

El argumento de la intención del legislador: usos y propuesta normativa

The Legislator's Intent Argument: use and Normative Purpose

Roberta Simões Nascimento

Autor:

Roberta Simões Nascimento
Universidade de Brasília, Brasil
roberta.simoess@unb.br
<https://orcid.org/0000-0001-8461-2562>

Recibido: 16/6/2021

Aceptado: 22/11/2021

Citar como:

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

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© 2023 Roberta Simões Nascimento

Resumen

El trabajo presenta las principales ideas teóricas sobre el argumento de la intención del legislador. Para ello, describe la evolución del debate en torno a su significado y uso –con enfoque en el contexto europeo y estadounidense– y explica el actual contenido conceptual de este argumento. El trabajo concluye con sugerencias que permiten esclarecer la fuerza que deberían tener las intenciones legislativas en el ámbito de aplicación de las normas.

Palabras clave: interpretación jurídica; intención del legislador; argumentación jurídica; teoría de la legislación.

Abstract

The article presents the main theoretical ideas about the argument of the legislator's intent, systematizing the evolution of the debate around its meaning and use – focusing on the European and North-American context – and explaining what is its current understanding. The paper is divided into an introduction, a section dealing with the theoretical perspectives on the role of the legislative intent in legal interpretation, a section dedicated to the situations in which it would be possible to depart from the legislative intention, and a conclusion, in which the most important ideas worked on in the text are resumed.

Keywords: Legal interpretation; Legislative intent; Legal reasoning; Theory of legislation.

1. INTRODUCCIÓN

¿Existe una jerarquía entre los cánones interpretativos? ¿Cuál es el peso de la intención de los legisladores en la interpretación jurídica de las leyes? Puesto que los Parlamentos son órganos multitudinarios, formados por cientos de legisladores, ¿es posible hablar de una (única) intención legislativa? ¿Cómo se llega a ella? ¿Se deben consultar siempre los materiales preparatorios? En caso negativo, ¿en qué situaciones habrá que hacerlo? ¿Cuál es la solución cuando no se puede encontrar la intención legislativa? ¿Y si no hay tiempo para buscarla? ¿Y si la intención es mala o no corresponde a lo que está escrito? ¿Qué puede hacer el juez si cree que los legisladores están equivocados en su intento? ¿En qué situaciones la interpretación se puede apartar de la intención de los legisladores?

Sea lo que sea lo que se entienda por interpretación jurídica, entre los distintos argumentos empleados para justificar las interpretaciones en concreto, el de la intención legislativa es, desde hace tiempo, objeto de intensos debates.

En principio, tomar la intención legislativa en serio parecería la opción más democrática, pues los legisladores representan a las mayorías y esa sería la manera de proceder en un Estado de derecho en el que rija la separación de poderes. La legitimación democrática del legislador es, sin duda, el argumento más sólido que apoya la pretensión de que la voluntad legislativa tenga preferencia como guía para la interpretación de las leyes.

Sin embargo, una visión más crítica presenta la idea de que es la «ley» la que gobierna, no la intención del legislador, de manera que un gobierno de leyes –y no de hombres– exigiría que solo las intenciones efectivamente expresadas en el texto vincularan a los ciudadanos. Si la intención no está «objetivada» (por escrito), no es vinculante. La idea es que las leyes signifiquen lo que está en sus textos, no lo que los legisladores deseaban o querían decir y que, por casualidad, no plasmaron en las disposiciones normativas. De manera que la intención jamás podrá ser la subjetiva (*voluntas legislatoris*) y, si está dissociada del texto (*voluntas legis*), se debería preferir el tenor estrictamente literal, sin importar la voluntad.

Las vertientes escépticas van todavía más lejos al defender la inexistencia de una intención legislativa, pues solo los hombres (es decir, los seres humanos) pueden tener intención y las legislaturas no son hombres. Para esta objeción ontológica, el legislador no es un ser (monocrático) a quien se pueda atribuir una intención y sería falso personificar en él la decisión de una colectividad. Como en los Parlamentos hay varios legisladores –avanza el argumento–, no sería posible concebir «una» intención legislativa, entendida como la suma de las intenciones de los distintos legisladores, separada de las diversas intenciones de cada legislador individual.

La segunda objeción escéptica va por el camino gnoseológico al defender que, aunque existiera una intención legislativa colectiva, no sería posible conocerla, pues no

se votan las intenciones, sino las palabras de las leyes. Para superar esta objeción, habría que echar mano de datos, documentos e indicios que revelaran la llamada *occasio legis*, esto es, las circunstancias del momento en que se originó la ley y, aun así, persistirían todos los problemas, dificultades y dilemas planteados con relación al método histórico de interpretación.

Por último, la tercera objeción sostiene la irrelevancia práctica de la intención legislativa en la medida en que habría situaciones en las que esta no vincula al intérprete, es decir, sería inútil dedicarse a buscar la voluntad del autor de las leyes porque su intención no siempre importa, sobre todo, con el paso del tiempo, pues puede estar desfasada con relación a los avances de la sociedad, la tecnología o las necesidades sociales. Además, consecuencias nefastas e inconstitucionalidades anularían la vigencia de la intención legislativa, es decir, mostrarían que es obsoleta.

Estas objeciones han provocado que el argumento de la intención del legislador goce de poco prestigio en la teoría de la interpretación moderna.

El propósito del presente trabajo es presentar de forma sistemática el panorama teórico del debate acerca del papel de la intención legislativa en la interpretación jurídica y reivindicar el uso de este argumento. Para ello, se partirá de las premisas que se expresan a continuación.

Así, en primer lugar, se asume que negar la existencia de una «intención» equivale a decir que la ley se dictó sin razón, casi de manera involuntaria, como por accidente, lo que parece absurdo o, al menos, es poco plausible. Sin intención (sin voluntad), no hay legislación. Las leyes no son un producto de la naturaleza, no son la lluvia, que simplemente cae del cielo. Las leyes son aprobadas con el objetivo de promover algún estado de cosas, un cambio, tienen el propósito de realizar determinados valores, de preferencia, para resolver algún problema de la sociedad. Si se entiende el Derecho como un medio para alcanzar fines valiosos, también debe entenderse que las leyes son uno de los instrumentos más adecuados para ello.

De esta manera, una teoría normativa de la interpretación sin una teoría de la legislación corre el riesgo de fracasar en su finalidad de atribuir sentido a los textos legales. Se defiende que hay una conexión entre la teoría de la legislación y la teoría de la interpretación. La manera como se entiende la creación del derecho (la elaboración de las leyes) interfiere directamente en el momento de la aplicación o la interpretación del derecho legislado. Las teorías de la legislación ofrecen herramientas útiles para evaluar la racionalidad de la actividad legislativa, que –si se toman en serio– contribuyen a que no se hagan presuposiciones vacías con respecto al legislador.

Con ello, comprender el significado de una ley pasaría por entender mínimamente el contexto en el que se dictó, examinando el problema social subyacente, las finalidades que con ella se pretendían alcanzar, la argumentación involucrada a fin de verificar si los medios establecidos son los adecuados, etc. Hay que insistir en que las leyes son instrumentos para lograr determinados estados de cosas definidos políticamente, de manera que no pueden aislarse de las circunstancias que motivaron su creación. Sobre la

base de este primer presupuesto, habrá situaciones en las que será ineludible demostrar si el legislador ha actuado bien o mal y, para ello, será necesario familiarizarse con la dinámica del procedimiento legislativo.

En segundo lugar, se asume que buscar la intención legislativa es una empresa viable en la mayoría de las situaciones. Este segundo supuesto, como consecuencia del primero, considera que las legislaturas, al aprobar las leyes, actúan de manera intencional. Los textos legislativos representan el principal recurso de la intención, sin embargo, hay otros materiales capaces de completar la evidencia de lo que los legisladores pretendían. Además, tal como pretende aclararse hacia el final de este trabajo, la existencia de información empírica no es condición de validez del argumento de la intención del legislador, sin perjuicio de que un soporte fáctico en la realidad le dará más fuerza. Se reconoce que habrá situaciones en las que la intención del legislador podrá presentarse más bien como una presunción que como un hecho social.

En tercer lugar, completando las asunciones anteriores, se considera que buscar la intención legislativa no es algo fútil, sino que forma parte de la actividad del intérprete al aplicar el derecho de forma racional y sistemática. Desde luego, es posible en algunos contextos, en los que la intención legislativa no sea determinante para el resultado de la interpretación, dado que los juegos interpretativos y sus finalidades corren en simultáneo, es decir, la interpretación no necesariamente debe guiarse por la intención del legislador, pero no implica que sea irrelevante.

Igualmente, no se niega que habrá situaciones en las que se menciona la intención legislativa como una etiqueta para encubrir las propias intenciones del intérprete, es decir, lo que él personalmente considera que debería ser la intención del legislador, tal como sucede con el uso del argumento de la racionalidad del legislador. En este caso es evidente que se hace un uso falaz del argumento.

En el mismo sentido, también es incorrecto utilizar el argumento de la intención del legislador para revelar intenciones legislativas «oscuras», esto es, para decir que las «verdaderas» intenciones estarían «escondidas» –por ejemplo, cuando se alega que los legisladores actúan de manera autointeresada (sin demostrarlo)– o para descalificar o desacreditar la intención legislativa, cuando se califican como «malas» intenciones. Con esta aclaración no se pretende afirmar que los legisladores siempre presenten «razones verdaderas», sino que el problema del legislador «mentiroso» debe resolverse de otra manera, no a través del argumento mencionado, que fracasa en este tipo de situaciones.

El uso aquí propuesto, que aboga por examinar los debates parlamentarios y materiales preparatorios en general, no debe considerarse una defensa del postulado del legislador racional ni una especie de deferencia al legislador. Una interpretación de la ley no es necesariamente buena o mala porque suscriba o no la intención legislativa. Lo que no se debe hacer –según se entiende aquí– es presumir que existe un legislador ideal que siempre es racional y bienintencionado (o todo lo contrario) sin averiguar nada más.

