo 73) y la sanciona con «apercibimiento o multa de quinientos a diez mil euros» (artículo 76).

imaginar que la intención legislativa comunicativa combina expectativa de que se entenderá castigado dejar un perro atado a la puerta de la panadería un minuto y la esperanza de que no se entienda así.

3.8. Intenciones abstractas y concretas

Las personas y colectivos que aprueban leyes complejas lo harán frecuentemente con varias intenciones superpuestas, unas más específicas y otras más generales, lo cual obliga a la doctrina subjetiva a graduar su respectiva relevancia para la interpretación. Dworkin (1985, p. 48) apuntó este problema al diferenciar entre intenciones más o menos *abstractas* o *concretas*. Su ejemplo es quien apoya una ley que prohíbe los pactos contrarios a la libre competencia porque quiere impedirlos, pero no cree ni quiere que prohíba cierta fusión empresarial: ¿su intención legislativa hacia esa fusión es la prohibición abstracta o el permiso concreto? Dworkin extiende la pregunta a la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados como *igual protección*: ¿importa más la intención legislativa sobre el concepto abstracto o sobre la concepción concreta que le da contenido? (ibid., p. 49). Ambas intenciones coexisten al legislar, pero el resultado de primar una u otra es diferente. Una vez más, el intérprete intencionalista tiene el problema de seleccionar el tipo de intenciones que importan.

También Brink (2001, p. 27) distingue entre intención *abstracta* («los valores y principios abstractos que los autores tenían en mente») y *específica* («las actividades específicas que los autores pretendían regular»). Así, la intención abstracta de prohibir los castigos crueles se especifica al catalogar los castigos que se quieren prohibir por ser crueles. Según él, «cuando la redacción de la disposición jurídica es abstracta, tiende a mostrar que la intención dominante era abstracta». Por ejemplo, si unos legisladores aprueban una prohibición de sustancias tóxicas sin especificarlas, eso «sugiere que su intención dominante era regular las sustancias que son de hecho tóxicas, y no sólo las que creían entonces que eran tóxicas» (Brink, 2001, p. 27 y 28). A su juicio es más fácil y pacífico detectar las intenciones abstractas que la específicas, sobre todo cuando los autores de la norma ya no viven (ibid., p. 29). Pero tal estimación de probabilidad no basta para zanjar el problema, porque si llegado el caso alguien argumenta que el legislador no quería el resultado específico que un intérprete propone para concretar la intención abstracta, será necesario reexaminar para tal caso si importan más las intenciones legislativas abstractas o las concretas. El criterio de Brink es solo una presunción derrotable.

3.8.1. Intenciones inmediatas y ulteriores

Otra distinción entre intenciones legislativas que contrasta lo concreto y lo abstracto la presenta Marmor (2005, p. 127) al diferenciar dos tipos de intenciones del legislador al promulgar una ley: los objetivos manifiestos en su texto, que han de captarse para entenderlo y otras intenciones ulteriores o adicionales [*further intentions*]. Por ejemplo, un legislador al disponer «Prohibidos los vehículos en el parque» tiene la intención evidente de que no haya vehículos en el parque (sin percibir esto no se comprende el precepto) y puede tener también otras intenciones, como mejorar la seguridad en el parque, hacer más saludable su entorno, proteger las ardillas o ganar las elecciones municipales (ibidem). Pienso que esta distinción puede verse como un contraste entre lo que el legislador pretende conseguir en concreto por efecto inmediato de la ley, y son sus intenciones *inmediatas*, y lo que pretende obtener más en abstracto a partir de la aplicación de la ley, y son sus intenciones *ulteriores*. Marmor observa la dificultad de identificar qué intenciones ulteriores tienen relevancia jurídica, y más aún de establecer indicaciones generales al respecto. Por ejemplo, nos dice, seguramente preferiremos no dar importancia interpretativa a la intención del legislador de mantenerse en el cargo, pero también contar con un criterio de relevancia que no se base en el contenido de la intención y pueda ser aplicado sin un juicio moral y político. Marmor sugiere como posible criterio general negar relevancia jurídica a las intenciones que el legislador probablemente no querrá admitir y no tiene intención que otros le reconozcan, y cuyo reconocimiento podría incluso frustrar la acción legislativa.