Concebir el argumento de la intención del legislador de una manera distinta a la que aquí se propone puede implicar una concepción anacrónica con relación a los

últimos avances de la teoría contemporánea y corre el riesgo de que avale un empleo falaz del argumento, al estilo «todo vale», que probablemente serviría para enmascarar la visión subjetiva del propio intérprete acerca de cuál debería ser el propósito de la ley según sus preferencias personales.

Definidos esos aspectos –especialmente el de que la intención legislativa revelada, aunque preferencial, no es determinante en todos los casos–, se explica que el uso del argumento de la intención del legislador, en los moldes aquí pretendidos, proyecta una visión del método interpretativo acorde al Estado constitucional, que, al mismo tiempo, preserva el método jurídico de aplicación del derecho legislado.

Para alcanzar el objetivo propuesto, el trabajo se divide en cuatro apartados más. El siguiente se dedica a presentar las principales tesis y autores que se han abordado el papel de la intención del legislador en la interpretación jurídica. En el apartado tercero, se exponen las situaciones en las que la intención legislativa pierde fuerza y da pie al intérprete para que se aparte de ella. Por último, las conclusiones cierran el trabajo, retomando los principales puntos debatidos, con una propuesta normativa.

2. LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR EN LA TEORÍA

El tema de la interpretación de las leyes es tan amplio y ya se ha escrito tanto que sería verdaderamente imposible hacer un recorrido sobre las corrientes de la teoría de la interpretación jurídica. Lo mismo pasa con las ideas sobre el papel y la importancia de la intención legislativa: no sería posible presentar el debate desde el inicio, con la evolución, las discrepancias y las sutilizas de cada uno de los autores que se han dedicado al tema.

Así, dados los límites de este artículo, el presente capítulo se limita a exponer las ideas más recurrentes (las principales se repiten, aunque con capas diferentes) y los autores más acreditados sin atender al contexto en el que cada tesis surgió (aunque es sabido que los momentos explican mucho). No se pretende hacer una reconstrucción cronológica que muestre la «evolución» del pensamiento en torno a la intención del legislador, el enfoque es, más bien, preliminar e introductorio.

Valga advertir que, desde un punto de vista histórico, a lo largo del tiempo, ha habido avances y retrocesos en la relevancia de este argumento. Desde luego, se debe apuntar que la cima de prestigio de la intención del legislador fue con la Escuela de la Exégesis, aunque los cánones interpretativos de esa época estuvieran mezclados y presentaran incongruencias, tal como ya expuso Pierluigi Chiassoni (2017). Sin embargo, las premisas metodológicas de la interpretación han cambiado y se dio otro rumbo a los debates sobre la interpretación jurídica, en el que la intención legislativa adquirió otro papel.

Dándose un salto temporal, uno de los autores más influyentes del siglo xx, Hans Kelsen, manifiesta con énfasis su posición de que el llamado «argumento psicológico»

tiene el mismo valor que los demás argumentos interpretativos, puesto que no hay ningún criterio sobre el que una de las posibilidades interpretativas (inscritas en el marco) pueda ser preferible a otra (Kelsen, 1998, p. 391).

Esta visión, por cierto, es coherente con los demás aspectos de la teoría kelseniana, que confiere una nula importancia a lo que pasa en las legislaturas. Para Kelsen, el derecho empieza con la inserción de la norma en el ordenamiento, antes de eso, habría mera «política jurídica» (Kelsen, 1998, p. 396).

Dicho esto, pasamos de inmediato a exponer las principales tesis trabajadas.

2.1. El poco prestigio del argumento de la intención del legislador

En *La interpretación de la ley*, Giovanni Tarello denomina el recurso a la voluntad del legislador como «argumento psicológico»; conforme al cual, a los enunciados normativos se le debe atribuir el significado que corresponda a la voluntad de su emiteente, *in casu*, el legislador histórico.

Aparte de ser un argumento interpretativo de los más antiguos, es uno de los modos obvios de atribuir significado a los documentos normativos y, además, asegura la fidelidad a la ley y la «desresponsabilización política» del intérprete. Su utilización está condicionada por la adhesión a la ideología imperativista y a la de fidelidad a la ley por parte del juez.

Según la explicación de Tarello:

Toda la cultura positivista continental de la primera mitad del siglo XIX privilegió —o en todo caso valoró mucho— el argumento psicológico y el uso de los trabajos preparatorios, en Francia con la Escuela de la exégesis, primero por fidelidad a Napoleón y luego por exigencias de preservación de su obra legislativa; en el área germánica por razones políticas, al menos entre los juristas liberales (desconfiados de la Escuela histórica). (Tarello, 2015, p. 328)

Tarello hace cuatro observaciones importantes: 1) el argumento psicológico tiende a desacreditarse en la medida en que prevalezcan opiniones según las cuales la formación del derecho no tiene carácter voluntario, sino orgánico o funcional, o bien que debe considerarse la voluntad de los operadores en la aplicación del derecho (los juristas); 2) la eficacia del argumento psicológico se asocia al tiempo de la emisión del enunciado objeto de la interpretación con respecto al momento en que se da la atribución de significado: resultará tanto más eficaz cuanto más cercano sea, es decir, el tiempo corre en contra de la consideración de la voluntad del legislador; 3) como consecuencia de lo anterior, el argumento solo puede ser usado fecundamente si, y solo si, la voluntad normativa del autor del documento subsiste efectivamente; y 4) el privilegio del argumento psicológico vuelve imposible la «adaptación» de los enunciados jurídicos a fines mutables, lo que puede provocar significativas tensiones dentro de la sociedad y la organización jurídica.

Con ello, Tarello explica que hoy en día el uso del argumento sea menor que en el pasado. En su opinión, el argumento sirve, más bien, para desacreditar interpretaciones chocantes, que vayan manifiestamente en contra de la voluntad de los autores de la ley, es decir, el argumento empíricamente informado permitiría refutar una interpretación de la ley de apariencia plausible si existieran indicaciones para ello en los materiales preparatorios. Para Tarello, es como si el argumento de la intención fuera solo uno más, sin ninguna preferencia sobre los demás argumentos interpretativos.

2.2. La imposibilidad de verificar la intención del legislador y su contradictoria omnipresencia

En el debate sobre el papel de la intención legislativa en la interpretación, un argumento frecuente es el de la imposibilidad de que las legislaturas tengan intenciones, por lo que la interpretación jurídica no debería apelar a la intención legislativa. Esta posición se presenta en los debates europeos y norteamericanos.

Un representante europeo es Alf Ross que, en su libro *Sobre el derecho y la justicia*, presenta una de las más interesantes e influyentes exposiciones sobre el papel de la intención legislativa en la interpretación jurídica. En el capítulo IV, «El método jurídico (Interpretación)», Ross presenta una visión que abarca la teoría de la interpretación en la que siempre está presente la idea de intención legislativa.

Empieza reconociendo que toda interpretación del derecho legislado comienza con un texto y subraya la función determinativa de significado que tiene el contexto. Para Ross, el contexto proporciona un fundamento para presumir lo que el autor pudo razonablemente haber querido decir en la situación dada. Su opinión es que «toda interpretación jurídica en sentido propio incluye presunciones respecto de los criterios y valores sociales que motivaron al legislador» (Ross, 1963, p. 135), o sea, la intención legislativa está siempre presente.

Ross explica el método que llama «interpretación por conexión». No se apoya en el uso lingüístico, tampoco utiliza como herramientas las palabras empleadas en el texto, sino las circunstancias, como el contexto y la situación. Por «contexto» entiende Ross los hechos que pueden arrojar luz sobre lo que una persona intentó comunicar. La «situación» abarca todos los hechos y circunstancias que pueden indicar cuál era la intención del autor. Ross describe el método de la siguiente manera: «La interpretación por conexión es un estudio de prueba indiciaria, que hace recordar a la labor de un detective que investiga un crimen» (Ross, 1963, p. 113).

Sobre la contraposición entre interpretación subjetiva (*voluntas legislatoris*) y la interpretación objetiva (*voluntas legis*), Ross expone que, en realidad, esa distinción es falsa: toda interpretación parte de la comunicación y procura llegar a la intención. Es decir, para él, no hay una interpretación «puramente lingüística». Es más, según Ross, la creencia en una interpretación literal es una ilusión, pues la interpretación se apoya

siempre en otros factores, en particular, en conjeturas acerca de la «idea», el «propósito» o la «intención» asociados a la obra (Ross, 1963, p. 118).

Por su claridad, el fragmento que refleja la idea merece reproducción:

Tomada así como un contraste absoluto entre intención y comunicación, entre lo que se quiere decir y lo que se dice, la distinción es insostenible. Por una parte, la intención, siendo un fenómeno de conciencia interno del autor, es fundamentalmente inaccesible. Lo que entendemos por interpretación que alcanzamos cuando tomamos en consideración no solo la expresión lingüística, sino todos los otros datos relevantes: el contexto y la situación, que incluye las opiniones políticas y filosóficas del autor, el propósito declarado y el propósito presumido que lo guió al formular la expresión, etc. Por otra parte, la comunicación como tal no tiene un significado objetivo preciso, la comprensión que suscita en los demás varía con los datos de interpretación que el destinatario toma en cuenta.

La diferencia entre interpretación subjetiva y objetiva, por lo tanto, no ha de ser buscada en el contraste entre los propósitos de la interpretación (el significado intentado como cosa opuesta al significado comunicado). Toda interpretación parte de la comunicación y procura llegar a la intención. La diferencia depende de los datos que se toman en cuenta al interpretar. La interpretación subjetiva se vale de todas las circunstancias que pueden arrojar luz sobre el significado, en particular todas las circunstancias personales y de hecho ligadas a la composición de la expresión y a su declaración. La interpretación objetiva limita los datos a aquellos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión. (...) (Ross, 1963, pp. 117-118)

En su descripción sobre la resolución de los problemas de interpretación en la práctica, Ross sostiene que hay una fusión entre lo que sería una función cognoscitiva (dirigida a expresar ciertos datos) y una función valorativa por parte del juez (guiada por emociones y valoraciones sociológico-jurídicas). Por ello, entiende que existe un límite difuso entre las tres situaciones siguientes:

- a) aquellos casos en los que el juez cree que hay –en la ley misma o en su historia legislativa– ciertos elementos que prueban que su interpretación concuerda con la intención del legislador;
- b) aquellos casos en los que, con acierto o con error y sin tener una clara conciencia de ello, el juez identifica sus propias actitudes pragmáticas con las del legislador; y finalmente;
- c) aquellos casos en los que el juez se da cuenta de que está interpretando la ley a la luz de ideas que no pueden ser atribuidas al legislador, y que incluso posiblemente se hallan en oposición directa con las intenciones de este último (Ross, 1963, p. 135).

Para Ross, es inconcebible un estilo de interpretación completamente objetivo, fundado exclusivamente en las palabras de la ley (rechazando los antecedentes). Según sus propias palabras: «La actitud del juez hacia la ley siempre va influida por una serie de factores, productos de la situación y por la conexión entre la ley y el resto del derecho» (Ross, 1963, p. 137).

Aunque con ello pudiera parecer que Ross estaba de acuerdo con una interpretación subjetiva, eso tampoco es verdad, en la medida en que el autor ve problemas para detectar la intención legislativa cuando las leyes son, en gran medida, producto del

trabajo de personas que propiamente no integran la legislatura y el legislador no es un ser unipersonal (Ross, 1963, p. 138). Afirma, además, que la interpretación subjetiva se traduce en falta de certidumbre para los ciudadanos.

De acuerdo con Ross, el problema de la interpretación no puede resolverse atribuyendo fuerza obligatoria a «la voluntad» o a «la palabra» (Ross, 1963, p. 151). Los dos modos de interpretación tienen problemas.

En concreto, sobre como los antecedentes de la ley pueden proporcionar información útil acerca de la intención del legislador, Ross entiende que es por pura convención que la historia del proyecto legislativo pueda servir de base para reconocer la voluntad real del legislador. De todas las maneras, Ross entiende que: «Mientras más cuidadosamente haya preparado el proyecto –particularmente si es obra de una comisión de expertos– mayor es el peso que se atribuye a las notas que lo acompañan» (Ross, 1963, p. 138). Este es un punto importante que se diferenciará bastante en el debate norteamericano.

Más adelante, Ross dice que los materiales preparatorios tendrán un peso decisivo cuando no haya consideraciones de suficiente peso como para dejarlas de lado (Ross, 1963, p. 147). Su visión sobre la interpretación es la siguiente:

(...) las máximas de interpretación no son reglas efectivas, sino implementos de una técnica que –dentro de ciertos límites– habilita al juez para alcanzar la conclusión que considera deseable en las circunstancias, y al mismo tiempo, preserva la ficción de que solo está obediendo la ley y los principios objetivos de interpretación. (Ross, 1963, p. 148)

Como se ve, Ross presenta una de las visiones más claras sobre el papel de la intención legislativa, asociándola más a la idea de propósito que a la de motivación. Para el autor, el argumento de la intención legislativa tiene preferencia si no hay otras razones de peso para no tener en consideración la voluntad del legislador. No defiende que los materiales preparatorios sean irrelevantes, pero tampoco que siempre sean consultados, por lo que claramente admite que la intención se presente bajo la forma de presunción.

Con una notable influencia de Alf Ross, Riccardo Guastini, en *Interpretar y argumentar*, usa el término «significado subjetivo» (o intencional) para hacer referencia al que se corresponde con la intención de la autoridad normativa. Este no se opone necesariamente al «significado objetivo», es decir, al contenido del texto normativo en sí mismo considerado, que abarca el significado lingüístico, textual o, incluso, literal.

Para Guastini, el significado subjetivo solo es fruto de una conjetura sobre la intención del legislador, «(...) intención derivada no del texto en cuanto tal, sino de elementos extralingüísticos, como los trabajos preparatorios, el contexto político y similares» (Guastini, 2014, p. 106).

Retomando el argumento de Alf Ross en *Sobre el derecho y la justicia*, Guastini entiende que no está bien fundamentada la distinción entre el significado expresado por un enunciado (es decir, independiente de la intención del emisor) y el significado correspondiente a la intención del emisor, pues toda interpretación parte del

texto y busca llegar a la intención, solo que el intérprete siempre está influenciado por elementos ajenos al texto.

Así, para Guastini, la distinción entre significado «objetivo» y significado «subjetivo» corresponde más bien a una cuestión de «estilo argumentativo», según se recurra o no a los trabajos preparatorios como prueba de la intención del legislador. Eso está en línea con la idea de Ross que reconoce que la interpretación objetiva es inconcebible y que ambos «métodos» presentan problemas. Guastini también supone que la intención del emittente es un componente no eliminable del significado, aunque, se apoye otra vez en Ross para insistir en que la intención, en cuanto fenómeno psicológico, es fundamentalmente inaccesible, de manera que solo puede ser objeto de «discutibles conjeturas».

A su vez, en Estados Unidos, Gerald C. MacCallum Jr. es uno de los exponentes más representativos de la vertiente escéptica de la interpretación, para la que no tiene sentido hablar de «intención legislativa». En *Legislative intent*, MacCallum Jr. expone la confusión existente entre «significado» o «propósito» y propone diversos «modelos» de intención legislativa.

Su trabajo tiene el gran mérito de intentar desplazar el centro del debate acerca de si las legislaturas son capaces de tener intención, para ocuparse de la relevancia de apelar a la intención del legislador y los «efectos prácticos» que conlleva esa opción interpretativa (MacCallum, 1966, p. 786). Se puede ver que ese planteamiento influye, aún hoy día, en el debate norteamericano sobre la intención legislativa en la interpretación jurídica: existe una preocupación por las consecuencias empíricas de ese modelo interpretativo.

Autores más contemporáneos, como Cass R. Sunstein (1999), por ejemplo, siguen problematizando sobre la necesidad de que haya más estudios empíricos sobre la reacción de los legisladores frente a los incentivos creados por la adopción de una determinada interpretación. Parecería existir una hipótesis en el sentido de que un Poder Judicial más formalista (que no busca soluciones más allá del texto legal para sus decisiones) generaría incentivos para legisladores más atentos del proceso legislativo y, con ello, se producirían mejores leyes, mientras que buscar la intención legislativa tendría el efecto contrario.

Con preocupaciones empíricas parecidas a las de Cass R. Sunstein, Adrian Vermeule (2000) contesta, desde un punto de vista práctico, la capacidad institucional de los jueces para consultar los materiales prelegislativos. Además, para este autor, recurrir a la intención a través de tales documentos sería peligroso, pues son engañosos y, con frecuencia, el propósito de una norma no es exclusivamente jurídico, sino de naturaleza económica y social, por lo que los jueces no están preparados para analizarlos¹.

1. En palabras del propio autor: «*First, whatever its other defects, consulting legislative history for evidence of specific intent fits more comfortably with judges' traditional training and experience. Evidence of specific intent in the legislative history usually embodies a distinct legal command, prohibition or standard that relates to a particular provision of statutory text. Evidence of specific intent, therefore, at least bears more directly upon the types of specific legal questions that judges typically decide. By contrast, evidence of general purpose in the legislative history often involves political social or economic problems that are nonlegal and*

Tras lo visto hasta ahora, se ha verificado una fuerte presencia del argumento escéptico en el sentido de que la intención legislativa no es realista porque la noción de un legislador es mera ficción, no existe tal persona, de manera que hablar de intención legislativa sería equivocado y, en todo caso, meramente conjetural. La esencia del argumento está en que una colectividad (los Parlamentos) no puede tener una intención.

En este sentido, se puede mencionar, por ejemplo, a Dickerson (1975, p. 206), para quien, aun cuando no haya «intención legislativa», hace falta que las cortes actúen como si dicha intención existiera, por deferencia con la separación de poderes que exigiría tal ficción (Dickerson, 1975, p. 217).

A su vez, para Shepsle (1992), la intención legislativa es un oxímoron, una expresión de dos palabras contradictorias, sin consistencia interna. Según el autor, clamar por una intención legislativa es ocuparse de un mito (la existencia de UN legislador o EL legislador) o cometer una falacia (personificar una colectividad). En todo caso, su opinión es la de que la intención legislativa proporciona un fundamento inseguro para la interpretación jurídica, que debería descansar sobre otra base.

Basándose en el «dilema de Arrow», Shepsle (1992, p. 244) argumenta que el Parlamento está compuesto por varias mayorías, que la mayoría vencedora consiste en varios legisladores y, a su vez, sus respectivas razones para votar (a favor y en contra) son tan variadas como su número. Así que no habría una sola intención legislativa, sino varias intenciones de los legisladores². Por esa razón, la expresión «intención legislativa» carece de significado.

2.3. Las varias directivas interpretativas que cabrían bajo la intención del legislador

En *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Pierluigi Chiassoni reúne bajo la categoría de directivas primarias de interpretación (seudo)psicológica nueve técnicas o recursos hermenéuticos constituidos por datos concernientes a la mente, la voluntad o la intención del legislador. Indica, además, una décima directiva que

highly controversial, and in which most generalist judges claim no particular expertise. Restricting the use of legislative history to consultation of such evidence may alleviate the salience problem, yet it simultaneously heightens the risk that judges will fundamentally misunderstand the problems at issue in the legislative record» (Vermeule, 1998, p. 1884).

2. El argumento de Shepsle está así sintetizado por él mismo: «*When a bill passes the House and Senate in the same form, and is signed by the president, there are only limited inferences to be drawn. We know that one majority in each chamber has revealed a «preference» for the bill over xo. We do not know why, and it is likely that each legislator has a mix of different reasons. We do not know how majorities feel about choices with which they were never confronted (one of the results of agenda control). That is, we have only a limited capacity to distinguish between what legislators want and what various procedural elements have foreordained. Finally, a naïve look at final passage, even with the additional assistance of committee reports, a transcript of debate in each chamber, and other manifestations of legislative history, does not permit us to differentiate the «will of the majority» from the machinations, both ex ante and ex post, of agenda setters. All of these interpretive difficulties flow from the content of the Arrow theorem»* (Shepsle, 1992, p. 248).

considera de naturaleza híbrida (mezclada entre las directivas lingüísticas, psicológicas y sistemáticas). La recopilación de directivas de interpretación que hace Chiassoni alcanza un total de veintiséis, de manera que tan solo las directivas (seudo)psicológicas corresponden a un tercio del total, situadas al lado de los grupos de directivas de interpretación lingüística, autoritativa, teleológica y heterónoma.