3.8.2. Intenciones generales y específicas

Otra versión de la distinción entre intenciones legislativas abstractas y concretas lleva a diferenciar en la voluntad del legislador lo que quiere conseguir, sus objetivos e intenciones *generales*, y lo que quiere prescribir, sus intenciones *específicas*. Algunos defensores de la doctrina subjetiva asumen esta diferencia y toman partido. Según Alexander y Sherwin (2008, p. 151), la razón de hacer normas es reformular principios generales en términos concretos para evitar errores, de modo que quien las hace debe tener la intención de que tengan un significado independiente de su intención en cuanto a los principios generales. Para ellos, en definitiva, lo que cuenta al interpretar las reglas es la intención sobre su prescripción concreta y no sobre su meta abstracta. El problema de esta posición es su exigencia: requiere conocer la intención legislativa al detalle, porque no basta con una suposición razonable de sus propósitos generales. Esta exigencia es consistente con la tesis de estos autores de que la interpretación

debe basarse en intenciones reales y no en contrafácticos (*supra* §3.6.4), pero hace que interpretar sea todavía más difícil.

3.8.3. Intenciones sobre fines y sobre medios

La diferencia entre intenciones abstractas y concretas también tiene reflejo en la distinción entre las intenciones del legislador sobre los objetivos, las metas o los *fines* que se propone alcanzar y sus intenciones sobre los *medios* o procedimientos para alcanzarlos. Por ejemplo, el legislador puede tener la intención final de que los jóvenes tengan más opciones de empleo y la intención instrumental de incentivar fiscalmente los contratos de trabajo a jóvenes, como medio para lograr su fin. En este caso, la ley dispone un incentivo fiscal y la intención del legislador es que sea aplicado como lo diseñó, pero también con el fin último previsto.

En este sentido, Marmor (2005, p. 127) distingue entre los objetivos o metas [*aims*] que el legislador quiere obtener (o evitar) con la ley y sus intenciones sobre la aplicación de la ley, esto es, lo que piensa sobre cómo debe ser aplicada.³⁴ Como explica Marmor (2005, p. 131), las intenciones concretas sobre la aplicación correcta de la disposición promulgada están por lo general en relación de medio a fin con las intenciones más abstractas. El legislador prefiere una determinada aplicación de la norma porque considera que favorecerá sus objetivos últimos. Por esta razón, según Marmor «las intenciones de aplicación deberían ser tenidas en cuenta –desde el punto de vista del legislador– solo en el caso y en la medida de que sea probable que satisfacerlas favorezca sus intenciones ulteriores» (2005, p. 131).³⁵

Sin embargo, a mi juicio lo que puede ser cierto desde el punto de vista del legislador no tiene por qué serlo al afrontar la interpretación de sus disposiciones. Si las leyes aportan razones para actuar que simplifican y sustituyen las razones de fondo que las justifican, es a su vez razonable interpretarlas con la menor consideración posible de tales razones de fondo. Entonces, cuando el texto legal guía la

³⁴ Distinguir entre las intenciones sobre fines abstractos y sobre los medios de aplicación no equivale a distinguir, como ya hice (§ 3.1), entre el propósito de la ley y las intenciones subjetivas del legislador. La clave al interpretar una disposición según la doctrina subjetiva es la voluntad o intención con que su autor la creó, ya sea por los fines abstractos que perseguía o por la manera en que pretendió alcanzarlos. La clave según la doctrina objetiva finalista es el fin que revela la disposición y que puede captarse en ella misma, sea o no el que su autor se propuso.

³⁵ Las «intenciones ulteriores» refieren aquí las que tiene el legislador sobre fines de la ley, a diferencia de las que tiene sobre su aplicación, las cuales pueden verse como intenciones sobre medios, además de como inmediatas. Para Lifante (1999, p. 192), «las “intenciones ulteriores” que Marmor considera relevantes para la interpretación jurídica (y a las que subordina el otro tipo de intenciones: las aplicativas) no parecen ser algo distinto a los valores o fines que se pretenden desarrollar a través de ese Derecho (¿qué otra cosa, si no, puede querer decir su exigencia de que se trate de «intenciones jurídicamente relevantes»?). Interpretar requerirá así llevar a cabo un proceso reconstructivo del Derecho que nos determine cuáles son esos valores y qué concreta interpretación es la que los desarrolla en mayor medida (recordemos aquí el sometimiento de las intenciones aplicativas a las ulteriores)».

conducta con claridad debería servir como fuente del derecho sin necesidad de estudiar las razones e intenciones que llevaron a aprobarlo; y si el texto es impreciso, debería bastar con reconocer la intención legislativa respecto de su aplicación, sin necesidad de escrutar las intenciones y razones ulteriores.