Para Chiassoni, tales directivas primarias consisten en recursos dotados de inmediata eficiencia hermenéutica, de los que deben servirse los intérpretes para atribuir un significado o acreditar esa atribución. En el orden presentado por Chiassoni, las directivas de interpretación (seudo)psicológica vienen precisamente en segundo lugar, tras las de interpretación lingüística, considerando los cánones interpretativos más recurrentes en la literatura metodológica.

El canon clásico de la interpretación *psicológica* ha recibido la siguiente formulación (DP-6)³: «A una disposición se le debe atribuir el significado que corresponda a la voluntad del legislador» (Chiassoni, 2011, p. 95).

Chiassoni procura explicar que «el significado correspondiente a la voluntad (o intención) del legislador» puede corresponder a:

- a) el significado *querido* por el legislador; o
- b) el significado *sugerido por el fin que el legislador ha querido alcanzar* (emanado de la disposición que se trata de interpretar).

Explica, además, que la noción de «legislador» puede entenderse de, al menos, tres maneras:

- i) el legislador *ideal*: el buen legislador, el legislador racional;
- ii) el legislador *histórico*: el legislador real, en concreto, originario;
- iii) el legislador *actual*: el legislador presente.

El autor trata de aclarar que, aunque el argumento psicológico presente un ropaje subjetivo (el reenvío a una voluntad del legislador, que puede ser ideal, histórico o real, como se acaba de ver), la directiva de interpretación es objetiva (Chiassoni, 2011, p. 95).

Chiassoni presenta los problemas que enfrenta la aplicación del argumento psicológico: 1) si es posible identificar de modo fiable y preciso la voluntad de un legislador individual (pues el intérprete no puede penetrar en la mente de otro ser humano); 2) si existe una «intención legislativa», ya que cuando el órgano es colegiado sostenerla asumiría un carácter ficticio e ilusorio; y 3) la objeción de que la única volición imputable es la del texto normativo, no del significado específico de este (Chiassoni, 2011, p. 96).

3. Numeración usada por el propio autor.

Para «salvar» la directiva, Chiassoni sugiere

(...) el reenvío a la «voluntad» o a la «intención» del «legislador histórico» como una forma decorativa de prescribirle al intérprete que busque elementos útiles para la interpretación de una disposición:

- a. En los llamados trabajos preparatorios.
- b. En la *occasio legis*.
- c. En los (presumibles) principios inspiradores de las líneas de política legislativa del legislador histórico.
- d. En cualquier otro dato concerniente al contexto histórico político cultural y social de producción de la disposición interpretada, que el propio intérprete considere relevante para los fines de formular conjeturas argumentativas plausibles sobre el sentido querido y/o el fin deseado por «el legislador» (CHIASSONI, 2011, pp. 96-97).

A su vez, para Chiassoni, si se trata del «legislador presente», el intérprete debe atribuir el sentido conforme a «hipótesis contrafácticas» sobre la voluntad del legislador, en cuyo caso no pueden valerse de los trabajos preparatorios, sino de elementos del contexto, como, por ejemplo: a) los principios que presumiblemente inspiran las líneas de política legislativa del legislador presente; b) el sentido (presuntamente) querido o los objetivos (presuntamente) deseados para las previsiones emanadas aquí y ahora sobre la misma materia; o c) los fenómenos sociales, los progresos científicos y técnicos, los eventos naturales, etc. (Chiassoni, 2011, p. 97).

Por tanto, el autor muy enfáticamente encaja bajo el argumento de la intención la formulación de «conjeturas plausibles sobre cuál es [el] significado que el legislador presente habría querido atribuir, o sobre cuál es la finalidad que habría querido alcanzar, si hubiese producido aquí y ahora la disposición» (Chiassoni, 2011, p. 97). Con ello, Chiassoni presenta una versión sobredimensionada de lo que llama «canon psicológico», como un paraguas en el que caben prácticamente todos los recursos hermenéuticos que se utilizan de la figura del legislador (sea el ideal, el histórico o el actual)⁴.

4. Según su construcción, las directivas se formulan de la siguiente manera:

1. interpretación *psicológico-lingüística originalista* o *genético-lingüística* (DP-7): «A una disposición se le debe atribuir el significado querido por el legislador histórico, en el momento de la producción de la disposición»;
2. interpretación *psicológico-funcional originalista* o *genético-teleológica* (DP-8): «A una disposición se le debe atribuir el significado sugerido por el objetivo que el legislador histórico pretendía alcanzar, mediante tal disposición, en el momento de su producción»;
3. interpretación *psicológico-lingüística actualizada* (DP-9): «A una disposición se le debe atribuir el significado que el legislador presente le habría querido atribuir, si hubiese producido la disposición en el aquí y ahora de su aplicación»;
4. interpretación *psicológico-funcional actualizada* (DP-10): «A una disposición se le debe atribuir el significado sugerido por el objetivo que el legislador presente habría querido alcanzar, mediante tal disposición, si la hubiese producido en el aquí y ahora de su aplicación»;
5. interpretación *psicológico-lingüística originalista contrafáctica* (DP-11): «A una disposición se le debe atribuir el significado que el legislador histórico habría querido atribuirle, si hubiese producido la disposición en el aquí y ahora de su aplicación»;

Así, aunque Chiassoni no lo haya dicho expresamente, se puede inferir de sus escritos la idea de que el argumento de la intención del legislador (que él llama «psicológico») ocupa un lugar destacado, pues es el segundo de su catálogo (es el que sigue después del argumento lingüístico), pero tiene la característica de que siempre es derrotable. Como la propuesta teórica del autor es más bien analítica (que normativa), no es posible deducir que defienda un uso prioritario del argumento de la intención frente a los demás argumentos; aunado a que el autor es escéptico y parece no concebir una interpretación «mejor» (o más correcta), ya que se cuida de una actividad insertada en diversos «juegos interpretativos».

2.4. Los problemas de atribuir intención a legisladores multitudinarios y el método para prevenir el prejuicio de la interpretación conforme al legislador

Chaim Perelman expone el problema de atribuir una intención al legislador de la siguiente manera:

(...) No hay que olvidar que en el régimen parlamentario el legislador no es un ser único, sino una corporación que frecuentemente comprende centenas de miembros, distribuidos muchas veces en dos asambleas y que además la mayor parte de ellos votan siguiendo una disciplina de partido y desinteresándose de la cuestión. Los más competentes tienen con frecuencia puntos de vista diferentes sobre la materia que de ordinario se esfuerzan en conciliar por medio de un compromiso obtenido merced a fórmulas de alguna vaguedad, que permiten por ello interpretaciones divergentes (Perelman, 2019, p. 46).

En *Lógica jurídica y la nueva retórica*, al comentar el proyecto de la Escuela de la Exegesis, el autor pregunta retóricamente si el papel de los jueces es idéntico al del historiador del derecho, que busca descubrir qué sucedió en realidad en el debate y la votación de una ley o, por el contrario, si debe buscar una interpretación razonable,

6. interpretación *psicológico-funcional originalista contrafactual* (DP-12): «A una disposición se le debe atribuir el significado sugerido por el objetivo que el legislador histórico pretendía alcanzar, mediante tal disposición, si la hubiese producido en el aquí y ahora de su aplicación»;
7. (DP-13): «A una disposición se le debe atribuir el mismo significado atribuido por el legislador histórico de su tiempo a la disposición diversa que regulaba entonces la misma relación o situación»;
8. (DP-14): «A una disposición se le debe atribuir el mismo significado atribuido, en la cultura jurídica de su tiempo, a la disposición diversa que regulaba entonces la misma relación o situación»;
9. interpretación *sistemática según la hipótesis de la constancia terminológica del legislador* (DP-15): «A una disposición se le debe atribuir el significado correspondiente a los usos lingüísticos del legislador».

A partir de estas directivas, especialmente la última, se ve que Chiassoni incluye como argumento psicológico incluso hábitos lexicales, es decir, el uso corriente de las palabras en un ordenamiento jurídico. El propio autor reconoce que su directiva DP-15 es una directiva racionalista y sistemática, que recomienda al intérprete que tenga en cuenta el resto de las disposiciones en que aparecen los mismos términos. El presupuesto de la directiva es el de que un buen legislador no es inconstante y mantiene un rigor terminológico en las leyes que produce.

que permitiría la «mejor» solución, la más equitativa al caso particular, de acuerdo con el derecho en vigor (Perelman, 2019, p. 46).

Para Perelman, en la mayor parte de las ocasiones, el recurso a la voluntad del legislador será inútil, pues con frecuencia las cuestiones que son objeto de una controversia jurídica no han sido objeto de un debate parlamentario o la formulación lingüística alcanzada fue precisamente fruto de un compromiso (para lograr la aprobación de la ley) que deja sin resolver los problemas más delicados. Por ello, afirma: «En estos casos al invocar la voluntad del legislador nos referimos a una intención presumida e incluso a veces enteramente ficticia, que es atribuida a un legislador razonable» (Perelman, 2019, p. 62). Así, para Perelman, el argumento de la intención del legislador no pasa de ser un recurso retórico.

Perelman desarrolla su argumento criticando la investigación de la voluntad al estilo de la Escuela de la Exégesis, en la medida que conduce necesariamente a una «concepción estática de la ley» (Perelman, 2019, p. 159). De acuerdo con el autor:

En efecto, al tratar de conocer la voluntad, que se había manifestado a veces más de un siglo antes, se suponía que la voluntad del legislador continúa siendo la misma a pesar de la evolución técnica, moral o política que podía haberse producido en el ínterin. Ello significa partir de la hipótesis metodológica, muy discutible, de que, porque el texto ha permanecido sin cambio, debe continuar recibiendo hoy la misma interpretación que el legislador le había dado en el pasado (Perelman, 2019, p. 159).

Insistiendo en los problemas involucrados en el recurso a la voluntad del legislador, Perelman duda de que los debates parlamentarios puedan legítimamente prestarse a aclaraciones cuando la mayoría parlamentaria finalmente ha votado un texto vago. Explica el autor que, por esa razón, la jurisprudencia inglesa ha prohibido tal uso de los trabajos parlamentarios y ha preferido extraer del texto mismo de la ley su espíritu. A fin de cuentas, dice Perelman, el referido medio de interpretación es inútil frente a una laguna, pues simplemente el legislador no había previsto la situación.

Al sostener dicha posición, Perelman parece, en verdad, llamar la atención sobre la complejidad de extraer la intención del legislador, pues no siempre los materiales prelegislativos van a proporcionar una información clara e inmediata.

En estos términos, Perelman parece que defiende una concepción dinámica de la interpretación, de acuerdo con la que el intérprete tiene que buscar la voluntad del legislador, entendiendo por tal, no la del legislador histórico (que votó la ley, máxime si la ley es antigua), sino la del legislador actual. La claridad del propio Perelman justifica, de nuevo, la transcripción de sus ideas:

En efecto, el legislador antiguo, cualquiera que hubiera sido su voluntad real, que el juez puede, todo lo más presumir, no está en condiciones de hacer constar su desacuerdo con la interpretación que se le atribuye. Cabe que esta atribución no sea otra cosa que una ficción gracias a la cual el juez hace pasar por conforme a la voluntad del legislador una interpretación de la ley que es suya personal. En cambio, cuando la voluntad a la cual se hace alusión es la del legislador actual, se afirma una hipótesis cuya veracidad puede ser

contrastada, pues, en caso de desacuerdo con el juez, el legislador actual está en condiciones de pronunciarse y votar una ley interpretativa. La posibilidad de un diálogo, entre partes capaces de hacer conocer su opinión, como son, a saber, el Tribunal Supremo y el legislador actual, es lo que hace atractiva la técnica de interpretación sugerida, pues transforma la voluntad del legislador en una presunción susceptible de ser destruida, en lugar de hacer de ella una presunción irreversible, y a veces netamente ficticia, que escapa a todo control efectivo. (Perelman, 2019, p. 160)

Perelman clama por una aplicación del derecho que concrete su función social (concepción funcional del derecho) y considere los aspectos de la sociedad sobre la que concretamente regirá. Por esa razón, considera un prejuicio creer que las leyes deben ser interpretadas siempre conforme a la voluntad del legislador que las votó, sin tener en cuenta la evolución de las costumbres y la técnica (Perelman, 2019, p. 186). Según su formulación:

(...) cuando hay buenas razones para creer que el legislador actual no puede compartir los puntos de vista del legislador anterior (y esto es tanto más probable cuanto más profunda alteración hayan experimentado las circunstancias en que la ley se votó) al tratar de ajustarse a la voluntad de la nación, el juez se ajustará en último término a la voluntad presumida del legislador actual (Perelman, 2019, p. 186).

Así, Perelman atribuye una función más bien retórica a la intención del legislador, admitiéndola expresamente como mera presunción y reconociendo que dicha intención no debe ser determinante ante los cambios de las necesidades sociales. Con ello, Perelman se convierte en precursor de la visión que prevalece hoy día sobre el papel de la intención del legislador.

2.5. El rescate de la intención del legislador desde un punto de vista institucional y cómo concebirla hoy en día

Tras idas y venidas sobre el peso de la intención legislativa en la interpretación y respecto a qué se debe considerar a estos efectos, finalmente se ha podido superar el debate clásico sobre la (im)posibilidad de determinar la intención de los legisladores. En verdad, esta disputa entre intencionalistas y realistas ha contribuido, más bien, a provocar la desorientación sobre la cuestión más importante.

Así que merece la pena ver las tesis más modernas sobre el argumento, dejando de tomar la intención legislativa como el «estado mental» (interno, subjetivo y, de hecho, irrelevante para la interpretación de los actos legislativos) de los legisladores.

En este punto del debate se sitúan, por ejemplo, Hart y Sacks (1994) para quienes la legislación debería considerarse el resultado de «personas razonables que persiguen propósitos razonables». También para Lifante Vidal (1999) legislar es una actividad institucional y colectiva claramente intencional, pues para que un determinado texto se convierta en Derecho se exige una serie de acciones de varios individuos, previstas

en el procedimiento legislativo. Una vez que se llevan a cabo todas las acciones, se producirá un resultado: el texto se convertirá en Ley. De esa manera, el cambio normativo es resultado de la intención en ese sentido, aunque haya distintos conceptos de «intención» a los que se puede hacer referencia, los cuales no serán aclarados aquí por razones de espacio, pero han sido comentados por Lifante Vidal (1999).

De manera semejante, Campbell (2001) defiende una concepción institucional de la intención legislativa, según la cual no hace falta asumir que las legislaturas tengan un «estado mental psicológico unitario». La intención legislativa que importa es la manifestada en el discurso público y que se traduce en el acto legislativo (no las comprensiones subjetivas de los miembros del Parlamento).

Con estas construcciones, se nota un gran avance en los debates sobre la intención legislativa.

Desde el punto de vista clasificatorio, por ejemplo, Neil MacCormick considera el apelo a la intención del autor de la ley un argumento transcategorico, que sirve como material para elucidar el significado del texto. En su construcción, el argumento sirve para apoyar las demás categorías de argumentos interpretativos, a saber: argumentos lingüísticos, argumentos sistémicos y argumentos teleológicos-deontológicos (MacCormick, 2010, p. 71). Con esta idea, es como si el argumento intencional fuera subsidiario, de refuerzo para aclarar las dudas de sustancia.

El autor planta la semilla de que la interpretación debe mirar a la legislación como una actividad racional y teleológica. Con ello, la intención del legislador sería la guía adecuada para la imputación de valores objetivos a la legislación y el intérprete tiene el deber de adoptar la interpretación que realice más los valores en cuestión (MacCormick, 2008, p. 178). El pasaje siguiente esclarece la idea:

[la atribución de una intención «objetiva» al Parlamento] es obtenida a partir de la lectura de la legislación como un todo, guiada por la suposición de racionalidad parlamentaria en la consecución de una tarea teleológica guiada por alguna concepción de justicia y bien común –concepción esta tal vez contestable, tal vez hasta contestada–. No se trata, por lo tanto, de una «intención» descubierta como un hecho histórico a partir de elementos externos a los materiales puestos a la interpretación y las suposiciones comunes que la comunidad de intérpretes puede hacer sobre el proceso racional de producción del Derecho. Se trata de un instrumento heurístico interno a la interpretación jurídica, no un dato nuevo añadido desde fuera. (MacCormick, 2008, pp. 179-180)

Más adelante, afirma: «La intención de actuar justamente siempre puede ser imputada a la legislatura considerada como cuerpo creador de derecho idealmente racional» (MacCormick, 2010, p. 74). Y enfatiza que la intención ejerce un papel adecuado en la interpretación no porque consista en un estado mental propio de alguien y posible de ser descubierto, que sería capaz de explicar con especial autoridad las palabras usadas, sino porque los actos racionales de legislación se presentan de forma coherente y porque las reformas legislativas siempre tienden a remediar alguna deficiencia. En sus palabras: «La intención es un modo retóricamente eficiente y legítimo para presentar

una conclusión sobre la interpretación más razonable en un contexto, no un argumento adicional respecto a eso» (MacCormick, 2008, p. 182).

La visión de MacCormick trae una posibilidad más moderna de uso de la intención legislativa, que también es la más recurrente en la actualidad, dentro de una concepción más institucional que propiamente psicológica (sin necesidad de que haya respaldo empírico a dicho argumento, es decir, sin compromiso con la veracidad).

Precisamente desarrollando esa perspectiva y, al mismo tiempo, inaugurando un nuevo curso en los debates, Richard Ekins presenta un enfoque que conecta teoría de la interpretación y teoría de la legislación, que da otro sentido a cómo las cortes deben mirar las evidencias de la intención legislativa.

The nature of legislative intent (Ekins, 2012) se dedica por entero al argumento del autor de que la intención legislativa es central en la interpretación jurídica. Ello porque las legislaturas tienen autoridad y son el espacio para debatir sobre qué debe hacerse y tomar decisiones y no un mero espacio formal (Ekins, 2012, pp. 89-90). Además, porque el acto de legislar, más allá de ser un ejercicio de autoridad, introduce opciones y cursos de acciones basadas en la elección medios-fines (Ekins, 2012, pp. 135-136). Para el autor, no es posible interpretar el significado intencional sin comprender las razones que han llevado al acto (Ekins, 2012, p. 137).

Como se ve, la visión de Ekins sobre el papel de la intención legislativa se conecta directamente con la comprensión que tiene sobre la propia función legislativa, que supondría razonamiento, planificación y elección entre otras opciones. Es decir, el acto de legislar se basa en buenas razones (para servir al bien común), que deben tenerse en cuenta en la interpretación. El autor toma las legislaturas como órganos verdaderamente deliberativos.

De esa manera, la intención legislativa que debe ser considerada no es la de la mayoría que ha votado a favor de una ley, sino la intención representada en la elección justificada en el acto legislativo. Así, se abandona, de forma definitiva, la intención como estado psicológico.

El enfoque de Ekins está fundado en la idea de un compromiso legislativo, de que el proceso legislativo está diseñado para desarrollar planos de acción coherentes y razonables (Ekins, 2012, p. 236), de manera que eso debe reflejarse en la interpretación. El siguiente fragmento ilustra su pensamiento:

(...) el foco de la investigación interpretativa es justamente lo que es plausible inferir que el Parlamento pretendía al promulgar el pertinente texto legal, es decir, qué contenido de significado pretendía transmitir (...). La legislatura actúa por razones y usa el lenguaje racionalmente, lo que significa que los intérpretes tienen buenas razones para reflexionar sobre la probable cadena de razonamiento de la legislatura para determinar el significado que la legislatura probablemente pretendió transmitir (Ekins, 2012, p. 249)⁵.