4. Conclusiones

El *catálogo de intenciones legislativas* expuesto confirma el grave problema teórico y práctico al que se enfrenta la doctrina subjetiva al interpretar la ley, pues para ser útil ha de seleccionar la intención legislativa relevante entre un amplio rango de candidatos y justificar esa elección en un contexto de importantes desacuerdos internos. Esta no es desde luego la única dificultad de la doctrina subjetiva, como ya argumenté en otro lugar (Rodríguez-Toubes 2023), pero es una dificultad importante. La discusión presentada mostró que en el seno de la doctrina subjetiva no está resuelto ni quién es el sujeto de la intención legislativa que debería indagarse al interpretar la ley, ni cuál de las múltiples intenciones que puede albergar ese impreciso sujeto es la que se debe tener en cuenta. Como se vio, cuando la legislación procede de un órgano colegiado, determinar qué intención cuenta puede hacerse de muchas maneras tanto si se acepta la noción de intencionalidad colectiva como si se rechaza. Y cuando la legislación es mínimamente compleja es implausible que una intención simple pueda explicarla, de manera que será preciso identificar las capas de intencionalidad que confluyen en la promulgación y establecer su peso relativo en la interpretación. Estas son tareas imposibles que tendrían que producir desánimo en quienes todavía defienden la doctrina subjetiva.

5. Referencias

- Alexander, Larry. 1995. «All or Nothing at All? The Intentions of Authorities and the Authority of Intentions», en A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, pp. 357-404.
- Alexander, Larry, y Saikrishna Prakash. 2004. «“Is That English You’re Speaking?” Why Intention Free Interpretation is and Impossibility». *San Diego Law Review* 41(3), pp. 967-995. <https://doi.org/10.2139/ssrn.446021>.
- Alexander, Larry, y Emily Sherwin. 2008. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Anscombe, G. E. M. 1957. *Intention*. Oxford: Basil Blackwell. Hay trad. de A.I. Stellino: *Intención*, Barcelona, Paidós, 1991.
- Barak, Aharon. 2005. *Purposive interpretation in law*. Trad. de S. Bashi. Princeton / Oxford: Princeton University Press.
- Bassham, Gregory. 1992. *Original Intent and the Constitution : a philosophical study*. Lanham (Mar): Rowman y Littlefield.
- Brest, Paul. 1980. «The Misconceived Quest for the Original Understanding». *Boston University Law Review* 60(2), pp. 204-238.
- Brink, David O. 2001. «Legal Interpretation, Objectivity, and Morality». En *Objectivity in Law and Morals*, ed. Brian Leiter, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 12-65. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511570698.002>.
- Chiassoni, Pierluigi. 2011. *Técnicas de interpretación jurídica : Breviario para juristas*. Trad. de P. Luque Sánchez y M. I. Narváez Mora. Madrid: Marcial Pons.
- Cross, Jesse M. 2022. «Disaggregating Legislative Intent». *Fordham Law Review* 90, pp. 2221-2268. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol90/iss5/12>
- Dascal, Marcelo & Wróblewski, Jerzy. 1991. «The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation», *Journal of Pragmatics* 15(5), pp. 421-444. [https://doi.org/10.1016/0378-2166\(91\)90047-2](https://doi.org/10.1016/0378-2166(91)90047-2)
- Dickerson, Reed. 1975. «Statutory Interpretation: A Peek into the Mind and Will of a Legislature». *Indiana Law Journal* 50(2), pp. 206-235. <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol50/iss2/2/>
- Donnellan, Keith S. 1966. «Reference and Definite Descriptions». *The Philosophical Review* 75(3), pp. 281-304. <https://doi.org/10.2307/2183143>.
- Duxbury, Neil. 2012. *Elements of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dworkin, Ronald. 1985. *A Matter of Principle*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law’s Empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Ekelöf, Per Olof. 1958. «Teleological Construction of Statutes». *Scandinavian Studies in Law* 2, pp. 75-117.
- Ekins, Richard. 2012. *The Nature of Legislative Intent*. Oxford: Oxford University Press.
- Farber, Daniel, y Philip P. Frickey. 1988. «Legislative Intent and Public Choice». *Virginia Law Review* 74, pp. 423-469.
- Fish, Stanley. 2008. «Intention is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak’s Purposive Interpretation in Law». *Cardozo Law Review* 29(3), pp. 1109-1146.
- Gèny, François. [1899] 2000. *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*. Prólogo de R. Saleilles (no consta trad.) y estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez, Granada: Comares, 2000.
- Goldsworthy, Jeffrey. 1999. *The Sovereignty of Parliament : history and philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199248087.001.0001>.