5. En el original en inglés: «(...) *the focus of the interpretive inquiry is rightly on what it is plausible to infer Parliament intended in enacting the relevant statutory text—that is, what meaning-content it intended to*

El trabajo de Ekins ha recibido muchas críticas y análisis. De hecho, habría muchos comentarios que hacer, máxime sobre la idealización de las capacidades institucionales del Poder Legislativo. De lo visto, por ejemplo, el autor claramente idealiza la labor legislativa, sin contrastarla con la información empírica disponible. Sin embargo, para los fines de este trabajo, lo que importa es reflejar el giro que Ekins logró introducir sobre el papel de la intención legislativa, qué debe considerarse a este efecto y cómo conectar las teorías de la legislación y la interpretación.

Con este breve recorrido teórico se ha mostrado con más claridad el papel teórico del argumento de la intención del legislador, según la visión de algunos destacados autores. Como resumen de las principales ideas, se pueden extraer las siguientes: 1) toda interpretación parte del texto y procura llegar a la intención para atribuirle sentido; 2) la intención legislativa no es psicológica ni tiene que ver con los estados mentales subjetivos de los legisladores; 3) hay diversos argumentos interpretativos, pero el argumento de la intención del legislador tiene preferencia sobre los demás; 4) como existen razones que justifican que el intérprete se aparte de la intención legislativa, existe una tendencia de desvalorización de ese argumento interpretativo; 5) se puede asociar la idea de intención legislativa a la de propósito o de motivación de la ley, aunque la *ratio legis* parezca más útil a estos fines; 6) se pueden recurrir o no a los materiales preparatorios u otros datos que revelen la llamada *occasio legis*, es decir, el contexto en que se originó la ley; 7) el uso del argumento de la intención del legislador será más sólido en la medida en que esté empíricamente informado, aunque su validez no dependa de la verificabilidad de la intención; 8) puede presumirse la orientación legislativa hacia determinados propósitos legislativos; 9) el recurso a la intención del legislador puede ofrecer elementos a otros tipos de argumentos interpretativos; y 10) el principal argumento a favor de la existencia y respecto a la intención legislativa es el principio democrático y la separación de poderes.

3. CUÁNDO SE PUEDE APARTAR DE LA INTENCIÓN LEGISLATIVA

Como se acaba de ver, de modo general, la mejor comprensión parece ser la de que, además de «existir», la intención legislativa puede encontrarse tanto en los preámbulos, como en las exposiciones de motivos, al igual que en las actas de los debates parlamentarios u otros materiales preparatorios de la ley. Yendo más lejos, el propio contexto es capaz de arrojar luz sobre la intención legislativa o dejarla clara, de manera que no haría falta una información necesariamente empírica para sostener el argumento de la

convey (...). The legislature acts for reasons and uses language rationally, which means that interpreters have good reason to reflect on the legislature's likely chain of reasoning in order to determine the meaning that the legislature likely acted to convey» (Ekins, 2012, p. 249).

intención del legislador, que puede expresarse como una «presunción» construida por el propio intérprete.

Sin perjuicio de la posibilidad de establecer la intención legislativa en la gran mayoría de los casos, hay que afirmar que la intención legislativa no es la única guía para la interpretación jurídica. La calidad de la interpretación (o lo buena o mala que parezca) no depende de que haya suscrito o no la intención legislativa. Pues el legislador puede haberse equivocado (situaciones de error material), la intención puede revelarse absurda, «mala» o, incluso, inconstitucional, lo que puede hacer que de la ley se deriven efectos prácticos no tolerables y, además, existe la posibilidad de que la ley se haya quedado obsoleta.

En ese sentido, el propósito de este apartado es presentar las situaciones en las que la interpretación podría legítimamente apartarse de la intención legislativa.

3.1. El error del legislador

Al seleccionar las palabras, los legisladores –y no solo ellos, sino también los demás funcionarios que trabajan asesorando la elaboración legislativa– pueden equivocarse e incurrir en un error material. Este sería el caso de un artículo de la ley ilógico, contradictorio o incompatible con toda la teleología de la ley. Se trata de un «error de escritura» (*lapsus calami*), un desliz que queda de manifiesto por el mal uso de las palabras.

Esta es una situación en que cabe apartarse de la literalidad del texto de la ley, porque se presume que la intención del legislador no fue (o no habría sido) cometer un error. La sola interpretación del léxico no agota la actividad del intérprete. En un caso así, la interpretación literal sería «ilógica», daría lugar a una solución absurda e incoherente con el propósito de la ley.

Hay un punto que merece especial atención: el error del legislador guarda relación con temas lexicales, no con el contenido de la ley, es decir, no tiene que ver con el sentido de la conducta regulada por la ley.

Dentro de su margen de apreciación, los Parlamentos pueden dictar leyes con el contenido que entiendan pertinente, siempre y cuando se respete la Constitución. Las situaciones que aquí se llaman error del legislador son solamente los *lapsus linguae* en el que sea obvio que hubo una mala elección de palabras. Así, aquí cabría hablar de una intención tácita del legislador para corregir el texto legislativo.

Se pueden incluir como error del legislador las situaciones en que ha expresado mal su intención, siempre y cuando se tenga con claridad su intención. El ejemplo de un caso brasileño ilustra lo anterior:

La Ley núm. 13.465/2017, sobre la regularización de tierras rurales y urbanas, ha creado un nuevo derecho real de losa, llamado, en portugués, *laje*, que consiste en la proyección hacia el espacio aéreo o bajo tierra y permite inmatricular una azotea o un sótano de modo separado de la unidad inmobiliaria original. El tema tiene su origen

en una demanda antigua, dada la proliferación de construcciones de ese tipo en las *favelas*, así que se incluyó en el artículo 1.510-E al Código Civil de Brasil, *in verbis*:

Art. 1.510-E. La ruina de la edificación de base implica la extinción del derecho real de losa, excepto: (*introducido por la Ley núm. 13.465, 2017*)

I – que este hubiera sido establecido sobre el sótano; (*Incluido por la Ley n. 13.465 de 2017*)

II – que la edificación de base no se reconstruya en el plazo de cinco años. (*introducido por la Ley núm. 13.465 de 2017*)

Párrafo único. Las disposiciones de este artículo no excluyen el derecho a exigir una posible reparación civil al culpable de la ruina. (*Incluido por la Ley n. 13.465 de 2017*)⁶

La lectura atenta del apartado introductorio del artículo 1.510-E combinada con el inciso II, revela un error en la redacción legislativa. La doble negación interpretada de modo literal conduciría a la inexistencia del derecho si se reconstruye la edificación de base durante los cinco años siguientes a la ruina y, *a contrario sensu*, el mantenimiento del derecho de losa si dicha reconstrucción se produce después de ese plazo. Como es obvio, es ilógico que sea así, por tanto, la mejor interpretación tendrá que ignorar el «no» introducido en el inciso II, pues se trata de un evidente error en la intención.

3.2. La intención inconstitucional

El problema involucrado en la intención inconstitucional gira en torno a la fuerza que dicha intención debe tener, no en torno a la interpretación de su significado. En general, la intención es clara, pero aferrarse a lo que quiso el legislador no es un argumento válido cuando el texto constitucional lo prohíba. Pasar directamente a un ejemplo ayudará a comprender la situación.

De acuerdo con el inciso III del artículo 156 de la Constitución de Brasil de 1988, compete a los municipios establecer impuestos sobre los servicios de cualquier naturaleza no comprendidos en el artículo 155, inciso II (transporte entre estados e intermunicipal y comunicación), cuya competencia corresponde a los estados federados y al Distrito Federal.

Sin embargo, al regular dicha competencia tributaria, la Ley Complementar núm. 116/2003 autoriza a establecer impuestos sobre servicios prestados mediante arrendamiento, es decir, la obligación ya no de «hacer» simplemente, sino de «dar» o «entregar».

Este es un caso en el que recurrir a la intención legislativa es inadmisibles. Los legisladores municipales no pueden modificar la definición y el alcance de los conceptos jurídicos, menos aun cuando con ello se altera la terminología constitucional.

6. Redacción original: «Art. 1.510-E. A ruína da construção-base implica extinção do direito real de laje, salvo: I – se este tiver sido instituído sobre o subsolo; II – se a construção-base não for reconstruída no prazo de cinco anos. Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta o direito a eventual reparação civil contra o culpado pela ruína».

El caso ha originado que se dicte el enunciado núm. 31 de la *símula vinculante* (que es una síntesis de fallos vinculantes), en el que se reconoció la inconstitucionalidad del impuesto sobre servicios de cualquier naturaleza sobre las transacciones de arrendamiento. El tema había sido analizado en los recursos extraordinarios núm. 116.121 y núm. 446.003.

3.3. La mala intención legislativa

La «mala» intención legislativa, cuya denominación debemos a Hasen (2006) con relación a la esfera electoral, se traduciría en el intento de proteger a determinados partidos políticos de la competencia política. Aquí, más que de intención, hay un problema relativo a los efectos de una determinada legislación. Además, la cuestión puede tratarse como una mera inconstitucionalidad, como se hizo en el apartado anterior, o como un rechazo a la intención dadas sus consecuencias no deseables, con independencia de que fueran debatidas o no o estuvieran previstas en la elaboración legislativa.

En este sentido, la prueba de la «mala» intención legislativa, de acuerdo con Hasen (2006), no es necesaria ni suficiente, pues lo relevante serían los efectos de la legislación en la materia regulada. El caso analizado es el de la reforma del sistema bipartidista de Estados Unidos (*Bipartisan Campaign Reform Act of 2002*). Para el autor, la intención legislativa se reveló «mala» porque intentaba proteger a los titulares de mandatos, a un partido político o a los dos partidos políticos mayoritarios de la competición política. En este caso, el autor sostiene que se legisló para proteger los intereses propios de los legisladores, motivo por el que la intención se convertiría en «mala».

En su argumento central, Hasen (2006, pp. 848-9) presenta tres razones por las que no es necesario probar las malas intenciones para derrumbar la legislación: 1) incluso de nobles intenciones pueden surgir leyes «malas» o con consecuencias inadmisibles; 2) a veces, la intención legislativa es difícil de «probar»; y 3) basar la interpretación de una regla en una intención legislativa cuando esta es mala es una manera de eludir los resultados arbitrarios y hace que la ley sea inútil para regular la materia.

De este modo, Hasen parece mezclar lo que sería una intención «mala» con la irrelevancia de la intención legislativa en las situaciones en las que la legislación tiene consecuencias inconstitucionales o simplemente dañinas, aunque no las prohíba el texto constitucional. El problema de la propuesta del autor consiste en no ver el objetivo de buscar la intención legislativa, que es el de aclarar e investigar la fuerza de la legislación y que no se presta a salvarla cuando la intención tiene efectos inconstitucionales.

La reflexión que Hasen hace de que «mirando los efectos se puede inferir la mala intención» (Hasen, 2006, p. 870) contribuye a no centrarse en el verdadero problema. El autor maneja ese recurso –asumiendo como intención legislativa lo que en realidad son los efectos de la legislación– para huir del problema de la evidencia empírica de

dichos efectos⁷. Sin embargo, es evidente, se cae en otro aspecto igual de problemático –la «evidencia» de la mala intención–, que resuelve presumiéndola a través de los efectos⁸.

3.4. Las consecuencias no deseables de la intención legislativa

Las disposiciones legislativas (*voluntas legis*) no deben aplicarse literalmente cuando produzcan consecuencias prácticas absurdas. Cualquiera que sea la interpretación de las leyes, es ineludible que las disposiciones influyan en el mundo real. En este sentido, son necesarias consideraciones de orden pragmático cuando se fija una opción interpretativa, que sirve sobre todo para refutar interpretaciones que impliquen efectos no deseables o no tolerables. En esas situaciones, se puede recurrir al argumento apagógico o *ab absurdo*, de carácter marcadamente consecuencialista.

El principal problema del uso de argumentos de naturaleza consecuencialista tiene que ver con la verificabilidad empírica de la(s) consecuencia(s) consideradas indeseables. Es decir, con la evidencia de las consecuencias. Claro que no se pueden exigir pruebas empíricas en todos los casos y precisamente en cuanto a esas situaciones, las consecuencias serán «discutibles», de modo que es necesario tener mucho cuidado cuando se usan argumentos basados en consecuencias para alejar las intenciones legislativas.

Además del argumento apagógico de orden consecuencialista, el otro tipo de argumento que se puede emplear en esas situaciones es el argumento sistemático, que mira hacia la compatibilidad de la intención legislativa con las demás normas del ordenamiento jurídico, a fin de garantizar su coherencia.

Otro supuesto brasileño ayuda a comprender la situación que exige esa postura interpretativa. La Ley núm. 8249/1992, que prevé la sanción de los agentes públicos que cometen los llamados actos de improbidad administrativa, estableció en el artículo 20, párrafo único, que la autoridad judicial o administrativa podrá determinar la suspensión de empleo del agente público, manteniendo su remuneración, cuando ello sea necesario para la investigación.

Una aplicación literal de estas disposiciones, en el caso de los parlamentarios, conduciría a su posible destitución sin el consentimiento expreso de los representados, esto es, del pueblo que les había votado. Con ello, sería «muy fácil» comprometer el ejercicio del mandato popular, interponiendo demandas judiciales a fin de alejar, de modo temporal, al titular de su escaño. En otras palabras, la aplicación de esta norma tendría consecuencias absurdas.

7. Afirma textualmente: «*A bad legislative intent test avoids this evidentiary problem*» (Hasen, 2006, p. 883).

8. Dice literalmente: «*Evidence of bad legislative intent, while not to be ignored, should play a relatively minor role in checking for bad effects of election laws*» (Hasen, 2006, p. 890).

Sobre este aspecto, merece la pena recordar que el artículo 102 de la Constitución de Brasil de 1988 establece el aforamiento para, precisamente, garantizar el ejercicio adecuado de ciertas funciones públicas. Los miembros de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal, por ejemplo, gozan de fuero jurisdiccional en materia penal ante el Supremo Tribunal Federal (aunque recientes decisiones hayan establecido una interpretación restrictiva), es decir, solo puede juzgarlos este tribunal.

Fue así que, sobre la base de dicho razonamiento, el Supremo Tribunal Federal resolvió la Reclamación núm. 2.186-MC en la que asienta la interpretación de que no es posible destituir a agentes políticos con base en la Ley núm. 8.249/1992, artículo 20, párrafo único. En la práctica, el Supremo usó un argumento apagógico para excluir una interpretación basada en la intención legislativa⁹.

3.5. La caducidad u obsolescencia (por el paso del tiempo)

Ross afirma categóricamente: «Los antecedentes legislativos se tornan menos importantes a medida que la ley envejece» (Ross, 1963, p. 139). En su opinión, la interpretación subjetiva daría espacio a la interpretación histórica de la ley. De acuerdo con el autor, el paso del tiempo también abre la puerta a interpretaciones evolutivas y menciona, en particular, las normas constitucionales, que permanecen estáticas, mientras las condiciones de la vida política evolucionan.

Tal vez, por razones de precisión, sería mejor decir que los antecedentes no pierden valor, sino que la propia intención legislativa que contienen queda desfasada, pues la realidad social y las reformas jurídico-legislativas avanzan a ritmos distintos, lo que provoca un desajuste natural entre ambas. Es decir, no es que la intención deje de ser importante, sino que caduca en determinadas situaciones¹⁰.

9. Otro ejemplo que se puede extraer de la legislación brasileña muestra la importancia de analizar las consecuencias de la aplicación de disposiciones normativas (en el presunto sentido de la intención del legislador), pues una interpretación acrítica puede resultar absurda frente al resto del ordenamiento jurídico. La Ley núm. 13.105/2015, del Código de Proceso Civil (CPC) brasileño, al regular los temas de competencia jurisdiccional, estableció en el artículo 64.4, la posibilidad de que las medidas cautelares dictadas por un juez incompetente produjeran efectos hasta que el juez competente adoptara otra decisión. De nuevo, si el caso involucra a una autoridad aforada, la aplicación de la disposición legislativa en cuestión genera la consecuencia absurda de someter a una persona aforada a una jurisdicción diferente de la prevista originalmente. De esta manera, no se puede admitir la validez de una resolución de un juez incompetente, con base en el artículo 64.4 del CPC, contra el Presidente del Senado Federal, por ejemplo, que está aforado ante el Supremo, con fundamento en el artículo 102, inciso I, d, de la Constitución de Brasil de 1988. En otras palabras, no se puede admitir que la intención legislativa haya sido establecer una jurisdicción «paralela» a la prevista en el texto constitucional. Aquí, el argumento apagógico se mezcla con el sistemático para adaptar la interpretación de la ley en cuestión.

10. De nuevo, un ejemplo de la jurisprudencia brasileña ayuda a comprender el caso. La Ley núm. 1060/1950, que establece las normas de asistencia judicial a los necesitados, contiene una regla que confiere a los defensores públicos todos los plazos judiciales en doble (introducida por la Ley núm. 7871/89, que añadió el apartado 5 al artículo 5). Ahora bien, al analizar la constitucionalidad del

Dicho esto, se identifican las condiciones bajo las que se puede utilizar el argumento de la intención del legislador correctamente en el discurso jurídico. Es posible recurrir a la intención del legislador para sostener una interpretación a favor de una determinada forma de aplicar la ley o rechazarla del todo (porque se califique de dañina o por las consecuencias que genera), situación esta última en la que sería irrelevante mencionar «la intención», pues importan más los efectos que produce la ley en el mundo real.

Con estas aclaraciones, se está en condiciones de analizar los supuestos representativos de la aplicación del argumento de la intención del legislador, a partir de casos seleccionados extraídos de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal en Brasil.

4. CONCLUSIONES

Este trabajo ha abordado el uso del argumento de la intención del legislador en la interpretación de las leyes con el objetivo de ubicar su comprensión actual. El punto de partida fue la superación de las objeciones teóricas tradicionalmente esgrimidas en contra de la idea de la intención legislativa: 1) la objeción ontológica: en el sentido de que no existiría la intención legislativa; 2) la objeción cognitiva: según la cual, aunque existiera una intención, no sería posible conocerla; y 3) la objeción del desinterés (o irrelevancia): en la medida que dicha intención legislativa no vincularía al intérprete.

Para definir el papel del argumento de la intención del legislador entre los demás cánones interpretativos, se ha presentado el tratamiento teórico de la intención del legislador, abordando las principales tesis y autores que han estudiado el tema, para después fijar la comprensión adoptada a los efectos del presente trabajo. Enseguida, se problematizaron las situaciones en las que, de hecho, la intención legislativa perdería relevancia y dejaría de vincular al intérprete.

En primer lugar, se ha verificado que el legislador puede incurrir en error material (el texto legislativo puede contener un fallo lingüístico manifiesto), que permitiría al intérprete apartarse de la intención revelada en la disposición legislativa.

En segundo lugar, la intención legislativa puede resultar «mala», inconstitucional u obsoleta, sobre todo, por el paso del tiempo y el cambio de las circunstancias fácticas, tecnológicas y de las necesidades sociales, de manera que dichas situaciones también justificarían interpretaciones que se aparten de la intención del legislador.

En tercer lugar, la apreciación de las consecuencias no deseadas ni previstas por el legislador en el momento de la elaboración legislativa también podría provocar el

Habeas Corpus núm. 70.514, sobre esta ampliación de los plazos a favor de las Defensorías Públicas, el Supremo Tribunal Federal consideró que mientras no estuvieran debidamente habilitadas o estructuradas, la norma era acorde a la Constitución. De modo expreso, el tribunal se manifestó en el sentido de que la disposición podría ser declarada inconstitucional en el futuro, pues se basaba en circunstancias susceptibles de cambiar con el tiempo.

alejamiento de la intención legislativa. Pues, como no se admite una intención que lleve a «resultados absurdos» sería posible dejar de seguir lo que quiso el legislador.

Con ello, se puede comprender que el recurso a la intención del legislador no supone una reducción del Derecho a la ley ni al «capricho personal» de los legisladores, ni necesariamente se usa en el contexto de la escuela exegética, para la que la única tarea del intérprete era descubrir la «voluntad del legislador», en el sentido de una «voluntad psicológica», de manera independiente del «querer de la ley» (objetivado en las palabras del texto).