- Hasen, Richard L. 2006. «Bad Legislative Intent». *Wisconsin Law Review*, pp. 843-896.
- Hurd, Heidi M. 1995. «Interpreting Authorities», en *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, ed. Andrei Marmor, Oxford: Oxford University Press, 1995, pp. 405-432.
- Hurd, Heidi M. 2015. «Interpretation without intentions». En *Reasons and Intentions in Law and Practical Agency*, ed. George Pavlakos y Verónica Rodríguez-Blanco, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 52-71.
- Kay, Richard S. 1988. «Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses». *Northwestern University Law Review* 82(2) , pp. 226-292.
- Landis, James M. 1930. «A Note on “Statutory Interpretation”». *Harvard Law Review* 43(6), pp. 886-893. <https://doi.org/10.2307/1330770>.
- Larenz, Karl. 1980. *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona: Ariel, 1980 (2ª ed.). Orig. 1979 (4ª ed.; 1ª 1960).
- Laurent, François. [1869] 2020. *Principios de derecho civil francés: Las leyes*. Trad. de Jacinto Pallares, Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- Lifante Vidal, Isabel. 1999. «Interpretación y modelos de Derecho: sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 22, pp. 171-193. <https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.06>.
- MacCallum, Gerald C. (Jr). 1966. «Legislative Intent». *The Yale Law Journal* 75(5), pp. 754-787. <https://doi.org/10.2307/794933>.
- MacPherson, James A. E. 2010, «Legislative Intentionalism and Proxy Agency», *Law and Philosophy* 29(1), pp. 1-29. <https://doi.org/10.1007/s10982-009-9048-z>
- Marmor, Andrei. 2005. *Interpretation and Legal Theory*. 2ª ed. Oxford / Portland: Hart Publishing. De la 1ª ed. hay trad. de M. Mendoza: *Interpretación y Teoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 2001.
- Marmor, Andrei. 2008. «The Pragmatics of Legal Language». *Ratio Juris* 21(4), pp. 423-452. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2008.00400.x>.
- Matczak, Marcin. 2017. «Three Kinds of Intention in Lawmaking», *Law and Philosophy* 36, pp. 651-675. <https://doi.org/10.1007/s10982-017-9302-8>
- Moore, Michael S. 1985. «A Natural Law Theory of Interpretation», *Southern California Law Review*, 58 (1&2), 277-398.
- Nourse, Victoria F. 2016. *Misreading Law, Misreading Democracy*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Perelman, Chaïm. [1972] 2019. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Trad. de L. Díez-Picazo. Santiago, Chile: Olejnik.
- Pérez Bermejo, Juan Manuel. 2023. «La interpretación histórica o subjetiva del derecho: una historia de pervivencia práctica y problemas teóricos». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 47, pp. 283-312. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.11>.
- Pettit, Philip. 2002. «Collective Persons and Powers». *Legal Theory* 8(4), pp. 443-470. <https://doi.org/10.1017/S1352325202084021h>.
- Raz, Joseph. 2009. *Between Authority and Interpretation*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín. 2023. «Comunicación y reconocimiento de la intención legislativa». *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 26, pp. 157-224. <http://www.rtfed.es/numero26/07-26.pdf>

- Sánchez Brígido, Rodrigo. 2009. «Collective Intentional Activities and the Law». *Oxford Journal of Legal Studies* 29(2), pp. 305-324. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqp007>.
- Savigny, Friedrich Karl von. [1840] 1878. *Sistema del derecho romano actual*, vol. I, trad. de M. Charles Guenoux (al francés) vertida al esp. por J. Mesía y M. Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878.
- Searle, John R. 1975. «A taxonomy of illocutionary acts». En *Language, Mind, and Knowledge (Minnesota Studies in the Philosophy of Science, vol. VII)*, ed. Keith Gunderson, Minneapolis: University of Minnesota Press, pp. 344-369.
- Shepsle, Kenneth A. 1992. «Congress is a “They,” not an “It”: Legislative Intent as Oxymoron». *International Review of Law and Economics* 12(2), pp. 239-256. [https://doi.org/10.1016/0144-8188\(92\)90043-Q](https://doi.org/10.1016/0144-8188(92)90043-Q).
- Solan, Lawrence M. 2005. «Private Language, Public Laws: The Central Role of Legislative Intent in Statutory Interpretation». *The Georgetown Law Journal* 93, pp. 427-86. Repr. en *The Language of Statutes : Laws and Their Interpretation*. Chicago / London: The University of Chicago Press, 2010.
- Stoljar, Natalie. 2001. «Postulated Authors and Hypothetical Intentions». En *Intention in Law and Philosophy, Aldershot: Ashgate*, ed. Ngaire Naffine, Rosemary Owens y John Williams, London: Routledge, pp. 271-290.
- Tarello, Giovanni. [1980] 2013. *La interpretación de la ley*. Trad. de D. Dei Vecchi. Lima: Palestra.
- Wright, Abby. 2006. «For All Intents and Purposes: What Collective Intention Tells Us about Congress and Statutory Interpretation». *University of Pennsylvania Law Review* 154(4), pp. 983-1024. <https://doi.org/10.2307/40041290>.