Se ha verificado que, superada la identificación de la intuición legislativa como «el estado mental (o psicológico) del legislador» (o sus esperanzas o expectativas individuales, exclusivamente privadas), la intención legislativa que interesa para la interpretación de las leyes es otra. A estos efectos, es más útil tener en cuenta una visión «institucional» de la intención legislativa, en la que se conciba la actividad de elaboración de las leyes como dotada de fines, que sirve para resolver determinados problemas sociales y se destina a alcanzar determinados valores del ordenamiento jurídico.

En este sentido, descubrir la intención legislativa pasaría por comprender la llamada *occasio legis*, el contexto en el que se originó la ley. Para ello, son relevantes las exposiciones de motivos, los preámbulos, las motivaciones, los informes y los dictámenes que emiten las comisiones, las actas y los diarios de sesiones que reflejan los debates parlamentarios, etc. que permiten alcanzar la ambición que puede atribuirse como intención del Parlamento.

De esta forma, el valor de la intención legislativa será tanto mayor cuanto más se mire el carácter esencialmente argumentativo de la legislación como proceso. Si en la elaboración legislativa hubo intercambio de argumentos, mejor para el análisis de la intención legislativa en cada caso. Pero si en la actividad legislativa no se dan razones y si la elaboración legislativa se da más en función del número de manos alzadas, sin ninguna racionalidad, es porque se espera que la intención legislativa se convierta más en una metáfora que en un hecho social pasible de demostración empírica.

En particular, en la literatura estadounidense predominan los autores que conciben la intención del legislador como una construcción del propio intérprete, que atribuye un objetivo social a la norma. En consecuencia, se tiende a rechazar la necesidad de esta tarea, incluso por razones económicas, es decir, por los costes de tiempo y dinero derivados de investigar empíricamente (en los documentos del procedimiento legislativo) cuáles eran las ambiciones de los legisladores. Además, el debate estadounidense está marcado por las dudas sobre la capacidad institucional de que los jueces puedan evaluar dichos historiales legislativos, pues son engañosos. El argumento se basa en la opinión de que consultar los elementos del procedimiento legislativo lleva a más errores que a la correcta aplicación de las normas.

Allí, el debate sobre la interpretación jurídica también trata de las consecuencias empíricas de una opción interpretativa, es decir, qué opción conduciría a una actividad legislativa más responsable. Hay argumentos que defienden que considerar el texto

legislativo como la mejor evidencia de la intención legislativa llevaría a un perfeccionamiento de la elaboración legislativa y los legisladores estarían más empeñados en crear leyes mejores, mientras que recurrir con frecuencia a los materiales preparatorios para comprobar la intención incentivaría –esa parece ser la hipótesis a espera de una confirmación empírica– a los legisladores a dictar normas ambiguas, vagas o excesivamente generales.

A su vez, en Europa, Perelman textualmente se refiere al argumento de la intención del legislador como artificio retórico. Es decir, no hay una necesaria relación con el propósito (motivación) del legislador ni hace falta que se base en información empírica.

En efecto, la investigación ha permitido resaltar que el argumento de la intención del legislador se utiliza y acepta ampliamente como construcción hipotética (o artificio retórico), cuyas raíces son otras ficciones interpretativas establecidas para que el Derecho pueda funcionar como sistema. Es el caso, por ejemplo, del postulado del legislador racional, del legislador económico (que no usa palabras inútiles, que no es redundante), que atribuyen una confianza casi ciega a la figura del legislador omnisciente y perfecto. Con ello, el objetivo del argumento de la intención legislativa sería la de «conjeturar» sobre una «intención supuesta» más que propiamente la de «descubrir» una «intención real».

Por tanto, este «sentido común» que se forma alrededor del uso argumentativo de la intención del legislador retira gran parte del carácter pragmático del argumento, para cuyo uso no hace falta que se base en la estructura de lo real. De hecho, sobre todo en las situaciones en que se desea rechazar una interpretación por no representar intención legislativa, exigir un fundamento empírico sería casi diabólico, pues con frecuencia es imposible generar pruebas negativas o contrafácticas. En ese caso, es muy difícil que en los materiales preparatorios se encuentre evidencia que pueda sostener semejante construcción.

Además, sobre las posibilidades reales de verificación de la intención legislativa, se ha observado que las situaciones con más potencial para el referido contraste son las que aluden al legislador actual, que, en cualquier momento, puede dictar una ley interpretativa capaz de corregir la presunta intención imputada y destruir una interpretación no deseada realizada por el Poder Judicial. Pese a ello, se ha reconocido que, en la práctica, es difícil observar diálogos institucionales de este tipo entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo.

Es importante enfatizar que, sin perjuicio de la «innecesariedad» de base real, se ha defendido que el argumento de la intención del legislador será tanto más sólido cuanto más información empírica lo sostenga, aunque su uso sea válido como mera presunción en algunos contextos. Pero si hay evidencias contrarias a la intención argumentada, como legislativa, el argumento será claramente falaz. En rigor, no sería aceptable añadir una intención, que sin duda se ha rechazado, como si fuera del legislador.

Otro aspecto importante, también aclarado, fue el de que el recurso a la intención del legislador puede servir para que esta sea confirmada o excluida, en cuyo caso se

exigiría una fundamentación adecuada, de modo racional y transparente, que explicara las razones que justifican no seguir la intención legislativa. Los argumentos en este sentido no son sencillos (argumentar en contra de las palabras del texto mismo que contiene la intención del legislador nunca es fácil), ya que las presunciones sobre la intención legislativa (o, mejor dicho, la figura del legislador como racional, económico, etc.) cambian la carga de la prueba. Con ello, el argumento de la intención del legislador también funcionará como forma de evaluar su corrección (o si es mínimamente aceptable o deseable) la voluntad expresada en la ley.

Por todo ello, en un intento de sistematizar el uso del argumento de la intención del legislador, se pueden enumerar los siguientes parámetros:

- 1) Cuanto mayor sea el grado de objetividad extraíble de las palabras del texto, menos intenso debe ser el grado de investigación sobre la intención del legislador.
- 2) Cuanto mayor sea el grado de argumentación y deliberación en el momento de la elaboración legislativa, menos intenso debe ser el control judicial de la intención del legislador.
- 3) Cuanto mayor sea el grado de participación social, igualmente más respetada debe ser la intención legislativa.
- 4) Cuanto mayor sea el grado de tecnicidad de la materia, menos intenso debe ser el debate sobre la intención legislativa en sede judicial.
- 5) Cuanto mayor sea el grado de restricción impuesta a los derechos fundamentales, más intensa debe ser la investigación sobre la intención legislativa.
- 6) Cuanto más hayan cambiado las circunstancias fácticas respecto al momento de la elaboración de la ley, más intenso podrá ser el control sobre la intención legislativa.
- 7) Cuanto más se detecte la presencia de consecuencias prácticas absurdas, «malas» o inconstitucionales, más intenso podrá ser el control sobre la intención legislativa.

Con esta propuesta normativa se cree que es posible concluir la presente investigación sobre el uso del argumento de la intención del legislador. El trabajo revela la riqueza y los cambios por los que han pasado los debates sobre el peso o la importancia de la intención legislativa en la interpretación de las leyes. En particular, destaca la actualidad del tema, sobre todo por la resignificación de lo que debe considerarse intención legislativa y la aproximación de la teoría de la interpretación a la teoría de la legislación. La visión que se tenga sobre el procedimiento legislativo será determinante para la elección interpretativa.

Desde luego que el argumento de la intención del legislador no es el único argumento interpretativo disponible para resolver los casos jurídicos. La interpretación jurídica no consiste, o no solo, en establecer y seguir la intención del legislador.

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, N. (1971). Le bon législateur. In H. Hubien (Ed.). *Le raisonnement juridique*. (pp. 243-49). Bruxelles: E. Bruylant.
- CAMPBELL, T. (2001). Legislative intent and democratic decision making. In N. Naffine & et al. *Intention in law and philosophy* (pp. 291-319). Hampshire: Ashgate Publishing. <https://doi.org/10.4324/9781315187136-14>
- CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Madrid: Marcial Pons.
- CHIASSONI, P. (2017). *O enfoque analítico na filosofia do direito. De Bentham a Kelsen*. São Paulo: Contracorrente.
- DICKERSON, R. (1975). Statutory Interpretation: A Peek into the Mind and Will of a Legislature. *Indiana Law Journal*, (50), 206-238.
- EKINS, R. (2012). *The nature of legislative intent*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199646999.001.0001>
- GUASTINI, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HART, H. M, Jr.; SACKS, A. M. (2014). *The legal process. Basic problems in the making and application of law*. New York: The Foundation Press.
- HASEN, R. L. (2006). Bad Legislative Intent. *Wisconsin Law Review*, 2006(3), 843-896.
- KELSEN, H. (1998). *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- LIFANTE VIDAL, I. (1999). Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención em la interpretación jurídica. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, (22), 171-193. <https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.06>
- MACCALLUM, G. C., Jr. (1966). Legislative intent. *Yale Law Journal*, 75(5), 754-787. <https://doi.org/10.2307/794933>
- MACCORMICK, N. (2008). *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- MACCORMICK, N. (2010) Argumentación e interpretación en el derecho. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, (33), 65-78. <https://doi.org/10.14198/DOXA2010.33.04>
- PERELMAN, C. (2019). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Santiago: Olejnik.
- ROSS, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: EUDEBA (Editorial Universitaria de Buenos Aires).
- SHEPSLE, K. A. (1992). Congress Is a «They,» Not an «It»: Legislative Intent as Oxymoron. *International Review of Law and Economics*, 12, 239-256. [https://doi.org/10.1016/0144-8188\(92\)90043-Q](https://doi.org/10.1016/0144-8188(92)90043-Q)
- SUNSTEIN, C. R. (1999). Must formalism be defended empirically? *Chicago Law Review*, 70, 635-678. <https://doi.org/10.2139/ssrn.155435>
- TARELLO, G. (2015). *La interpretación de la Ley*. Lima: Palestra.
- VERMEULE, A. (1998). Legislative history and the limits of judicial competence: the untold story of Holy Trinity Church. *Stanford Law Review*, 50 (6), 1833-1896. <https://doi.org/10.2307/1229242>
- VERMEULE, A. (2000). Interpretative choice. *New York University Law Review*, 75(1), 74-149. <https://doi.org/10.2307/1600444>

